REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade & Sociedade

Volume 1 | Edição Especial n.2

Março 2025

ISSN 2965-7695

SENTENÇA DO ZERO

Copyright © 2025 Sentença do Zero

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser fotocopiada, reproduzida ou armazenada num sistema de recuperação ou transmitida sob qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico sem o prévio consentimento do autor.

EQUIPE EDITORIAL

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero, Brasil.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero, Brasil.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Alcelyr Valle da Costa Neto, Instituto Superior do Litoral do Paraná - ISULPAR, Paranaguá/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Andréa Grandini José Tessaro, Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Joinville/SC, Brasil

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.
Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil
Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, CamposGrande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepien Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Beliña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Acciolly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.

Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.
Dr Mauricio lópez Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.
Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.
Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.
Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.
Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO
Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero, Brasil.
Capa e Diagramação:
Di'Artes

ÍNDICE

DANIEL RASCH

1. A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CULPOSA NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL 07

OTAVIO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA

2. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL AMPARADA NA PURGAÇÃO DA MORA PREVISTA NO DL 70/66 NOS CONTRATOS REGIDOS PELA LEI Nº 9514/97 18

KAROLINE PERETI DE LIMA

3. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DO DIREITO DO PRESO ESTRANGEIRO 31

GABRIEL VICTOR RODRIGUES PINTO

4. UMA ANÁLISE DAS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO 51

RODRIGO ANTONIO DIAS

5. GUARDA COMPARTILHADA: A CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE ENTRE OS GENITORES APÓS O DIVÓRCIO OU DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL 71

PEDRO AURÉLIO SILVA MARTINS

6. A FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS QUE A PROTEGE 92

JÉSSICA ROCHA DE SOUSA

7. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA 110

CAROLINA FERNANDES NASCIMENTO DE OLIVEIRA

8. A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .. 128

MARCELO FIDALGO NEVES

9. O ENDURECIMENTO PENAL DO FEMINICÍDIO E A TEORIA DO BEM JURÍDICO DE ROXIN 143

ALICE LOPES MATTOS

10. RACISMO E AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA AÇÃO COLETIVA NO COMBATE A PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS 158

PATRICIA SOLINO DOS SANTOS

11. A PROBLEMÁTICA DO LITISCONSORTE NECESSÁRIO ATIVO QUE NÃO DESEJA LITIGAR 183

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

AMANDA VARGINHA SALGADO

12. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: GARANTIA DA EFICÁCIA DA PENA OU VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA? 205

MARIANA HAEFLIGER REINERI

13. O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO 221

BARBARA PAULA RESENDE NOBRE

14. O ABUSO DE DIREITO NAS DEMANDAS DE INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO 239

ELISEU LEFUNDES DE SOUZA JUNIOR

15. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PRESERVAÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO 265

ANA BEATRIZ LACORTE ARAÚJO DA MOTA

16. A FALSA MORTE DO LIVRE CONVENCIMENTO DOS MAGISTRADOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 276

ALESSANDRA ANZANELLO LAGO

17. PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NA LOCAÇÃO COMERCIAL: O ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 286

LUIZ PAULO PAUXIS MOREIRA

18. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO 310

PAULO EDUARDO SANTANA DA ROZA

19. LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS 325

A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CULPOSA NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

THE ISSUE OF NEGLIGENT LIABILITY IN IMPROPER OMISSIVE CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY

Daniel Rasch[1]

Resumo: O artigo propõe reflexões acerca de impactos gerados pela falta de modalidade culposa nos delitos contra a liberdade sexual, destacando a dificuldade de punir casos de omissões impróprias culposas em crimes sexuais. Destarte o foco da análise está na figura do "garante" no sistema jurídico, em que surge um desafio em relação ao vazio legislativo, já que não há previsão clara para responsabilização por omissões negligentes em crimes desta natureza, o que levanta discussões sobre a punição adequada nestes contextos. Com esse objetivo, o texto explora a responsabilidade subjetiva no direito penal, detalhando os elementos do dolo e da culpa. Também diferencia a omissão própria da imprópria, discutindo quando a omissão é penalmente relevante e destacando o dever de agir em certos casos. Além disso, relaciona a omissão imprópria com crimes sexuais, focando no crime de estupro e sua relação com a responsabilização por omissão. Por derradeiro, sugere-se que a legislação precisa abordar a possibilidade de punição por culpa em crimes contra a dignidade sexual nos casos de omissão imprópria, visando proteger os direitos das vítimas e adaptar a lei à sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Proteção de Bens Jurídicos Fundamentais. Crimes contra a dignidade sexual. Omissão imprópria. Modalidade culposa em crimes de estupro.

Abstract: The article proposes reflections on the impacts caused by the absence of a negligent modality in offenses against sexual freedom, highlighting the difficulty of punishing cases of negligent improper omissions in sexual crimes. Thus, the analysis focuses on the role of the "guarantor" in the legal system, where a challenge arises due to the legislative gap, as there is no clear provision for liability for negligent omissions in crimes of this nature, raising discussions about appropriate punishment in these contexts. To this end, the text explores subjective liability in criminal law, detailing the elements of intent and negligence. It also differentiates proper omission from improper omission, discussing when omission is criminally relevant and emphasizing the duty to act in certain cases. Furthermore, it links improper omission to sexual crimes, focusing on the crime of rape and its relationship with liability by omission. Finally, the article suggests that legislation should address the possibility of punishment for negligence in crimes against sexual dignity in cases of improper omission, aiming to protect victims' rights and adapt the law to contemporary society.

Keywords: Protection of Fundamental Legal Interests. Crimes against sexual dignity. Improper omission. Negligent modality in rape crimes.

[1] Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos em 2020. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Educamais em 2023. Analista Judiciário – Área Judiciária – do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a problemática da ausência de modalidade culposa para os delitos contra a liberdade sexual, o que inviabiliza a punição em casos de crimes omissivos impróprios, com enfoque especial na figura do garante no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, surge um especial desafio diante do vácuo legislativo, pois não há previsão expressa para a responsabilização por crime comissivo por omissão fundado em negligência em casos de crimes sexuais. Ainda que a gravidade e a ofensa ao bem jurídico sejam notórias, a legislação atual não contempla essa modalidade culposa em determinados delitos, o que pode gerar discussões acerca da punição adequada para situações omissivas negligentes nesse contexto.

Em síntese, a análise da responsabilização culposa nos crimes omissivos impróprios demanda uma compreensão aprofundada da modalidade culposa e das diversas formas de omissão penalmente relevantes. A falta de previsão expressa para essa modalidade culposa em alguns crimes contra a dignidade sexual ressalta a importância do debate e da revisão legislativa, buscando garantir a proteção adequada dos bens jurídicos fundamentais e a responsabilização adequada dos autores de condutas omissivas negligentes.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A análise da viabilidade e cabimento da responsabilização culposa nos casos de crimes omissivos impróprios passa necessariamente pela visitação à figura do garante no ordenamento jurídico pátrio, sem olvidar do arcabouço teórico construído doutrinariamente para os crimes culposos, e que embasa tal responsabilização.

2.1 Responsabilização subjetiva no direito penal

Em razão do princípio da culpabilidade, tem-se a vedação à responsabilidade penal objetiva. Por derradeiro, não basta que o resultado seja materialmente causado pelo agente, pois sua responsabilidade é condicionada à existência do dolo ou da culpa, ou seja, é essencial que a conduta esteja acompanhada de um elemento subjetivo, sob pena de isentar o seu autor de qualquer repercussão na esfera penal[2].

[2] CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal, volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 255.

2.1.1 Elemento subjetivo doloso

Comumente, os tipos penais previstos na legislação dispõem apenas a modalidade dolosa, que é composta pelo elemento cognitivo (consciência da conduta) e pelo elemento volitivo (vontade de atingir o resultado, ou sua aceitação). Com efeito, a regra de que os delitos são praticados em sua modalidade dolosa está expressamente prevista no parágrafo único do art. 18 do Código Penal, no qual é disposto que, salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente[3]. Ressalta-se que o dolo pode ser subdividido em função de sua intensidade e intencionalidade quanto ao resultado[4].

Nesse sentido, no dolo direto, o agente possui a intenção deliberada e consciente de realizar o resultado previsto no tipo penal. Em outras palavras, o indivíduo age com a intenção específica de alcançar o resultado criminoso. Nesse contexto, não há o que se falar em uma aceitação do resultado como possível, mas sim uma vontade direcionada a produzi-lo. O agente sabe que o resultado acontecerá como consequência direta de sua ação e age com esse propósito. Já no dolo eventual, o agente não tem a intenção direta de alcançar o resultado criminoso, mas prevê a possibilidade desse resultado ocorrer como consequência de sua conduta, aceitando essa possibilidade. Destarte, tendo como certo um resultado não pretendido, o qual não constituí seu objetivo principal, mas que decorre de sua conduta ou do atingimento ao objetivo perquirido, o agente mantém sua conduta em verdadeira manifestação de indiferença[5].

2.1.2 Elemento subjetivo culposo

No crime culposo por sua vez, a descrição oferecida pela doutrina é a de que é aquele que se verifica quando o agente, deixando de observar o dever objetivo de cuidado, por imprudência, negligência ou imperícia, realiza uma conduta voluntária que produz um resultado naturalístico não previsto nem querido, mas objetivamente previsível, e excepcionalmente previsto e querido, o qual podia, com a devida atenção, ter evitado. Ou seja, tem-se a voluntariedade da conduta (elemento cognitivo), mas

[3] BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
[4] BITENCOURT. Cezar Roberto. Parte geral. Coleção de direito penal volume 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 375.
[5] AVELAR. Michel Procópio. Manual de direito penal – volume único – Parte Geral e Parte Especial. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 246-255.

falta-lhe a vontade de atingir o resultado ou a sua aceitação (o que caracterizaria o dolo eventual), mesmo que exista certa previsibilidade. Por conseguinte, a conduta é voluntária, mas o resultado é involuntário[6].

Com efeito, a culpa por negligência ocorre quando o agente não toma as precauções necessárias ou falha em cumprir um dever legal ou contratual de cuidado, resultando no resultado lesivo. Nessa modalidade, o agente age de forma omissiva, deixando de tomar as medidas adequadas para evitar o resultado, mesmo tendo a capacidade de fazê-lo. Por sua vez, a culpa por imprudência ocorre quando o agente age de forma temerária ou irresponsável, desrespeitando regras e normas de segurança, o que leva ao resultado lesivo. Nessa modalidade, o agente comete uma ação positiva, mas não toma as precauções adequadas, agindo de maneira precipitada e descuidada. Por fim, a culpa por imperícia ocorre quando o agente não possui a habilidade ou o conhecimento técnico necessário para executar determinada atividade de forma segura e correta, resultando em um resultado lesivo. Nessa modalidade, o agente comete uma ação positiva, mas não possui a capacidade técnica exigida para evitar o resultado danoso.

Destarte, o tipo culposo é denominado "aberto" devido à falta de uma descrição detalhada da conduta culposa. Pois seria impraticável listar exaustivamente todas as possíveis formas de culpa, uma vez que é necessário comparar a conduta no caso concreto com aquela que seria ideal nas circunstâncias específicas. Portanto, se o legislador tentasse enumerar todas as situações em que a culpa poderia ocorrer, certamente não esgotaria todas as possibilidades.[7]

Não obstante, a despeito da ausência de vontade em atingir o resultado, é pacífico o entendimento de que é imprescindível a punição da culpa, em razão do interesse público. A proteção de bens jurídicos fundamentais é incompatível com a imprudência, a negligência e a imperícia de certas pessoas.

Semelhantemente ao dolo, a culpa pode ser dividida em espécies, nesse caso, em função da previsibilidade do resultado, já que a intencionalidade ou a aceitação não está presente. Com efeito, na culpa consciente o agente prevê o resultado criminoso como possível, mas acredita que ele não acontecerá. Mesmo assim, o

[6] CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal, volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 306.
[7] Capez, Fernando Curso de direito penal, volume 1, parte geral: / Fernando Capez. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

agente age, aceitando a possibilidade de que o resultado indesejado possa ocorrer. Nesse caso, o agente tem consciência da possibilidade de dano, mas acredita que pode evitar a sua ocorrência[8].

Na culpa inconsciente, o agente não prevê o resultado criminoso como possível, mesmo que um observador razoável previsse. O agente age de forma imprudente, não tomando os cuidados necessários para evitar o resultado danoso. Destarte, a despeito das teorias que permeiam a temática, prevalece que essa falta de cuidado e atenção pode ser considerada culpável se um indivíduo razoável, nas mesmas circunstâncias, teria previsto o risco, sem olvidar de eventuais impactos causados pelas condições pessoais do agente.

2.2 Omissão penalmente relevante

Feitas as devidas considerações acerca da necessidade de existência do elemento subjetivo por parte do autor do crime, deve ser realizada a diferenciação quanto às modalidades de condutas penalmente relevantes. Isso porque, se por um lado é inconteste a figura da prática do crime por uma ação (também denominado crime comissivo), vislumbra-se que há casos em que a omissão é igualmente relevante no âmbito penal, sendo esta desmembrada pela doutrina entre omissão própria e omissão impropria[9].

Nesse sentido, a conduta omissiva própria é aquela descrita no próprio tipo penal incriminador, e, para que se configure, basta a sua desobediência, sendo, em princípio, irrelevante a ocorrência de resultado naturalístico. Esse resultado, aliás, serve para fixação da pena, podendo constituir uma majorante ou uma qualificadora. A título de exemplificação, tem-se o delito de omissão de socorro, previsto no art. 135 do Código Penal[10], em que a lei expressamente dispõe um “não fazer” que acarreta a subsunção da omissão ao ilícito penal. Ressalta-se que essa modalidade de omissão somente se configura quando identificado o elemento subjetivo dolo, não havendo o que se falar em omissão própria culposa[11].

[8] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. v. I. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.
[9] TAVARES, Juarez; Teoria dos crimes omissivos: Monografias Jurídicas. 1ª. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
[10] Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (...)
[11] CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal, volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 330.

Por sua vez, na omissão imprópria, não basta a simples abstenção de comportamento, pois adota-se a teoria normativa, em que o "não fazer" será penalmente relevante apenas quando o omitente possuir a obrigação de agir para impedir a ocorrência do resultado (dever jurídico). Mais do que um dever genérico de agir, o omitente tem dever jurídico de evitar a produção do evento.

Destarte, decorre do art. 13, §2º do Código Penal[12] o dever jurídico de agir, quando caracterizado determinado vínculo entre as partes:

> § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
> a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
> b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
> c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

E é nesse ponto em que se vislumbra mais um elemento diferenciador entre a omissão própria e omissão imprópria, uma vez que é juridicamente possível a existência de crime comissivo por omissão com o elemento subjetivo culpa, ao contrário dos crimes omissivos próprios que apenas aceitam a modalidade dolosa.

Especificamente em relação ao crime omissivo impróprio doloso, deve ser ressaltado que além da posição de garante, mostra-se imprescindível a demonstração de que quem se omitiu queria o resultado (dolo direto), ou o aceitou (dolo eventual). Tal requisito, apesar de difícil objetividade, pode ser avaliado a partir do binômio "voluntariedade da omissão" e "capacidade de evitar o resultado"[13].

Exemplifica-se tal questão com o caso de um afogamento de criança que estava sob supervisão de um salva-vidas. Se ao ver a criança se afogar, mesmo tendo capacidade de evitar o afogamento, o agente voluntariamente se omite, tem-se a caracterização do crime omissivo impróprio em sua modalidade dolosa.

Partindo-se do mesmo exemplo se pode chegar a hipótese em que se vislumbra a modalidade culposa. Suponha-se que há a situação de afogamento, mas o resultado se consuma, não porque o salva-vidas voluntariamente se omite, mas porque agiu de maneira negligente. Assim, sendo a negligência uma das modalidades

[12] BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
[13] Greco, Luis. Dolo sem vontade, in: Silva Dias e outros (coords.), Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, Coimbra, Almedina, 2009, pp.885-903.

da culpa, caso o resultado se enquadre em tipo penal que preveja a modalidade culposa, será possível a sua responsabilização criminal[14].

Por fim, a fim de esgotar a diferenciação básica entre a omissão própria e a omissão imprópria, deve ser referido que na omissão própria a consumação independe de produção de resultado naturalístico, conforme mencionado. Não obstante, na omissão imprópria, é imprescindível a produção de lesão ao bem jurídico tutelado para que se cogite a consumação, ou seja, a simples omissão sem um resultado naturalístico será um indiferente penal.

2.3 Omissão imprópria e os crimes contra a dignidade sexual

O Código Penal elenca uma série de crimes contra a dignidade sexual, os quais objetivam a proteção da integridade sexual e da liberdade sexual das pessoas. Esses crimes visam coibir e punir condutas que violem a autonomia sexual e a dignidade das vítimas, abrangendo diferentes formas de violência e abuso sexual. Com efeito, uma característica relevante de crimes dessa natureza é a exigência do elemento subjetivo dolo.

Nesse sentido, os crimes contra a dignidade sexual abrangem uma gama de condutas, tais como estupro, assédio sexual, exploração sexual, entre outros. Nada obstante, para que tais atos sejam considerados crimes, é necessário que haja a intenção deliberada do agente, ou seja, o dolo, de praticar tais ações. A ausência de dolo pode influenciar a qualificação do delito e a eventual responsabilização do autor.

Isso se dá porquanto a reprovabilidade da conduta se fundamenta no aspecto subjetivo do agente que age com a finalidade de violar o referido bem jurídico; desse modo, a modalidade culposa, que envolve a negligência, imprudência ou imperícia, não é aplicável, já que invariavelmente se exige a vontade deliberada do autor[15].

Por derradeiro, dentre os tipos penais dessa natureza, destaca-se o crime de estupro, que ganha especial relevância na temática aqui aprofundada, uma vez passível de ser praticado por meio de omissão imprópria.

Com efeito, a título de exemplificação, pode-se citar a hipótese de uma genitora que possuí consciência de que sua filha está sendo vítima de estupro de vulnerável

[14] JUNIOR, Edison Miguel da Silva. Dolo nos crimes omissivos impróprios. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 250. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/1832/dolo-crimes-omissivos-improprios>. Acesso em 10 ago. 2023.
[15] MASSON. Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. *Ebook.*

(art. 217-A do Código Penal) pelo padrasto; mas, sem querer este resultado, aceita-o ao se omitir voluntariamente, mesmo tendo condições de impedi-lo. No caso hipotético proposto, é uníssono o entendimento jurisprudencial, corroborando o disposto no Código Penal, de que há responsabilidade penal decorre da norma de extensão subjetiva do art. 13, imputando-lhe as sanções do tipo penal em questão.

Por derradeiro, é indiferente se a omissão penalmente relevante se deu em razão de dolo direto, ou seja, que o garante tenha se omitido com objetivo de satisfazer sua lasciva por meio de conduta de outrem; ou se a omissão se fundou em dolo eventual, em que o agente, apesar de não querer o resultado, tinha-o como decorrência lógica de sua omissão, aceitando-o[16].

Nada obstante, mudando o elemento subjetivo, o resultado invariavelmente é diverso. Isso porque - revisitando o caso hipotético anteriormente apresentando -, supondo que a genitora cresse que o crime tivesse cessado, embora permanecesse a possibilidade de reiteração, diante da continuidade da coabitação, agiu negligentemente em evitar que o crime se consumasse novamente, estar-se-ia perante um indiferente penal.

Tal conclusão se funda na questão de que, para a responsabilização por crime comissivo por omissão fundado em negligência, é imprescindível que a lei penal preveja a modalidade culposa para o delito em comento. Ou seja, a título de exemplificação, no caso do delito de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal, é plenamente viável a omissão imprópria culposa, já que o delito prevê tal modalidade[17]:

> Art. 121. Matar alguem:
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
> Homicídio culposo
> § 3º Se o homicídio é culposo:
> Pena - detenção, de um a três anos.

Por sua vez, no crime de estupro, em razão do silêncio eloquente por parte do legislador, não há o que se falar em modalidade culposa:

> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

[16] Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: volume único. 19. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2023. *Ebook.*
[17] BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

> Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Entretanto, tal conclusão, apesar de juridicamente correta, demonstra possível vácuo legislativo, pois não se pode olvidar a gravidade, bem como a notória ofensa ao bem jurídico[18] de conduta omissiva em que o agente, mesmo tendo o dever de agir, negligentemente deixa de evitar a consumação de delito sexual.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção adequada dos bens jurídicos fundamentais e a responsabilização adequada dos autores de condutas omissivas negligentes devem ser consideradas como objetivos essenciais da legislação penal. A complexidade das situações envolvendo crimes sexuais e a necessidade de equilibrar a justiça e a proporcionalidade na aplicação da lei tornam imperativo que o debate em torno da revisão legislativa seja realizado de maneira criteriosa e abrangente.

Nesse sentido, a análise dos crimes de estupro e a possibilidade de responsabilização por omissão imprópria demonstra que, embora o entendimento jurídico respalde a punição em determinados cenários, a falta de previsão expressa pode gerar impunidade em outros.

Nada obstante, a presente reflexão evidencia que apesar de aparente conflitante em relação à natureza do delito, poder-se-ia cogitar a adequação de previsão legislativa do elemento subjetivo culposo em crimes contra a dignidade sexual (desde que a conduta se fundamente em omissão imprópria).

Com o efeito, a importância dessa reflexão se assenta na problemática decorrente da ausência de modalidade culposa para os delitos contra a liberdade sexual, especificamente no contexto dos crimes omissivos impróprios, sendo possível concluir que a atual lacuna legislativa revela a necessidade de uma revisão no ordenamento jurídico pátrio.

[18] ROXIM, Claus. A proteção de bens jurídicos com função do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 18-19.

Por fim, deve ser reafirmado que o presente estudo, em momento algum, debruçou-se sobre a adequação da modalidade culposa para os crimes praticados por condutas comissivas. Tampouco se discute a adequação da subsunção em tipos penais dolosos nos casos de condutas omissivas impróprias quando plenamente caracterizada a omissão voluntária e da aceitação do resultado.

O que se sugere é que especificamente nos casos em que a omissão imprópria se fundamenta na culpa, urge a necessidade de que a lei preveja a viabilidade de punição, cominando penas, neste caso específico. Tal questão se baseia na necessidade de buscar soluções que garantam a proteção dos direitos das vítimas e a coerência no sistema jurídico deve ser contínua e efetiva, visando aperfeiçoar a legislação de modo a refletir os valores e as necessidades da sociedade contemporânea.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

AVELAR. Michel Procópio. Manual de direito penal – volume único – Parte Geral e Parte Especial. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

BITENCOURT. Cezar Roberto. Parte geral. Coleção de direito penal volume 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CAPEZ, Fernando Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal, volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRECO, Luis. Dolo sem vontade, in: Silva Dias e outros (coords.), Liver amicorum de José de Sousa e Brito, Coimbra, amedina, 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. v. I. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.

JUNIOR, Edison Miguel da Silva.Dolo nos crimes omissivos impróprios. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 250. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/1832/dolo-crimes-omissivos-improprios>. Acesso em 10 ago. 2023.

MASSON. Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. *Ebook.*

ROXIM, Claus. A proteção de bens jurídicos com função do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

TAVARES, Juarez; Teoria dos crimes omissivos: Monografias Jurídicas. 1ª. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL AMPARADA NA PURGAÇÃO DA MORA PREVISTA NO DL 70/66 NOS CONTRATOS REGIDOS PELA LEI Nº 9514/97

IMPOSSIBILITY OF SUSPENSION OF EXTRAJUDICIAL AUCTION SUPPORTED BY THE PURGE OF DEFAULTS PROVIDED FOR IN DL 70/66 IN CONTRACTS GOVERNED BY LAW Nº 9514/97

Otavio Henrique Pereira de Souza[1]

Resumo: A possibilidade da purga da mora a qualquer momento amparada na anterior redação do art. 39, inciso II, da Lei 9514/97 suscitou debate suficiente a ponto de ser essencial a formação de precedente vinculante – IRDR. Tal questão, ainda não pacificada, tem sido utilizada como argumento para se buscar obstar o procedimento de execução da garantia. Contudo, tal argumento é logicamente inviável uma vez que somente após o leilão há arrematação e, assim, por preceder, não pode ser a alienação obstada pela viabilidade de prática de ato que necessariamente o sucede.

Palavras-chave: alienação fiduciária; hipoteca; mora.

Abstract: The possibility of purging default at any time, as expanded in the previous wording of Article 39, item II, of Law 9,514/97, has sparked sufficient debate to the point that it is essential to establish a binding precedent – IRDR. This issue, which has not yet been settled, has been used as an argument to try to prevent the procedure for executing the guarantee. However, such an argument is logically unfeasible since only after the auction is there a purchase and, therefore, since it precedes, the sale cannot be prevented by the feasibility of carrying out an act that necessarily follows it.

Keywords: fiduciary alienation; mortgage; delay.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal reconhece o direito social à moradia em seu art. 6º[2] e, sem adentrar na questão relativa a concretização de tais direitos pelo Poder Público, um dos modos pelos quais referido direito pode ser efetivado é a possibilidade do cidadão de adquirir – e, por consequência, manter - um imóvel residencial, a que título seja. Contudo, é fato notório a inviabilidade de exercício de tal direito por tantos cidadãos que residem em moradias precárias – ou não a possuem de qualquer modo.

[1] Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e pós-graduação em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Atualmente é Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: otaviohpsouza@gmail.com.

[2] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

NOVELINO (2021, p. 538, 539) ao comentar o direito à moradia, ressalta abarcar a necessidade de moradia digna e, no mais, a exigência, por sua natureza principiológica, de ser garantido na maior medida jurídica possível.

> Utilizando a expressão em seu sentido mais amplo possível, Ingo Sarlet (2010) sustenta que o direito abrange todo o conjunto de posições jurídicas vinculadas à garantia de uma moradia digna para a pessoa humana, dentre os quais se incluem os direitos de moradia (tutela e promoção da moradia), o direito à habitação, os deveres fundamentais conexos e autônomos em matéria de moradia e os deveres de proteção. A plena garantia desse direito pressupõe uma moradia adequada em suas dimensões, condições de higiene, conforto e capaz de preservar a intimidade e privacidade das pessoas.
> Por estar consagrado em norma de natureza principiológica, o direito à moradia deve ser assegurado na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.

Como visto, o direito a moradia não se limita apenas à aquisição de imóvel próprio e tem a ele ligado ainda a questão da dignidade da pessoa humana[3] – e, a ela, o atendimento por serviços públicos, saneamento, estabilidade geológica e climática dentre tantos outros.

Para fins do presente trabalho, concentra-se a realização do direito à moradia na aquisição de imóvel por meio de financiamento bancário, situação bastante comum na prática.

Destaca-se que não há, em si, insuficiência na oferta de imóveis vazios – esta ocorre em notório excesso[4] - mas sim uma impossibilidade de aquisição de posse ou domínio destes por uma parte da população. Um dos modos pelos quais se pode combater tal discrepância – e, por consequência, consolidar um direito social constitucional - é facilitar a aquisição de tais bens por meio de adequado arcabouço normativo com a correspondente valorização da segurança jurídica.

Não é isenta de crítica a restrição creditícia ou preço do crédito no Brasil, sendo tal debate tanto Jurídico quanto Econômico e Político. Contudo, a lógica econômica dita ser a viabilidade de recuperação do crédito um dos fatores que facilitam ou barateiam sua concessão – e o preço do crédito é, como se sabe, representado pelos

[3] A ser adotada ainda como vetor interpretativo dos demais direitos e fundamento republicano nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição.
[4] Conforme divulgado pela imprensa, “São Paulo tem quase 590 mil imóveis vazios, 18 vezes a população de rua da cidade”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/07/sao-paulo-tem-quase-590-mil-imoveis-vazios-18-vezes-a-populacao-de-rua-da-cidade.shtml>. Acesso em 19/03/2025.

juros cobrados na operação, cobrindo os custos de captação, despesas, lucro e risco de inadimplência e consequentes perdas que dela decorrem.

A dificuldade na retomada da garantia é fator a ser ponderado na última etapa, ou seja, é considerada no risco de inadimplemento assim como a possibilidade de perdas na não retomada a garantia ou, ainda, custos associados se esta se apresentar especialmente demorada ou litigiosa.

Se um dos meios pelos quais o direito à moradia pode ser concretizado é a possibilidade ou facilitação do acesso ao crédito, em casos de financiamento imobiliário é fator contrário – e não concretizador – a tal direito obstar-se, numa demanda individual, a execução de uma garantia que se pretende facilitada, como é a alienação fiduciária.

A dificuldade ou mesmo insegurança durante o procedimento de execução da garantia fiduciária dada em financiamento habitacional é em verdade prejudicial aos esforços para concretização do direito à moradia em uma de suas vertentes, por permitir a manutenção de um negócio instável – e, pois desinteressante, precificado de acordo.

Não se trata a facilitação – ou, em verdade, determinar a realização e desdobramento do procedimento conforme previsto em Lei - então de medida contrária ao interesse do consumidor/cidadão como coletividade, mas sim como parte de uma série de medidas favoráveis ao direito à moradia.

Instaurada a situação de inadimplência e inviabilizada a tentativa – se houver – de recebimento ou negociação amigável de novos termos, o agente financeiro que recebeu imóvel em garantia fiduciária terá amparo legal para executar extrajudicialmente a garantia por meio da Lei 9514/97.

A partir de tal proceder, contudo, é comum – e, destaca-se, desdobramento do direito de ação – o questionamento do ato em Juízo pelos mais diversos fundamentos. Analisa-se, no momento, apenas um deles: a possibilidade do direito à purga da mora a qualquer tempo como prevê o DL 70/66, quando aplicável, conforme se verá, como argumento para suspensão ou mesmo proibição do leilão extrajudicial da coisa.

Por meio do presente trabalho busca-se avaliar a inviabilidade de utilização do argumento da purga da mora a qualquer tempo – amparado no art. 34 do DL 70/66 combinado com a anterior redação do art. 39, inciso II, da Lei 9514/97 - para obstar a realização do leilão extrajudicial em contratos garantidos por alienação fiduciária em garantia.

A existência de IRDR que assim permitiria, contudo, não se mostra argumento que permita tal suspensão[5] que, no mais, se mostra logicamente inconsistente.

2. GARANTIAS PRESTADAS SEGUNDO O DL 70/66 E A LEI 9514/97

Ambos os Diplomas legais tem por razão de ser a regulamentação da garantia – e da execução da garantia – especialmente prestada nos contratos de financiamento imobiliário ainda que a eles não se limite. Reconhece-se que a necessidade de tal regulamentação se volte para proteção do devedor, mas também para permitir a ampliação de oferta de crédito para aquisição de moradia, favorecendo a concretização de direito constitucionalmente previsto.

A Lei 9514/97 conceitua a alienação fiduciária em garantia de imóvel conforme seu art. 22: "A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel".

A Lei 14711/23 modificou pontualmente tal descrição, sem, contudo, alterar suas características essenciais: "A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o fiduciante, com o escopo de garantia de obrigação própria ou de terceiro, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel".

A hipoteca, em brevíssima síntese, pode ser conceituada como o direito real de garantia sobre coisa alheia que, recaindo sobre bens imóveis em regra, não acarreta a transmissão do domínio da coisa entre as partes contratantes – credor e devedor.

O DL 70/66 especificou ainda hipótese de emissão de cédula hipotecária nos casos de financiamento imobiliário como representativa de tais créditos. Em sua redação original:

> Art 10. É instituída a cédula hipotecária para hipotecas inscritas no Registro Geral de Imóveis, como instrumento hábil para a representação dos respectivos créditos hipotecários, a qual poderá ser emitida pelo credor hipotecário nos casos de:
> I - operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação;
> II - hipotecas de que sejam credores instituições financeiras em geral, e companhias de seguro;

[5] Necessário relembrar o enunciado de jurisprudência consolidada do STJ no mesmo sentido: "A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor" (SÚMULA 380, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 24/05/2013, DJe 05/05/2009).

> III - hipotecas entre outras partes, desde que a cédula hipotecária seja originàriamente emitida em favor das pessoas jurídicas a que se refere o inciso II supra.

Nos casos em que utilizada hipoteca como pacto acessório do mútuo imobiliário, a coisa permanece no patrimônio do devedor, mas ligada com vínculo real ao contrato – originando efeitos próprios de tal vínculo inclusive perante terceiros - e, no caso de inadimplemento das parcelas contratadas, buscará o credor a satisfação de seu direito, em regra, pela alienação da coisa.

A diferença essencial de ambas é, assim, a manutenção da coisa no patrimônio do devedor durante a vigência do contrato de financiamento nos casos de garantia hipotecária e, no caso da alienação fiduciária, a coisa é transferida ao patrimônio do credor, mantendo-se o devedor como possuidor direito – em caso de inadimplência, a propriedade da coisa então seria consolidada em favor do credor.

Como consequência de tal sistemática, tem-se no caso de inadimplemento e da eventual necessidade de alienação da coisa[6] outra diferença essencial: nos casos de alienação fiduciária, a coisa leiloada é própria – pois consolidada a propriedade em favor do credor – mas, nos casos de garantia fiduciária, a coisa é alheia, ou seja, patrimônio do devedor.

3. DIFERENÇAS NO PROCEDIMENTO DE LEILÃO DAS GARANTIAS

Como visto, o leilão, no caso do credor hipotecário, recai sobre coisa alheia – pertencente ao devedor – dada em garantia. Nos casos de alienação fiduciária, a coisa é própria do credor - pois ao seu patrimônio foi transmitida já quando do pacto – e o leilão decorre de obrigação legal, quitando-se o débito independentemente do sucesso ou não da venda[7].

[6] Nesse ponto, destaca-se a proibição do chamado pacto comissório real pelo Código Civil, ou seja, a impossibilidade do credor pura e simplesmente se apoderar da coisa dada em garantia: “art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.

[7] Realizado o segundo leilão, arrematada ou não a coisa, esta passa em definitivo ao patrimônio do credor, dando-se a devida quitação ao financiado. Conforme art. 26-A, §4º, da Lei 9514/97, com redação dada pela Lei 14711/23: “Se no segundo leilão não houver lance que atenda ao referencial mínimo para arrematação estabelecido no § 3º deste artigo, a dívida será considerada extinta, com recíproca quitação, hipótese em que o credor ficará investido da livre disponibilidade”. Disposição com conclusão semelhante decorria ainda do art. 27, § 4º, com redação anterior: “Nos 5 (cinco) dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao fiduciante a importância que sobejar, nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida, das despesas e dos encargos de que tratam os §§2º e 3º deste artigo, o que importará em recíproca quitação, hipótese em que não se aplica o disposto na parte final do art. 516 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

De outro modo não se conclui, dada a diferença substancial entre os dois institutos. A hipoteca é um ônus real que incide sobre coisa alheia, enquanto a propriedade fiduciária – agora consolidada em seu favor - é direito do próprio credor, um direito real sobre coisa própria a qual atribuiu-se função de garantia num contrato de mútuo feneratício.

Na hipoteca, a propriedade plena da coisa permanece no patrimônio jurídico do devedor, enquanto na alienação fiduciária o credor passa a ter a propriedade resolúvel do imóvel até que ocorra a liquidação da dívida.

No mesmo sentido, na execução hipotecária, a propriedade só será expropriada no leilão, mediante arrematação, conservando o devedor, até então, a propriedade em seu patrimônio. Já na alienação fiduciária em garantia, a alienação da coisa depende previamente da consolidação da propriedade nas mãos do credor.

Considerando a manutenção da titularidade do bem, a previsão legal se mostra coerente ao permitir, nos casos de garantia hipotecária, a purga da mora até a assinatura do auto de arrematação, pois tal prestação continua útil[8] ao credor.

Diversamente, como já visto, ocorre nos casos de alienação fiduciária, sendo a coisa transferida ao patrimônio do credor e excluído do patrimônio do devedor e só a ele retornando após cumprida a obrigação garantida. Se verificado seu inadimplemento do devedor, opera-se a consolidação plena da propriedade no patrimônio do credor.

Quanto do leilão da coisa hipotecada, o produto da arrematação tem por destino cobrir o débito em aberto de contrato ainda em curso de execução. Assim, até a arrematação, busca o devedor evitar a expropriação do seu patrimônio.

Mesmo raciocínio pode ser aplicado nos casos da garantia fiduciária: a purga da mora pode ocorrer até dado momento antes da consolidação da propriedade pois, após esta, não há mais contrato nem patrimônio a ser salvo – mas débito a ser satisfeito.

[8] Destaca-se ser a utilidade da prestação ao credor após a mora do devedor o critério legal definidor – desde que coerente tal interpretação à luz da boa fé objetiva - da chamada mora absoluta, ou seja, caso em que não mais cabe sua entrega, mas sim reparação civil pelas perdas e danos. Conforme art. 395, parágrafo único, do Código Civil: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

4. A QUESTÃO DEBATIDA

A celeuma que fundamentou a necessidade de instauração de um IRDR decorria da controvertida eficácia da disposição do art. 39, inciso II, da Lei 9514/97 com redação anterior à Lei 13465/17. Dizia a regra anterior: "Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei: II aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966"[9].

Em breve síntese, buscava-se uniformizar o entendimento jurisprudencial no que diz respeito à aplicação das modificações introduzidas pela Lei nº 13.465/2017 – que excluiu a possibilidade de se aplicar o DL 70/66 aos contratos regidos pela Lei 9514/97 cuja garantia ofertada não era a hipotecária - aos contratos de financiamento imobiliário com cláusula de garantia fiduciária, firmados antes de sua entrada em vigor.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que a alteração do artigo 39, II, da Lei nº 9.514/97 tem sua aplicabilidade apenas aos contratos celebrados na vigência da Lei nº 13.465/2017, ainda que constituída a mora ou consolidada a propriedade em momento posterior ao seu início de vigência:

> Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Pretensão de Uniformização da Jurisprudência, em relação ao prazo final para purga da mora, nos contratos imobiliários com cláusula de garantia fiduciária, em razão das modificações introduzidas pela Lei nº 13.465/2017. Posições divergentes, nesta Corte, envolvendo a mesma questão de Direito. Risco à isonomia e à segurança jurídica. Preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do art. 976 e seguintes, do CPC. Incidente admitido para fixação da seguinte tese jurídica: "A alteração introduzida pela Lei nº 13.465/2017 ao art. 39, II, da Lei nº 9.514/97 tem aplicação restrita aos contratos celebrados sob a sua vigência, não incidindo sobre os contratos firmados antes da sua entrada em vigor, ainda que constituída a mora ou consolidada a propriedade, em momento posterior ao seu início de vigência". (TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2166423-86.2018.8.26.0000; Relator: Bonilha Filho, Turma Especial - Privado 3, Data do Julgamento: 25/11/2019). Portanto, tratando-se de contrato celebrado já na vigência da nova lei, inaplicável o artigo 39, II, da Lei 9.514/97, que determinava a aplicação dos artigos 29 a 41 do Decreto-lei nº 70/1966 às operações de financiamento imobiliário em geral, segundo o qual, em seu artigo 34, o devedor poderia purgar o débito até a data da assinatura do auto de arrematação do imóvel.

A temática julgada pelo Tribunal de Justiça Bandeirante acabou por ser objeto de recurso especial e, portanto, não restou definitivamente pacificada. No STJ, a

[9] Em seu novo texto, ou seja, na redação dada pela Lei 13465/17: "Art. 39. Às operações de crédito compreendidas no sistema de financiamento imobiliário a que se refere esta Lei: II aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, exclusivamente aos procedimentos de execução de créditos garantidos por hipoteca".

questão submetida a julgamento – e anotada sob o tema 1288 daquela corte - foi a seguinte:

> Definir se a alteração introduzida pela Lei nº 13.465/2017 ao art. 39, II, da Lei nº 9.514/97 tem aplicação restrita aos contratos celebrados sob a sua vigência, não incidindo sobre os contratos firmados antes da sua entrada em vigor, ainda que constituída a mora ou consolidada a propriedade, em momento posterior ao seu início de vigência.

Portanto, ainda é discutida, pela aplicação da redação anterior do referido dispositivo, se é possível a purga da mora até a arrematação como permite o DL 70/66, ou seja, prazo mais extenso do que o previsto pela Lei 9514/97.

5. O DIREITO A PURGA DA MORA

A purga da mora é, em resumo, instituto por meio do qual o devedor regulariza sua situação em relação a uma obrigação inadimplida no tempo certo. O devedor, após ser notificado da mora, realiza o pagamento da dívida e encargos para obstar demais efeitos que dela poderiam decorrer.

Conforme previa o DL 70/66[10]:

> Art 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acôrdo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos:
> I - se a purgação se efetuar conforme o parágrafo primeiro do artigo 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário;
> II - daí em diante, o débito, para os efeitos de purgação, abrangerá ainda os juros de mora e a correção monetária incidente até o momento da purgação.

A Lei 9514/97[11] estabelece prazo mais exíguo, em regra, a respeito do prazo para purga da mora e, após seu decurso, a alternativa do devedor para evitar a expropriação da coisa seria o exercício de direito de preferência na arrematação:

> Art. 26. Vencida e não paga a dívida, no todo ou em parte, e constituídos em mora o devedor e, se for o caso, o terceiro fiduciante, será consolidada, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

[10] O DL 70/66 no ponto relativo à execução da garantia hipotecária foi revogado pela Lei 14711/23. Contudo, continua pendente sua eficácia em relação aos contratos firmados enquanto vigorava e, especificamente para fins deste trabalho, sua aplicação aos contratos regidos pela Lei 9514/97 antes de sua modificação pela Lei 13465/17.
[11] Conforme redação dada pela Lei 14711/23 que não alterou o prazo original.

> § 1º Para fins do disposto neste artigo, o devedor e, se for o caso, o terceiro fiduciante serão intimados, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do registro de imóveis competente, a satisfazer, no prazo de 15 (quinze) dias, a prestação vencida e aquelas que vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive os tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel e as despesas de cobrança e de intimação.
> [...]
> Art. 27. Consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário promoverá leilão público para a alienação do imóvel, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data do registro de que trata o § 7º do art. 26 desta Lei.
> [...]
> § 2º-B Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado às despesas, aos prêmios de seguro, aos encargos legais, às contribuições condominiais, aos tributos, inclusive os valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes aos procedimentos de cobrança e leilão, hipótese em que incumbirá também ao fiduciante o pagamento dos encargos tributários e das despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, inclusive das custas e dos emolumentos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, amparada no art. 39, inciso II, da Lei 9514/97, caminhava no sentido da aplicação da possibilidade da purga da mora a qualquer tempo, pela aplicação do DL 70/66 nos contratos regidos pela Lei 9514/97, inclusive considerando como medida concretizadora do direito constitucional de moradia:

> HABITACIONAL. SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. PURGAÇÃO DA MORA. DATA LIMITE. ASSINATURA DO AUTO DE ARREMATAÇÃO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 26, § 1º, E 39, II, DA LEI Nº 9.514/97; 34 DO DL Nº 70/66; E 620 DO CPC. 1. Ação ajuizada em 01.06.2011. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 07.02.2014. 2. Recurso especial em que se discute até que momento o mutuário pode efetuar a purgação da mora nos financiamentos vinculados ao Sistema Financeiro Imobiliário. 3. Constitui regra basilar de hermenêutica jurídica que, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, sobretudo quando resultar em exegese que limita o exercício de direitos, se postando contrariamente ao espírito da própria norma interpretada. 4. Havendo previsão legal de aplicação do art. 34 do DL nº 70/66 à Lei nº 9.514/97 e não dispondo esta sobre a data limite para purgação da mora do mutuário, conclui-se pela incidência irrestrita daquele dispositivo legal aos contratos celebrados com base na Lei nº 9.514/97, admitindo-se a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação. 5. Como a Lei nº 9.514/97 promove o financiamento imobiliário, ou seja, objetiva a consecução do direito social e constitucional à moradia, a interpretação que melhor reflete o espírito da norma é aquela que, sem impor prejuízo à satisfação do crédito do agente financeiro, maximiza as chances de o imóvel permanecer com o mutuário, em respeito, inclusive, ao princípio da menor onerosidade contido no art. 620 do CPC, que assegura seja a execução realizada pelo modo menos gravoso ao devedor. 6. Considerando que a purgação pressupõe o pagamento integral do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais, nos termos do art. 26,

> § 1º, da Lei nº 9.514/97, sua concretização antes da assinatura do auto de arrematação não induz nenhum prejuízo ao credor. Em contrapartida, assegura ao mutuário, enquanto não perfectibilizada a arrematação, o direito de recuperar o imóvel financiado, cumprindo, assim, com os desígnios e anseios não apenas da Lei nº 9.514/97, mas do nosso ordenamento jurídico como um todo, em especial da Constituição Federal. 7. Recurso especial provido. (REsp 1433031/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)(g.n.).

A aplicação de tal sistemática, contudo, provoca inconsistências lógicas no procedimento e eleva o grau de incerteza de tais operações – o que, como visto, é prejudicial à concretização do direito à moradia.

6. INCOMPATIBILIDADE LÓGICA

A consolidação da propriedade nos casos regidos pela Lei 9514/97 ocorre já no início do feito, antes mesmo da realização de leilões – que, conforme art. 26 e seguintes, somente duas são as tentativas obrigatórias.

Ressalta-se ainda que, nos casos de alienação fiduciária em garantia, a coisa leiloada – como visto, por imposição da lei e pela vedação ao pacto comissório real – e própria do agente financeiro, pois posterior ao procedimento de consolidação da propriedade. A coisa já não mais pertence ao mutuário, a propriedade já se resolveu em favor do credor.

Já nos casos em que a garantia prestada é a hipotecária, o leilão é de coisa do mutuário – e este poderia obstar a retirada da coisa de seu patrimônio purgando a mora.

Assim, reconhecer em favor do financiado o direito a purga da mora até a arrematação nos casos regidos pela Lei 9514/97 implica numa incompatibilidade lógica: o leilão depende da consolidação da propriedade – e esta, quando ocorre, já provoca a extinção do vínculo contratual; só há arrematação – momento em que possível a purga da mora - se há leilão; portanto, o ato (leilão) depende de requisito (consolidação) nunca implementável pois inexistente previamente.

Destaca-se, não há mais contrato a ser convalescido, o débito já se consolidou assim como a perda do bem.

Hipótese, igualmente inadmissível pois de impossível satisfação, é a busca por obstar eventual leilão com base num direito de purga da mora até a arrematação – nesse ponto, como haverá arrematação se o que se pretende é proibir o leilão? Em outras palavras: há grave tautologia em tal aplicação.

7. CONCLUSÃO

Inicialmente foi necessária a indicação de que não se trata de questão que diz respeito apenas ao sistema financeiro ou que resguarde apenas os interesses de seus próprios *players*. A questão interessa diretamente ao cidadão e, ao contrário a que uma análise mais rasa possa sugerir, a observância do procedimento legal para permitir a execução de garantia dada em financiamento habitacional não atenta contra o direito constitucional à moradia.

Trata-se de uma das medidas aptas a favorecê-lo – ao permitir que mais pessoas tenham acesso a crédito que viabilize aquisição de moradia cuja oferta, como se viu, é bastante farta - ao abrir uma das vias para sua concretização.

Ainda que avançado o debate em relação à aplicabilidade decorrente de uma questão de direito intertemporal da possibilidade da purga da mora até o momento da arrematação – nos termos do DL 70/66 – nos casos regidos pela Lei 9514/97, não é viável que se proíba o leilão extrajudicial da coisa por tal fundamento.

Se, por um lado, permite-se a purga da mora a qualquer tempo até a arrematação para os que admitem a incidência de referido decreto, nos casos da Lei 9514/97 a oportunidade para purga da mora tem prazo certo e é requisito legal para consolidação da propriedade em favor do credor – que, por uma obrigação legal, deve tentar alienar a coisa em dois leilões públicos e, mesmo sem sucesso, dará quitação ao devedor.

A aplicação então da possibilidade de purga da mora até a arrematação – e nem mora mais há, o contrato já não mais subsiste, trata-se de um agente alienando bem próprio que servia de garantia a obrigação que já não existe – cria ao credor obrigação não prevista em lei de tentar sucessivamente a alienação. Explica-se: se o devedor pode retomar o bem até que uma arrematação aconteça, o único modo de estabilizar a solução jurídica seria leiloar o bem de modo indefinido até que ela ocorra e, enfim, encerra-se a possibilidade de retomada do contrato. Não é esta a previsão legal.

Outra hipótese igualmente complexa é o uso do argumento da possibilidade de, a qualquer tempo, purgar a mora, para obstar a realização dos leilões. Ora, se a arrematação é ato que só ocorre após o leilão, obstá-lo com base no alegado direito de purga da mora se mostra ilógico. Se a arrematação depende de leilão, ela nunca ocorrerá se o segundo não ocorrer – e pela simples possibilidade de exercício de um

direito pelo devedor o credor perderá o direito de executar a garantia por uma insubsistência lógica.

Assim, ainda que pendente a resolução da questão relativa a aplicação do já referido Decreto-Lei, a solução que se mostra mais condizente é a que se permita o leilão da garantia nos termos da Lei 9514/97 pois, se o caso, poderá o devedor exercer seu direito de preferência, adquirindo a coisa pelo valor da dívida (art. 27, §2º-B, da Lei 9514/97) uma vez que tal valor seria o mesmo para purga da mora (arts. 33 e 34 do DL 70/66).

Independentemente do julgamento final do IRDR nº 2166423-86.2018.8.26.0000, a possibilidade em si de purga da mora a qualquer tempo não é fundamento idôneo a obstar o leilão extrajudicial do bem ou mesmo a consolidação da propriedade em favor do agente financeiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre a alienação fiduciária de bens imóveis e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 21 nov. 1997.

BRASIL. Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre a concessão de crédito e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 22 nov. 1966.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DO DIREITO DO PRESO ESTRANGEIRO

CRITICAL ANALYSIS OF BRAZILIAN JURISPRUDENCE ON THE RIGHTS OF FOREIGN PRISONERS

Karoline Pereti de Lima[1]

Resumo: O trabalho em tela objetiva elencar as principais discussões em torno dos direitos dos presos estrangeiros situados no Brasil. Devido à falta de legislação específica regulamentando estes sujeitos de direito, há que se pautar nos julgados existentes que formam a jurisprudência brasileira, onde foram analisados os casos concretos. Além da jurisprudência existem outras normas que tratam do preso estrangeiro em determinados aspectos, como é o caso da Convenção de Viena, dos Tratados de Transferência de Presos, do Estatuto do Estrangeiro, informativos jurisprudenciais, enfim. A principal abordagem do presente artigo é fazer a análise crítica da jurisprudência brasileira acerca dos direitos do preso estrangeiro durante a execução da pena, destacando os principais fundamentos e argumentos daqueles que restringem tais direitos, com base no decreto de expulsão, na presunção de fuga e na obtenção de trabalho formal e, daqueles que garantem os mesmos benefícios dos presos brasileiros aos presos estrangeiros, firmando-se na coisa julgada, na inexistência de vedação em lei própria e no principio da isonomia.

Palavras-chave: preso estrangeiro, progressão de regime, execução da pena e entendimentos jurisprudenciais.

Abstract: Work on the screen listing the main objective discussions about the rights of foreign prisoners located in Brazil. Due to lack of specific legislation regulating these subjects of law, it must be based on existing tried that form the Brazilian case law, analyzing the cases. In addition the case law there are other standards that deal with foreign firms in certain aspects, such as the Vienna Convention, the Transfer of Prisoners Treaty, the Statute of the Foreign, informative, finally. The main approach of this thesis is to make a critical analysis of the Brazilian case law about the rights of foreign prisoners during the execution of the punishment, highlighting the main reasons and arguments of those who restrict such rights, based on the expulsion decree, the presumption of flight and in obtaining formal employment and those who secured the same benefits of Brazilian prisoners to foreign prisoners, standing on res judicata, the lack of proper law and seal the principle of equality.

Keywords: arrested abroad, progression scheme, the sentence and jurisprudential understandings.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo destina-se a fazer uma análise crítica da jurisprudência brasileira que atualmente versa sobre os direitos do preso estrangeiro durante a

[1] Graduada em direito na Faculdade Guarapuava. Atualmente estagiária de pós graduação no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

execução de sua pena, principalmente pelo fato de não haver legislação específica tratando sobre o tema.

Inicialmente, será demonstrado que a maioria dos julgados trata da privação de quase totalidade dos direitos prisionais estrangeiros na execução da pena, utilizando-se de inúmeros fundamentos, mas principalmente do Decreto de expulsão e da presunção de fuga.

Quanto ao Decreto de expulsão, será exposto e enfatizado os seus efeitos, que a princípio seria de ordem administrava, entretanto, vem interferindo de maneira significativa na execução da pena do preso estrangeiro.

Nesse prisma ainda, será apontado acerca da presunção da fuga do preso estrangeiro, a qual, via de regra, é um dos maiores impeditivos à concessão dos direitos e garantias inerentes aos presos.

Por outro lado, demonstrar-se-á, que embora minoria, existem entendimentos jurisprudenciais que defendem a concessão dos direitos da execução da pena aos estrangeiros, sem exceção, usando como fundamento os princípios constitucionais, principalmente o princípio da isonomia e ainda, a observância a Convenções e Tratados que tratam sobre o tema.

Por fim, a análise desses acórdãos divergentes revela-se útil por demonstrar que se trata de um assunto que não pode ser qualificado como unânime, havendo, portanto, espaço para a discussão e o confronto das opiniões, enriquecendo assim as ciências do Direito Penal e da Execução Penal.

2. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE DIREITO DO PRESO ESTRANGEIRO

2.1 Restrições aos direitos do preso estrangeiro na execução da pena

Em se tratando dos direitos do preso estrangeiro durante a execução de sua pena, predomina na jurisprudência brasileira o entendimento de rejeitar o acesso a determinados benefícios garantidos pela Lei de Execução Penal.

Esses julgados encontram-se baseados em três principais argumentos, conforme ensina Artur de Brito Gueiros Souza:

> [...] o primeiro, consiste na pendência de processo de expulsão ou mesmo de expulsão já decretada operando em desfavor do estrangeiro que cumpre pena. O segundo argumento para se vedar o deferimento de direitos prisionais ao estrangeiro é a desconfiança em relação àquele, que sem maiores vínculos com a nossa sociedade, encontrar-se-ia propenso a

> empreender fuga, frustrando assim, o cumprimento das condições judiciais e, mais especificadamente a sua posterior retirada administrativa do território nacional. O ultimo argumento reporta-se à proibição contida na legislação de estrangeiros, com relação à obtenção de emprego formal por parte do forasteiro em situação irregular.[2]

2.1.1 O decreto de expulsão

Na evolução história da punição do Brasil, percebe-se que no início do século XX, o Poder Executivo arvorou-se do poder de expulsar os estrangeiros envolvidos em atos de anarquismo, em delitos da legislação comum, bem como os entregues à vadiagem ou mendicância. Posteriormente, tal poder foi chancelado constitucionalmente e legislativamante, passando a ser uma atribuição do Presidente da República. Basicamente, a expulsão funcionou e continua a funcionar como um mecanismo de seleção dos estrangeiros considerados nocivos, perigosos ao interesse nacional, evidentemente, após ser submetido aos requisitos legais, previstos no próprio procedimento administrativo.

Conforme já dito, o decreto de expulsão se trata de um procedimento administrativo, o qual encontra-se previsto nos artigo 65 à 75 do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6815/80). O ilustre José Afonso da Silva define a expulsão como:

> [...] um modo coativo de retirar o estrangeiro do território nacional por delito ou infração ou atos que o tornem inconveniente. Fundamenta-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna das relações internacionais do Estado interessado.[3]

A expulsão do estrangeiro está inserida na esfera dos poderes discricionários do Estado. Entretanto, a expulsão não pode ser arbitrária, sob pena de malferir os direitos e garantias fundamentais do cidadão reconhecidos no art. 5º, caput, da Constituição Federal. Logo, é nítido que cabe ao Executivo analisar o mérito da expulsão, restando tão somente ao Poder Judiciário a apreciação formal e constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório.

Importante registrar, que cabe ao Poder Executivo a prerrogativa de decidir o momento em que a expulsão deve efetivar-se, seja nos casos em que exista processo ou condenação, bem como em qualquer outra circunstância que enseje a expulsão, mesmo sem a existência de crime.

---

[2] SOUZA, Gueiros Brito de Artur. Presos estrangeiros no Brasil. Aspectos Jurídicos e Criminológicos. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007. pag. 206.
[3] COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao Código Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

O Estatuto do Estrangeiro contempla em seu art. 65[4] as hipóteses fáticas ensejadoras da expulsão. Compete ao Ministro da Justiça instaurar *ex officio* ou mediante solicitação de outra autoridade administrativa o processo de expulsão do estrangeiro, conforme artigo 70 da Lei 6815/80. Caso se trate de infração penal dolosa ou crime contra segurança nacional, ordem política e social, moralidade e saúde pública, deverá o órgão do Ministério Público enviar ao Ministério da Justiça cópia da sentença penal condenatória transitada em julgado e folha de antecedentes criminais do réu estrangeiro, conforme contempla o artigo 68 da referida Lei.

Em tese, o decreto de expulsão deveria ter efeito meramente administrativo, porém, vem afetando diretamente e de forma gravosa na execução da pena dos estrangeiros, considerando que se trata de uma das principais alegações para a limitação dos direitos destes sujeitos, tais como, indeferimento de progressão de regime, livramento condicional, entre outros benefícios garantidos a estes presos.

Percebe-se assim, que a expulsão do estrangeiro não se trata de uma pena e sim de uma medida administrativa, conforme já exposto, aplicada discricionariamente pelo Poder Executivo. Com relação à expulsão do estrangeiro, somente se reporta a ela no Código Penal o artigo 338, que dispõe o seguinte: “Art. 338. Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena”, e ainda, vale ressaltar, que o referido artigo encontra-se previsto no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração em geral.

Devido a esta restrição, o referido Decreto de Expulsão está afetando diretamente na análise dos direitos da execução da pena dos presos estrangeiros no que diz respeito à progressão de regime, uma vez que esta é entendida como incompatível pela maioria dos entendimentos jurisprudenciais, tendo em vista que a expulsão consiste na retirada compulsória do estrangeiro do território nacional, enquanto que a progressão visa reconduzir o sentenciado ao convívio social. Julio Fabbrini Mirabete, assim ensina:

[4] Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.
Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro que:
a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;
b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação.
c) entregar-se à vadiagem ou à mendincância; ou
d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

> [...] não se pode conceder a progressão para o regime semi-aberto ao estrangeiro quando sua expulsão foi decretada, sob pena de poder vir a frustrar-se a própria ordem de expulsão, pela fuga, à igualdade do que ocorre com o estrangeiro que se encontra no território nacional e que, condenado, não pode obter o livramento condicional.[5]

Ainda, nesse sentido têm-se os seguintes julgados:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO. REGIME SEMI-ABERTO. ESTRANGEIRO COM DECRETO DE EXPULSAÕ DO PAÍS. IMPOSSIBILIDADE. Este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de impossibilidade de deferir-se a estrangeiro progressão para o regime semi-aberto, se contra o mesmo já fora expedido decreto de expulsão do país. Hábeas corpus denegado.(HC 18747/SP. Rel. Min. Vicente Leal. 6ª Turma. DJ 11/03/2002. pág. 283).
>
> CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/2006.PACIENTE ESTRANGEIRA. EXPULSÃO DECRETADA. PROGRESSÃO DE REGIME. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA.
> Esta Corte pacificou o entendimento no sentido da inviabilidade de concessão do benefício da progressão de regime prisional ao estrangeiro com processo de expulsão decretado.Precedentes do STJ.
> Ordem denegada. (HC 159070 / SP - HABEAS CORPUS
> 2010/0003559-9 – Relator Ministro GILSON DIPP - T5 - QUINTA TURMA - DJe 25/10/2010).
>
> HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA, POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 12, CAPUT, C/C ART. 18, I, AMBOS DA LEI 6.368/76). INGESTÃO DE 72 CÁPSULAS DE COCAÍNA, PARA COMERCIALIZAÇÃO NO ESTRANGEIRO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO REQUISITO SUBJETIVO. QUANTIDADE, NATUREZA E FORMA DE TRANSPORTE DA DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARA EXPULSÃO DO PACIENTE DO PAÍS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PARECER DO MPF PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO WRIT E, NA EXTENSÃO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.
> 1. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenado por crime de narcotraficância, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente. Ademais, o envolvimento do paciente com o tráfico internacional de entorpecentes, bem como a quantidade, a natureza e a forma de transporte da droga apreendida (72 porções de cocaína, ingeridas pelo paciente) revelam o não preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 44, III do CPB.
> 2. O óbice à substituição por pena restritiva de direitos e o cumprimento da pena em regime progressivo, ou mesmo em regime inicial aberto, decorre de construção jurisprudencial, que versa sobre a impossibilidade de se reconhecer a progressão de regime prisional à estrangeiro condenado pela prática de crime de tráfico

[5] MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002, pag. 389.

> ilícito, que tenha contra si decretada a expulsão, ou esteja em vias de ser decretada, quando não detenha residência fixa no país, sendo esta a hipótese dos autos.
> 3. Parecer do MPF pelo conhecimento parcial do writ e, na extensão, pela denegação da ordem.
> 4. Ordem denegada. (HC 107924 / SP
> HABEAS CORPUS - 2008/0122117-6 – Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - T5 - QUINTA TURMA - DJe 03/11/2010).
>
> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, manifestou-se no sentido de não ser possível deferir ao condenado estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional enquanto contra ele houver processo de expulsão em andamento.
> 2. Habeas corpus denegado.
> (HC 143.413/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 08/02/2010).
>
> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME.
> IMPOSSIBILIDADE. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO AGUARDANDO CUMPRIMENTO. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.
> 1. A orientação jurisprudencial deste STJ e do STF é de que a progressão de regime prisional é inacessível ao condenado estrangeiro que teve contra si decretada a expulsão.
> 2. A expulsão é a retirada compulsória de estrangeiro cuja permanência em território nacional é inconveniente (art. 65 da Lei 6.815/80). A progressão, por seu turno, é a paulatina recondução do condenado ao meio social de que proveio. A implementação desta frustraria os propósitos daquela.
> 3. Parecer ministerial pela denegação da ordem.
> 4. Ordem denegada.
> (HC 92.736/AC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 18/08/2008).

Um fato interessante, que vale ser ressaltado, é que se pode perceber que a maioria das jurisprudências, ora elencadas, se tratam de condenação por crime de tráfico de drogas, o que justifica os índices que demonstram que os principais presos estrangeiros se tratam de mulheres e pessoas mais velhas. O ilustre doutrinador Artur de Brito Gueiros, em uma entrevista ao Jornal Carta Forense, quando é questionado acerca das características mais marcantes dos presos estrangeiros responde que:

> "[...] Outro dado interessante é o que diz respeito à idade do preso estrangeiro. Na verdade, enquanto o preso brasileiro é cada vez mais jovem (72% dos encarcerados brasileiros tem entre 18 e 29 anos), o preso estrangeiro é mais velho, ou seja, quase 30% dos estrangeiros tem idade entre 24 e 34 anos e pouco mais de 25% tem entre 35 e 44 anos. No tocante ao gênero, há igualmente, discrepâncias entre os presos nacionais e estrangeiros. Segundo consta, apenas 4% da população carcerária nacional é composta por mulheres, enquanto que 18,6% da população reclusa

> estrangeira é composto de mulheres [...] A propósito, é interessante registrar que 72,3% dos estrangeiros está preso pelo delito de tráfico de drogas [...].”[6]

Isso se dá porque as redes de narcotráficos internacionais tendem a selecionar as pessoas com essas características, com o intuito de não chamarem à atenção das autoridades policiais. Por essa razão, tem que ser avaliada as características do preso estrangeiro, tendo em vista, que muitas vezes não se tratam de criminosos que oferecem risco efetivo a segurança nacional, mas sim, se tratam de meros “laranjas”, diversas vezes primários, que acabaram por uma conduta, quer seja por motivo financeiro ou não, praticando o delito.

Assim, com a vedação dos direitos a eles garantidos no decorrer da execução da pena, sob a alegação de que possui decreto de expulsão, a conseqüência tende a ser muito gravosa, afetando a vida do estrangeiro num todo.

Ainda, outro ponto importante a ser destacado, é que além do preso estrangeiro cumprir sua pena no regime integralmente fechado (o que é inconstitucional), ocorre casos em que mesmo com o término da pena, o preso ainda continua fechado aguardando a efetivação do ato expulsório para que seja levado até seu país de origem, o que é inaceitável, tendo em vista que as autoridades poderiam ir efetivando os atos burocráticos, desde a notícia da condenação, para que quando expirasse o término da pena, o estrangeiro fosse imediatamente enviado ao seu país.

Argumenta-se também que a progressão de regime se torna inviável no caso de preso estrangeiro com decreto de expulsão, uma vez que será impossível o cumprimento do requisito subjetivo imposto no artigo 132 da Lei de Execuções Penais, que se reporta a ocupação lícita, se for apto para o trabalho. Logo, se foi decretada a expulsão, a permanência do estrangeiro no país é irregular, sendo proibido aqui exercer atividade laboral.

Frise-se, que tal entendimento não fica restrito à progressão de regime, sendo um óbice também no caso de concessão de livramento condicional.

> EXECUÇÃO PENAL: LIVRAMENTO CONDCICIONAL: INADMISSIBILIDADE. O decreto de expulsão, de cumprimento subordinado à prévia execução da pena imposta no país, constituí empecilho ao livramento condicional do estrangeiro condenado. Unânime. (HC 83723/MG. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Informativo STF 339. 09/03/2004).

[6] Entrevista ao Jornal Carta Forense, em data de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3820>. Acessado em data de 25/06/2011.

2.1.2 A Presunção de Fuga do Preso Estrangeiro

Afora os argumentos já explanados encontra-se também na análise da jurisprudência, mais um argumento, de que a concessão de determinados direitos ao preso estrangeiro no decorrer da execução da pena seria uma medida temerária pelo risco de uma hipotética fuga desse indivíduo.

O referido argumento se baseia principalmente na alegação de que para o estrangeiro cumprindo pena em prisões brasileiras, por delitos cometidos em território nacional, a concessão da progressão de regime se torna uma medida incompatível com a sua atual situação, considerando que somente aguarda o cumprimento da pena para ser expulso do país, sendo que a progressão de regime, poderia de certa forma frustrar a finalidade da expulsão, presumindo que o preso empreenderia fuga caso fosse progredido de regime.

Apesar da vedação dos direitos aos estrangeiros, sob a alegação de presunção de fuga ser uma maneira de a autoridade zelar pela correta aplicação da lei penal restringindo as chances de evasão do preso estrangeiro, sob pena de inviabilizar a efetivação do decreto expulsório, não se pode chegar ao extremo de criar um paradigma, uma situação hipotética, de eventual fuga, somente pelo fato do preso ter outra nacionalidade.

Frise-se, que o decreto expulsório que deveria ser de ordem administrativa continua presente, quando se trata de alegação para a restrição dos direitos prisionais do preso estrangeiro. Sobre o assunto, questiona Artur de Brito Gueiros de Souza:

> Seja como for – isto é, "para o bem ou para o mal" – a expulsão passou a possuir natureza administrativa. É um problema, pois, para a Administração Pública Federal o trâmite, a conclusão e demais atos burocráticos relacionados com tal instrumento jurídico. Não parece, dessa maneira, correto, devolver para o braço punitivo – Direito Penal e Direito de Execução Penal – via cassação do direito secular à progressão de regime, problemas concernentes ao ato de expulsão. Dito de outra forma, afigura-se profundamente injusto um fator externo ao desempenho da pena de um cidadão estrangeiro possa ditar a sua sorte, afetando negativamente o acesso ao regime semi-aberto ou aberto, tratando-o, em última instância, de forma desigual ao nacional.[7]

Nessa mesma linha de raciocínio vale lembrar a disposição do artigo 3º da Lei de Execução Penal, em especial seu parágrafo único, nos seguintes termos:

[7] SOUZA, Gueiros Brito de Artur. **Presos estrangeiros no Brasil. Aspectos Jurídicos e Criminológicos**. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007. pag. 230/231

> Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
> Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Logo, não caberia um tratamento diferencial ao preso estrangeiro, sob pena de frustrar-se o que defende a nossa própria legislação em vigor.

Sob esse argumento têm-se o seguinte julgado:

> Habeas Corpus. Livramento Condicional. Condição jurídica do estrangeiro. 1. Admissibilidade do meio heróico de habeas corpus, uma vez que permite o conjunto documental o pleno exame dos pressupostos objetivos e subjetivos para a concessão do livramento condicional. 2. O livramento condicional não está atrelado à natureza dos crimes cometidos. Princípio do non bis in idem. 3. Inaplicabilidade da Lei dos Crimes Hediondos aos fatos praticados anteriormente à sua vigência. Princípio da anterioridade. 4. Preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos. Cumprimento de mais da metade da soma das penas aplicadas, mesmo que em processos distintos. 5. Não-cabimento da presunção de que a paciente, por ser estrangeira, não irá regularizar sua documentação de estada no País, recusar-se-á a obter ocupação lícita mesmo no mercado informal e, por fim, fugirá do Brasil, não cumprindo condição obrigatória do livramento, qual seja, a obtenção de ocupação lícita. Situação pessoal da paciente como fator fundamental, tendo em vista o princíoio da individualição da execução da pena. 6. Concessão da ordem de habeas corpus a fim de se deferir o livramento condicional à paciente. (AGEPN nº. 97.02.091552-7 Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 1ª Turma, Relatora Des. Federal Vera Lúcia Lima. Pub. No DJ de 02/1097).

Ademais, essa corrente jurisprudencial desfavorável ao estrangeiro que cumpre pena no Brasil, nada mais importa do que uma presunção em desfavor ao preso, inaceitável num Estado Democrático de Direito, que defende constitucionalmente a igualdade à todos.

2.1.3 A Proibição de Obtenção de Trabalho Formal

Outro argumento da jurisprudência brasileira para vedação de alguns benefícios previstos na Lei de Execução Penal é o fato de o estrangeiro estar proibido de exercer atividade remunerada no Brasil, em razão do que dispõe o artigo 98 da Lei 6815/80 (estatuto do estrangeiro)[8]. O principal foco deste argumento é a inviabilidade do cumprimento dos requisitos exigidos no artigo 36, §1º e artigo 83, inciso III, ambos do Código Penal, bem como dos artigos 114, inciso I e artigo 132, §1º da Lei de

[8] Art. 98. Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o artigo 13, item IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o artigo 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

Execuções Penais, os quais elencam a necessidade do trabalho fora da Unidade Penal, a fim de dar efetivo cumprimento ao Livramento Condicional e Regime Aberto.

Nesse sentido, o doutrinador Artur de Brito Gueiros Souza, cita o seguinte julgado:

> Em que pese o preenchimento do requisito temporal e a conclusão favorável da CTC, não é de ser deferida a progressão ao regime semi-aberto quanto o reeducando é estrangeiro e não possui residência fixa no Brasil, nada existindo que o vincule a este País. Ademais é da essência do regime mais brando que se dedique o reeducando à atividade laboral, desenvolvida em ambiente externo ao estabelecimento penal. Assim, não vislumbra a possibilidade legal (Estatuto do Estrangeiro) de alguém que está em situação irregular no Brasil vir atender àquela obrigação decorrente da própria Lei de Execução Penal (Agravo em Execução Penal n. 215.429, Relator Desembargador Jarbas Mazzoni. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, 02/12/96).[9]

Em análise ao julgado ora exposto, a primeira observação pertinente diz respeito ao fato de que o requisito de aptidão para o trabalho externo faz-se necessário, em regra, para obtenção de livramento condicional ou regime aberto. Para o caso de regime semiaberto, o trabalho externo se trata de uma excepcionalidade, conforme disposição do artigo, 35, §2º do Código Penal. Diante disso, pode-se vislumbrar um tratamento diferenciado no presente caso, tendo em vista que embora com o preenchimento do requisito subjetivo e objetivo necessário à progressão de regime semiaberto, foi vedada a concessão do benefício ao estrangeiro. Sendo que, seria perfeitamente possível concedê-lo a progressão de regime, porém, sem a realização do trabalho externo, se fosse o caso.

E ainda, embora o artigo 98 restrinja o exercício de atividade remunerada ao estrangeiro em situação irregular no Brasil, no caso de progressão de regime e livramento condicional, não se exige que o condenado tenha uma promessa efetiva de emprego, com carteira assinada, podendo exercer qualquer atividade lícita e honesta, inclusive, no mercado informal.

Este é o entendimento da doutrina:

> [...] Não se está exigindo, aqui, que o condenado tenha, por exemplo, uma promessa de trabalho na qual terá a sua carteira devidamente registrada. Há no país um percentual considerável correspondente àqueles que trabalham no chamado 'mercado informal'. São camelôs, vendedores ambulantes, artesãos, etc., que embora não tenham registro em sua carteira profissional, conseguem se manter, recebendo, muitas vezes, importâncias superiores à classe assalariada. Dessa forma, não está a lei exigindo que o condenado

[9] SOUZA, Gueiros Brito de Artur. **Presos estrangeiros no Brasil.** Aspectos Jurídicos e Criminológicos. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007. pag. 233.

> comprove que terá a sua carteira registrada quando estiver em liberdade, mas sim que, mediante um trabalho honesto, lícito, seja qual for, poderá subsistir.[10]

Desse modo, negar a progressão de regime ao sentenciado sob esse argumento se impõe uma condição discriminatória, pela sua própria condição pessoal.

E ainda, mesmo que se tratasse de pretensão que objetivasse o deferimento do direito prisional que expressamente alude ao exercício de atividade laborativa fora do cárcere, seria questionável, o indeferimento em razão da incidência do artigo 98 do Estatuto do Estrangeiro. Isso porque, foi promulgado em 1980, o auge o regime militar, tendo refletido o pensamento autoritário da época, porém, perdeu-se o significado com o decorrer do tempo, tornando-se fora do contexto contemporâneo tal alegação.

Sobre esse argumento, têm-se ainda os seguintes julgados:

> Inadmissibilidade - Beneficio que visa, dentre o mais, a ressocialização e reinserção gradual do preso no convívio social - Incompatibilidade do benefício com o exercício de atividade remunerada Ademais, possibilidade de fuga e frustração de eventual ordem de expulsão pela menor vigilância no regime intermediário - Outrossim, não há se falar em ofensa ao princípio da igualdade ou isonomia, porquanto necessária a análise da situação peculiar do agravado - Logo, cassada a decisão pela qual deferida progressão de regime prisional. Recurso provido (9084970-62.2009.8.26.0000 Agravo de Execução Penal / Tráfico de Drogas e Condutas Afins. Relator: Encinas Manfré. Comarca de Avaré. 8ª Câmara de Direito Criminal. 05/08/2010).
>
> Agravo em execução. Crime equiparado ao hediondo (tráfico de entorpecente). Recurso contra decisão que tndejeriu a progressão de regime ao preso estrangeiro em situação irregular no Brasil. - Descabe progressão para o regime semiaberto ao preso estrangeiro não autorizado a trabalhar no Brasil - Irrelevância do decreto de expulsão ainda não ler sido expedido, conquanto não exista autorização para trabalho -Inexistência de violação do princípio da igualdade, que pressupõe o tratamento desigual dos diferentes Recurso não provido (9235268-03.2008.8.26.0000 Agravo de Execução Penal / Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas. Relator José Raul Gavião de Almeida. Comarca de São Paulo. 6ª Camara de Direito Criminal. 17/12/2009).

2.2 Análise jurisprudencial

2.2.1 A Coisa Julgada e o Preso Estrangeiro

A coisa julgada encontra assento no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1998. Ela protege, portanto, tanto os brasileiros como estrangeiros

[10] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 2ª Ed. Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2003, p. 712.

residentes no Brasil. A coisa julgada, segundo o artigo 6º, §3º da Lei de Introdução ao Código Civil, consiste na "decisão judicial de que já não caiba recurso".

A doutrina em geral divide a coisa julgada em coisa julgada formal e coisa julgada matéria. A primeira, consiste na imutabilidade da decisão pelo esgotamento das impugnações ou recurso e a segunda diz respeito a impossibilidade de modificação da sentença naquele mesmo processo ou em qualquer outro, posto que a matéria em análise cumpriu todos os trâmites procedimentais que permitem ao Judiciário decidir a questão em definifivo.

Porém, no âmbito do processo penal ou do processo de execução penal, embora prevalente a noção de coisa julgada formal e material, é possível, a qualquer tempo, a rescindibilidade, na hipótese de erro existente em decisão condenatória. Todavia, se for absolutória e estiver preclusa a via impugnativa, a decisão no processo penal ganha foro de imutabilidade absoluta, tendo em vista que não se admite a revisão em desfavor do réu.

Outra circunstância envolvendo a coisa julgada neste âmbito é o fato de que a sentença condenatória guarda natureza determinativa, ou seja, autoriza o juiz a agir por quidade, podendo modificála sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas, o que explica, por exemplo, a decisão de regressão de regime prisional, quando sobrevier alguma das hipóteses do artigo 118 da Lei de Execuções Penais.

Em se tratando da questão da coisa julgada, a decisão mais significativa foi o habeas corpus n. 79.385, conforme expõe o doutrinador Artur de Brito Gueiros Souza:

> [...] Impetrado por Clayton Alfredo Nunes, no Supremo Tribunal, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar anterior habeas corpus, entendera incabível a progressão de regime prisional para o paciente. Com efeito, condenado ao total de 78 anos de reclusão, em seis ações penais, por crimes contra o patrimônio, este indíviduo teve, em 1979, sua expulsão decretada sob a condição do cumprimento das penas que lhe foram impostas. Ocorre que, após a unificação das penas, em maio de 1995, O juiz de Execuções Criminais da Comarca de Santos deferiu-lhe a progressão ao regime semi-aberto, decisão da qual o Ministério Público não recorreu. Meses depois, em novembro de 1995, o magistrado voltou atrás em sua decisão, após ser informado que o sentenciado tinha contra si o mencionado decreto de expulsãp, determinando, pois, o seu retorno ao regime fechado [...].[11]

Porém, a referida decisão do magistrado foi cassada, sob a alegação de que a decisão concessiva do benefício já havia transitada em julgado e somente poderia ser

[11] SOUZA, Gueiros Brito de Artur. Presos estrangeiros no Brasil. Aspectos Jurídicos e Criminológicos. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007. p. 239

modificada para pior, caso o sentenciado incorresse nas situações previstas para a regressão de regime.

No mesmo sentido, têm-se o seguinte julgado:

> RHC. Estrangeiro. Expulsão. Regime Prisional. 1. O entendimento pretoriano, em princípio, não defere ao estrangeiro, no caso de decreto de expulsão, o desconto da pena resultante de condenação criminal em regime prisional diverso do fechado. 2. Estabelecido, no entanto, o regime semi-aberto, por decisão passada em julgado, não há possibilidade jurídica, apenas em função da condição de estrangeiro, submetido à expulsão do território nacional, de se alterar a forma de cumprimento. Recurso de habeas corpus provido. (Recurso de Habeas Corpus n. 12.612-SP. 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Fernandes Gonçalves. Pub. No DJ de 04/11/2002.

Desta maneira, pode-se concluir que no cerne da questão da coisa julgada, é entendimento pacífico que, uma vez que a decisão que concedeu benefícios ao preso estrangeiro, qual seja progressão ao regime semiaberto ou até mesmo livramento condicional, tenha transitado em julgado, a mesma não pode ser modificada para piorar a situação do preso estrangeiro, sem que haja um motivo superveniente à referida decisão, como por exemplo, a prática de um crime doloso.

2.2.2 A Jurisprudência a Favor do Preso Estrangeiro

A análise desse outro entendimento é de suma importância, para demonstrar que se trata de um assunto que não pode ser entendido como pacífico ou unânime, havendo, amplo espaço para a discussão e entrechoque das posições.

Dito isto, considera-se que o conjunto de decisão em favor do preso estrangeiro é baseado em dois argumentos: o primeiro consiste na constatação de que a legislação infraconstitucional – em especial Código Penal e Lei de Execução Penal - ao regular o deferimento de determinados direitos, dentre eles, progressão de regime e livramento condicional, não estabelecem qualquer restrição ao preso estrangeiro, bem como a observância de tratados e convenções que tratam sobre o assunto e o segundo argumento, repousa na previsão constitucional de tratamento isonômico entre nacional e estrangeiro. Aliado ainda a ambos os argumentos encontra-se o princípio da ressocialização do condenado.

2.2.2.1 Inexistência de vedação no código penal e na lei de execução penal e o princípio da isonomia alcançando o preso estrangeiro.

Como ilustrativo, colhe-se a seguinte decisão:

> Processual Penal. Agravo em Execução Penal. Progressão de regime carcerário. 1. Não existe proibição legal que vede ao estrangeiro a concessão do benefício de progressão de regime carcerário, desde que os pressupostos objetivos e subjetivos para a concessão estejam atendidos, devendo a transferência ser feita em forma progressiva, do regime que estiver sendo cumprido para o imediatamente menos rigoroso. 2. Agravo parcialmente provido. (Agravo em Execução Penal n. 1.292-RJ. 1ª Turma. Relator Ministro Carlos Thibau. 23/04/87).

Conforme restou demonstrado no julgado supra, percebe-se que não há qualquer vedação no Código Penal, nem na Lei de Execuções Penais que proiba o estrangeiro em se beneficiar com os direitos por eles garantidos, somente pelo seu status de estrangeiro, ou até mesmo por ter decreto de expulsão em seu desfavor, tendo em vista que se trata de ato meramente administrativo e não poderia estar condicionado ao cumprimento da pena, conforme já exposto. Logo, com o preenchimento dos requisitos exigidos em lei, caberia sim, ao preso estrangeiro, o direito em ser beneficiado com a progressão de regime e até mesmo livramento condicional, além de outras benesses.

Além da inexistência de norma com força de lei que vede a concessão dos direitos garantidos na Lei de Execuções Penais aos estrangeiros, existem determinadas garantias protegidas na Convenção de Viena, além de Tratados específicos entre o Brasil e outros países da América Latina. Entretanto, a maioria dos operadores de direito, inclusive, desconhecem a existência da referida Convenção e não buscam saber se há algum Tratado regulamentando a situação do preso de determinado País com o Brasil.

Desta forma, além de restringir os direitos garantidos na Lei de Execuções Penais restringe-se os direitos devidamente protegidos por esses atos normativos. E ainda, não há nenhum controle por parte de alguns países para que se dê o efetivo cumprimento aos referidos tratados, o que contribui com a injustiça na execução penal dos estrangeiros.

A Convenção de Viena em seu artigo 36, 1, (...) b prevê que:

> Art. 36. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:
> b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente sub-parágrafo.

Sendo assim, sabia é a consideração do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello ao dizer que:

> Isso é importante, porque eu tenho a impressão de que as autoridades brasileiras, em diversos procedimentos penais instaurados no Brasil, contra súditos estrangeiros, não têm tido a percepção de que há uma obrigação imposta em tratado internacional multilateral, subscrito pelo Brasil.[12]

Indiscutível é a importância que a referida Convenção tem no ordenamento jurídico e nas relações entre os Países, sendo inaceitável o seu não cumprimento e indignante o seu desconhecimento.

Outrossim, há que se ressaltar a colaboração penal internacional que pode ser conceituada como a ajuda prestada por um país a pedido de outro, na forma regulada em tratado internacional, na lei interna de cada país ou ainda, com base em promessa de tratamento recíproco, também deveria ser lembrada quando se tratasse de preso estrangeiro cumprindo pena em território nacional.

Além disso, é necessário que se aprimore a discussão acerca do instituto de transferência de preso, que é o caso de existência de Decreto entre o Brasil e outros países que possibilitam a transferência do preso ao seu país de origem, para o cumprimento da pena. Um exemplo disto, é o Decreto nº. 3875/2001 que dispõe acerca da transferência de preso entre Brasil e Argentina, ou seja, obedecidos os tramites legais, há a possibilidade de que as penas impostas no Brasil à nacionais da Argentina, sejam cumpridas naquele País e assim vice-e-verso. Além deste decreto, há o de nº. 3002/99 que regulamenta as transferências de presos entre Brasil e Chile.

Porém, esse instituto é pouco manejado e conhecido pelos operadores de direito, o que de fato é muito prejudicial, uma vez que a transferência de presos não beneficiaria apenas o estrangeiro que cumpre pena no Brasil, mais também, ao brasileiro encarcerado fora de território nacional.

Assim, o que percebe-se é a ausência de preocupação com os estrangeiros presos no Brasil, a carência do conhecimento da maioria das normas que regulamentam esses casos específicos, o que demonstra a necessidade de maiores estudos e regulamentação sobre o assunto.

---

[12] Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-11/estrangeiro-preso-direito-assistencia-consulado-pais<. Acessado em 05/07/2011.

O argumento da inexistência de impedimento legal se entrelaça com o outro argumento favorável a concessão de direitos ao preso estrangeiro que cumpre pena em território nacional.

Primeiramente, vale registrar o que dispõe o artigo 5º, caput, da Constituição Federal Brasileira:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Sobre a questão, têm-se o seguinte julgado:

> A negativa de progressão de regime prisional a uma pessoa sentenciada, e a determinação para que o cumprimento da sanção seja feito exclusivamente no regime fechado, representa um atentado ao princípio da individualização da pena, além de que redunda em tratamento que não atende à finalidade essencial da sanção criminal, que é a obtenção da ressocialização do condenado, pelo que não pode ser o benefício negado quando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos ensejadores. (TRF – 3ª Região – Apelação Criminal n. 97.03.071969-4 – SP – 5ª T. – v. u. – 18.5.98 – rel. Juíza Suzana Camargo).

Em análise ao referido argumento, é inaceitável que o preso estrangeiro tenha tratamento diverso do brasileiro que se encontra na mesma situação – preso por cometimento de algum delito – tendo em vista, que o estrangeiro encontra-se em solo pátrio e permanece sob a guarda Estatal, como cumpridor da pena que aqui lhe foi imposta, passando a figurar como estrangeiro residente, tendo todos os direitos, deveres e garantias dos brasileiros.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, já comentaram a respeito do assunto, conforme se verifica pelos informativos jurisprudenciais abaixo elencados:

> INFORMATIVO 365 – STJ PROGRESSÃO. REGIME PRISIONAL. ESTRANGEIRO. Na espécie, o Tribunal a quo manteve a decisão do juízo das execuções no sentido de ser incabível a concessão de progressão de regime ou livramento condicional a estrangeiros em situação irregular no país. Observa a Min. Relatora que, apesar de a jurisprudência deste Superior Tribunal e do Supremo Tribunal Federal orientar-se pela impossibilidade de conceder os benefícios da progressão de regime e do livramento condicional aos estrangeiros que cumprem pena no Brasil, o tema merece reflexões, pois não condiz com os objetivos, fundamentos ou princípios estabelecidos pela nova ordem constitucional de 1988 (arts. 1º, III; 3º, IV e 4º, II). A despeito de o art. 5º da Constituição não se referir ao estrangeiro não-domiciliado, a

> dimensão jurídica do caso diz mais com os direitos humanos do que com aqueles tidos como fundamentais e lembra ainda que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica. Afirma que, apesar da jurisprudência diversa, tanto o Código Penal quanto a Lei de Execuções Penais devem ser aplicadas aos estrangeiros. Ademais, essas normas não fazem quaisquer restrições aos direitos dos estrangeiros que cumprem pena no país. Explica que a expulsão do estrangeiro infrator é uma espécie de sanção penal que não se afastou do terreno penal, condicionando-se, no mais das vezes, ao cumprimento total da pena, mas no caso dos autos, não há decreto de expulsão. Entretanto, a condição de estrangeiro não implica sua permanência em regime fechado, até porque a progressão de regime como o livramento condicional são formas de cumprimento da pena. Pensar o contrário seria discriminação (HC 25.298-PR, DJ 1º/7/2004) e violaria o princípio da individualização da pena. Quanto ao fato apontado na jurisprudência de que o estrangeiro não-domiciliado no Brasil possa evadir-se, caso colocado em regime diferente do fechado, a bem da condição humana digna, devem ser apurados caso a caso os requisitos de merecimento para o desenvolvimento gradual do desconto da pena. Por fim, quanto à proibição formal de o estrangeiro trabalhar, afirma que também não teria o condão de inviabilizar a obtenção dos direitos pleiteados. A hipótese estaria a clamar uma interpretação de modo que nem o Estatuto do Estrangeiro nem a Lei de Execuções Penais sejam aplicadas isoladamente, mas dentro de um contexto maior. Lembra ainda a Min. Relatora que, nos termos dos arts. 31 e 41, II, da Lei n. 7.210/1984, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, o preso condenado tem o dever e o direito de trabalhar, uma vez que o labor é condição da dignidade humana, além de ter finalidade educativa e produtiva, visando à readaptação no meio social (LEP, art. 28). Nesse sentido, cita precedente que admite a concessão de benefício ao condenado estrangeiro a despeito da norma prevista no Estatuto do Estrangeiro (REsp 662.567-PA, DJ 26/9/2005). Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem. HC 103.373-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26/8/2008.
> INFORMATIVO 630 – STF - A 1ª Turma, ao aplicar o princípio da isonomia, concedeu habeas corpus em favor de cidadão paraguaio, em situação irregular no Brasil, aqui condenado a 4 anos de reclusão pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 6.368/76, art. 12 c/c art. 18). Considerou-se que o referido postulado seria garantia extensível aos estrangeiros e impediria que não nacional condenado pela prática do mencionado crime fosse privado da concessão do benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando preenchesse os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 44 do CP. Asseverou-se que o discrímen, fato de o paciente ser estrangeiro, não impediria a aplicação da aludida cláusula pétrea. HC 103311/PR, rel. Min. Luiz Fux, 7.6.2011. (HC-103311).

Nesse contexto, tem-se que não só a progressão, mas o livramento condicional e os demais direitos prisionais podem ser concedidos aos presos estrangeiros, uma vez que, cumprindo pena no Brasil, encontra-se em pé de igualdade com o nacional que se encontra na mesma situação. Ademais, não se pode subtrair do condenado estrangeiro nenhum de seus direitos constitucionais. Registre-se, que qualquer pessoa tem direito à progressão de regime nos termos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais e, desta forma, só a condição de estrangeiro não lhe retira a

possibilidade de concessão do referido benefício com a consequente reinserção na sociedade.

Artur de Brito Gueiros de Souza resume brilhantemente a necessidade de garantia aos direitos do preso estrangeiro:

> "A conclusão a que chego para a questão do estrangeiro encarcerado é de que devemos rever certos preconceitos, ou melhor, certas "suspeitas", passando a tratar os presos estrangeiros da mesma forma como tratamos os presos nacionais assegurando-lhes iguais direitos. O tratamento isonômico, diga-se de passagem, é exigido por inúmeros documentos internacionais, a começar pela declaração universal de direitos humanos.[13]

Sendo assim, após explanados ambos os entendimentos doutrinários a respeito do assunto e ainda demonstrado que embora haja falta de legislação que trate especificadamente do assunto, existem convenções, tratados, que fazem menção ao assunto, vale sempre lembrar que o preso não deve ser tratado com diferenças, por causa de sua nacionalidade, eis que o status de estrangeiro não deve retirar da pessoa, do cidadão, os direitos que lhe são garantidos em lei, quando atendidos os requisitos exigidos e ainda, a igualdade é contemplada na nossa Constituição Brasileira e desrespeitá-la de tal maneira, é uma afronta a todos os ensinamentos que são passados aos operadores de direito, os quais buscam, de acordo com estudos, o bom senso e principalmente cada caso concreto, a efetivação da justiça.

3. CONCLUSÃO

Por se tratar de uma análise crítica à jurisprudência brasileira sobre a concessão ou não de determinados direitos ao preso estrangeiro, durante a execução da pena, não cabe neste trabalho determinar que um ou outro posicionamento ou argumento é o correto, mas, demonstrar quais são esses posicionamentos e em que fundamentos se baseiam.

Desta maneira, restou demonstrado que a maioria da jurisprudência brasileira entende mais prudente não conceder aos presos estrangeiros determinados direitos inerentes à execução da pena, quando se tenha decreto de expulsão em andamento

[13] Entrevista ao Jornal Carta Forense, em data de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3820>. Acessado em data de 25/06/2011.

ou expedido, pela presunção da fuga e pela impossibilidade de obtenção de trabalho formal.

Por outro lado, têm-se os entendimentos favoráveis ao preso estrangeiro, uma vez que não há legislação específica que regulamente os direitos da execução penal em se tratado diretamente do preso estrangeiro e ainda, levando em consideração o princípio da isonomia, uma vez que estando em território nacional, o estrangeiro padece dos mesmos direitos e garantias previstos ao nacional.

Conforme já dito, por se tratar de um direito discricionário, tendo em vista que não há legislação específica que trate do assunto, cabe ao operador do direito analisar cada caso concreto e aplicar o posicionamento que entenda mais legalmente certo e não menos justo.

Concluiu-se também, que a finalidade do Sistema Prisional é a reinserção social do apenado, independentemente de sua nacionalidade, e com a restrição desses direitos, o processo como um todo resta prejudicado, porque a execução penal foi esquematizada justamente com essa finalidade e todas as fases são indispensáveis para o cumprimento desse objetivo.

Por outro lado, obviamente, tem que ser levado em consideração a segurança nacional, a periculosidade do preso, independentemente de ser estrangeiro ou não, considerando que mesmo o preso brasileiro pode ter seus benefícios negados, levando em consideração o preenchimento dos requisitos exigidos em lei e principalmente, o bom-senso, buscando sempre a efetivação da justiça.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em data de 25/06/2011.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execuções Penais. Diário Oficial da União: Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acessado em data de 25/06/2011.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Estatuto do Estrangeiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acessado em data de 25/06/2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao Código Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 2ª Ed. Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002, pag. 389.

SOUZA, Gueiros Brito de Artur. **Presos Estrangeiros no Brasil, Aspectos Jurídicos e Criminológicos**, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

UMA ANÁLISE DAS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO

AN ANALYSIS OF STATE INTERVENTION IN THE ECONOMY

Gabriel Victor Rodrigues Pinto[1]

Resumo: O artigo analisa a estrutura constitucional da ordem econômica, com ênfase no papel dos agentes econômicos e na necessidade de respeito aos princípios estabelecidos no art. 170 da Constituição. Destacam-se conceitos como propriedade privada e função social, além da busca pelo pleno emprego dos fatores de produção, evidenciando o papel do Estado na economia. A pesquisa demonstra, também, que a intervenção estatal, seja direta ou indireta, deve ser pautada pelas restrições constitucionais para garantir um ambiente econômico saudável e próspero.

Palavras-chave: Ordem econômica. Modalidades de intervenção. Princípios constitucionais.

Abstract: The article analyzes the constitutional structure of the economic order, emphasizing the role of economic agents and the need to respect the principles established in Article 170 of the Constitution. Concepts such as private property and social function are highlighted, along with the pursuit of full employment of production factors, highlighting the role of the State in the economy. The research also demonstrates that state intervention, whether direct or indirect, must be guided by constitutional restrictions to ensure a healthy and prosperous economic environment.

Keywords: Economic order. State intervention. Constitution principles.

1. INTRODUÇÃO

A ordem econômica de um país reflete as diretrizes estabelecidas pelo seu ordenamento jurídico, sendo a Constituição Federal a principal referência normativa para a estruturação e regulamentação das relações econômicas. No Brasil, a Constituição da República de 1988 desempenha um papel fundamental na definição dos princípios e objetivos que orientam a economia nacional, garantindo a livre iniciativa e a valorização do trabalho como pilares do sistema econômico.

A partir desse arcabouço normativo, o Estado brasileiro se posiciona como um agente regulador e, em determinadas circunstâncias, como um interventor no domínio econômico, sempre sob os limites impostos pelo texto constitucional. Nesse contexto, o presente trabalho busca examinar a organização da ordem econômica nacional, com ênfase nos agentes econômicos e na aplicação dos princípios constitucionais,

[1] Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Prática Judicial pela Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE). E-mail: gabrielrodriguesp@gmail.com.

notadamente aqueles previstos no Art. 170 da Constituição. Além disso, analisa-se a forma como o Estado intervém na economia para garantir a estabilidade e o desenvolvimento sustentável, destacando a importância da propriedade privada e da busca pelo pleno emprego.

O estudo se propõe, portanto, a discutir os fundamentos que sustentam a política econômica nacional e a esclarecer de que maneira os princípios constitucionais moldam as interações entre os diversos agentes econômicos. Dessa forma, pretende-se contribuir para uma melhor compreensão do papel do Estado na economia e das diretrizes que regem o sistema econômico brasileiro.

2. A ATUAL ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: AGENTES E MEIOS DE INTERVENÇÃO

O local de partida para compreender a atual ordem econômica brasileira deve ser a Constituição. É nesta norma primária que o jurista encontrará as principais diretrizes apontadas pelo constituinte, e, também, de onde ele poderá extrair toda a organização e política econômica de seu Estado.

No Brasil, tais normas estão definidas na Constituição da República, promulgada em 1988. Nela, o constituinte, já no seu Art. 1º, IV, apontou como um dos fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o que, em outros termos, significa dizer que o Estado Brasileiro fez uma clara opção pelo sistema capitalista.

Com essa escolha, o constituinte não só reconhece o livre mercado como meio de crescimento e desenvolvimento econômico, como também defende a livre iniciativa como instrumento de transformação social.

Tudo isso, claro, sob a preciosa defesa e valorização do trabalho, visto que está vedada qualquer desvalorização da dignidade humana e de sua força laboral.

Além do Art. 1º, a CRFB/88 consegue ir mais longe, dedicando uma única parte de si para a organização da ordem econômica e financeira. Trata-se do Título VII, cuja divisão ocorreu em quadro capítulos: i) dos princípios gerais da atividade econômica; ii) da política urbana; iii) da política agrária e fundiária e reforma agrária e iv) do sistema financeiro nacional.

Essa disciplina, por óbvio, não é capaz de organizar, sozinha, toda a política econômica do nosso país. Pelo contrário, é largamente sabido que a Constituição de 1988 optou por cumprir uma finalidade programática, isto é, de balizar projetos e

políticas públicas que melhorem ou estabilizem em longo prazo a organização do Estado. É por essa razão que Eros Grau (2010, p. 174) prefere apontar a nossa Constituição como dirigente, cujo propósito principal é implantar e planejar uma nova ordem econômica.

Essa última expressão, contudo, nem sempre é bem compreendida. Apesar do seu uso corriqueiro nos textos jurídicos, o dizer "ordem econômica" pode ser aplicado sob diversos sentidos. Aqui opta-se, porém, pelo sentido escolhido por André Ramos Tavares (2011, p. 82), segundo a qual trata-se da "parcela do sistema normativo voltada para a regulação das relações econômicas que ocorram em um Estado".

Se assim for, podemos dizer que a parcela mais substancial desse sistema normativo está compreendida no Art. 170 da Constituição, no qual estão previstas as principais garantias e liberdades dos agentes econômicos.

Com efeito, uma leitura desses princípios revela que não há certa homogeneidade entre eles, conforme foi apontado pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 187-212). Todavia, é justamente no exercício conjunto dessas normas e princípios que se mantém possível o ambiente econômico, porquanto, cumprindo esse regramento, tem-se uma sociedade livre, na qual os agentes econômicos poderão livremente atuar – e gerar uma máxima prosperidade econômica.

Esses ditos agentes econômicos correspondem justamente àqueles indivíduos ou instituições que, em razão de suas escolhas ou ações, interferem direta ou indiretamente no quadro econômico (Carvalho e Ribeiro, 2007). São eles: as famílias, as empresas, a administração pública e o mercado externo. Todos eles interagem entre si, num ciclo natural e vicioso. As empresas são responsáveis pela maior geração de riqueza e oferecem serviços e produtos às famílias e ao mercado externo, ao passo que são fiscalizadas pelo Estado, representado na Administração Pública. É com esta interação inquestionável que, juntos, esses agentes econômicos dão sentido e movimento à Economia.

A boa manutenção desse elo, contudo, depende da observância dos princípios acima elencados. Cada um deles, em certa medida, corresponde a uma face da ordem econômica a qual deve ser respeitada.

O respeito à propriedade privada, por exemplo, prevista no Art. 170, II, da CRFB/88, merece uma interpretação completamente diferenciada daquela retratada no Art. 5º, XXII, da mesma carta normativa. Enquanto que o respeito à propriedade privada elencada no rol de direitos fundamentais se refere à defesa individual dos

bens e patrimônios de um único cidadão, a propriedade privada existente nos incisos do Art. 170 merece outra compreensão. Esta se refere àquela propriedade privada que está em pujança, gerando riqueza. Essa propriedade pujante merece prioridade em sua defesa porque está dando retorno à sociedade e cumprindo a sua função social. Com isso, se está evitando os abusos de propriedade e maximizando o rendimento dos agentes econômicos.

Outro princípio que merece particular destaque é aquele previsto no Art. 170, VIII: a busca do pleno emprego. Este também não pode ser interpretado de forma literal, cabendo a ele uma interpretação muito mais extensiva. Nesse caso, o que interessa à ordem econômica constitucional é o pleno emprego dos fatores de produção. Isso significa dizer que o nosso Estado vive uma busca incessante de máximo rendimento de seus setores econômicos. Para isso, o Estado eventualmente precisa intervir na economia, com o objetivo de que os fatores de produção não se tornem subutilizados, estando eles sempre em níveis ótimos, que significa, dentre várias coisas, um máximo de trabalhadores empregados, uma indústria naval e automotiva funcionando bem, bom setor de serviços etc.

Esse último princípio, assim como vários outros, poderia ser alvo de melhor aprofundamento, podendo ele, quiçá, ser palco de outro ensaio acadêmico. Por isso, seria impossível falar de forma tão detalhada e profunda sobre ele, razão pela qual se optou pela economia de palavras.

Foi precioso falar desse princípio, contudo, porque é justamente na discussão levantada sobre o pleno emprego dos fatores de produção que passamos a discutir o imperioso papel exercido pelo Estado na economia – este, sim, um ponto chave para este trabalho.

Ora, se já sabíamos que a Administração Pública é um agente econômico e que sua existência é indispensável para a boa manutenção desse ciclo, falta elucidar de que forma e em que medida essa atuação poderá ocorrer.

Pois bem, antes de tudo, impede ressaltar que o Estado poderá intervir no domínio econômico a partir diferentes óticas: direta ou indiretamente. Essa intervenção, contudo, é comedida e obedece às restrições impostas pela Constituição Federal, visto que qualquer ausência de regramento poderia significar em verdadeiro estorvo para o livre mercado.

Essa normatização poderá ser entendida com maior clareza no tópico subsequente, vez que aqui se pretende dar maior amplitude ao tema e discuti-lo de forma mais minuciosa.

2.1 O Art. 173, *caput*, da CRFB/88 e o Princípio da Subsidiariedade

Em que pese isso já tenha sido asseverado, é importante relembrar que a intervenção desmedida do Estado, quando não necessária, pode causar um desequilíbrio no ciclo de interação entre os agentes econômicos. Pensando nisso, o constituinte optou por delimitar, de forma bastante clara, as oportunidades de intervenção capitaneadas pelo Estado.

Essa previsão normativa foi impressa no teor do Art. 173, caput, da Constituição Federal, segundo o qual:

> Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

O recém-mencionado dispositivo constitucional é límpido. Quando ele aponta que a intervenção do Estado brasileiro se dará apenas em caráter de exceção, ele também reconhece que a regra escolhida pelo constituinte foi a da livre iniciativa e livre mercado, sem qualquer interferência do Estado.

Essa lição é especialmente importante porque analisando a evolução da dinâmica entre Estado e economia, algumas coisas foram aprendidas. Dentre elas, com certeza deve se destacar que uma intervenção estatal acentuada no domínio econômico pode ser muito custosa para a sociedade.

Inclusive, esse tema possui bastante visibilidade no ordenamento brasileiro, visto que tivemos, recentemente, um histórico não desejável de intervenções econômicas – movidas especialmente pelo Governo Federal.

Apesar disso, não se pode olvidar que, por muitas vezes, a intervenção pode ser muito benéfica ao sistema econômico, vindo, sobretudo, para organizá-lo. Exatamente por isso que a nossa Constituição trouxe, em si, autorização normativa para esse tipo de intervenção.

Existem três principais razões para que a intervenção seja possível em um Estado predominantemente pautado no livre mercado. Cada uma delas delineada com maior vigor por João Bosco Leopoldino da Fonseca (2014):

A primeira e mais importante razão para que a intervenção seja possível é o seu potencial de corrigir as falhas existentes no mercado. É com a intervenção que o Estado consegue garantir de forma mais eficaz a livre competição e reestruturar o mercado, dando a ele maior sustentabilidade. Conforme sobrelevado por Avelãs Nunes (1972, p. 125), quando o Estado intervém no quadro econômico, ele não deve ser encarado como um mero estorvo ou impedimento para os objetivos empresariais, mas, principalmente, como um minimizador dos riscos de um sistema capitalista. Isso porque se para Adam Smith o homem é, naturalmente, maximizador de seus interesses, merece resguardar que, sem regulação, ele pode vir a prejudicar os seus iguais.

A segunda razão a justificar a intervenção advém do imperioso papel assumido pelo Estado de garantir a distribuição de renda. É de fácil compreensão que o livre mercado é o principal caminho para geração de riqueza. Apesar disso, a sua lógica é baseada, sobretudo, na acumulação de capital, base do sistema capitalista. Cabe ao Estado, portanto, garantir que haja a distribuição da riqueza gerada. O caminho mais natural para isso é, por óbvio, a despesa pública. É a partir de seus grandes investimentos que o Estado faz movimentar a economia – desde a compra de pequenas canetas até a construção de grandes rodovias.

Por último, mas não menos importante, se destaca a terceira razão para que haja a intervenção no domínio econômico: a necessidade de rápidas respostas à política econômica. Ora, se sabemos que a economia é fluida e que os seus fatores (como o câmbio, oferta e demanda) são variáveis, é importante que o Estado tenha mecanismos de autoajuste e saiba combater de forma rápida e eficaz algumas distorções. Essa concepção do Direito Econômico se mostrou útil para qualquer modelo da sociedade moderna, não devendo essa matéria ser apresentada tão somente como um “modelo jurídico antiliberal” (Souza e Clark, 2011, p. 25).

Essa intervenção, todavia, só será permitida em casos excepcionais, seja para cumprir os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. É justamente dessa excepcionalidade que advém o princípio da subsidiariedade. Esse princípio está diretamente relacionado à ideia de que, ao Estado, só cabe agir na

economia quando a ele for imperativo complementar ou suplementar onde há distorções.

Veja-se que para José Alfredo de Oliveira Baracho (1995, p. 13-52), o princípio da subsidiariedade se aplica também no direito econômico, pois apesar dele sugerir normalmente um papel de suplência, para a economia ele pode ser interpretado como meio de "conter ou restringir a intervenção do Estado".

Sendo assim, a permissão contida no Art. 173, caput, dá azo para que a intervenção ocorra em duas circunstâncias principais: quando imperativo para a segurança nacional e quando houve interesse coletivo. É bem verdade que essas duas expressões não possuem definição muito clara, o que acaba tornando a análise do caso mais subjetiva e aberta. Apesar disso, é válido tentar compreendê-las em certa medida.

O imperativo de segurança nacional está normalmente relacionado à própria defesa do território nacional e dos planos estratégicos de um país. Para Alvacir Nicz (1981, p. 114 apud Tavares, 2011, p. 279), requer-se que algumas iniciativas não estejam concentradas nas mãos de particulares, como é o caso do petróleo e da energia atômica, pois além de possuírem alto potencial bélico, são importantes para a independência econômica da nação.

O interesse coletivo, por sua vez, está muito mais relacionado à própria vida em sociedade. Isso porque o interesse individual nem sempre merece prevalecer, sendo muito mais útil que se valorize a vontade implícita da maioria, representada na soma de vários interesses individuais – e normalmente defendida pelo Estado.

Nesse caso, a intervenção poderá assumir dois diferentes meios: a direta e a indireta. Cada uma delas com suas particularidades e suas especificidades, conforme se pretende apresentá-las no tópico a seguir. Inicialmente, se introduzirá de que forma a Administração Pública pode intervir diretamente na economia, para só então dissecar melhor as modalidades de intervenção indireta.

2.2 A Intervenção Direta do Estado no Domínio Econômico: o Estado Empresário

Em determinadas circunstâncias, o Estado pode perceber que um setor econômico está em dificuldade, se vendo, assim, obrigado a absorvê-lo ou ajudá-lo, por meio da criação de uma Estatal. Nessa conjuntura, entende-se que o Estado precisará imergir completamente nesse setor econômico, tomando para si a função empresária.

Diante desse panorama, Eros Grau (2010, p. 147) aponta que, ao assumir uma intervenção direta, o Estado estará intervindo no domínio econômico por meio de uma dessas duas modalidades: absorção ou participação.

Será considerada a absorção caso o setor econômico esteja completamente descoberto, sendo necessário que o Estado assuma uma função de monopólio e supra as necessidades do mercado. Por sua vez, a dita participação ocorre quando, mesmo já havendo a livre iniciativa de particulares para determinada área, a demanda não esteja sendo suprida, fazendo crer que o Estado precisará ajudar essas empresas a dar vazão ao mercado, por meio de suas estatais.

Em ambos os casos, a Administração age no campo econômico em sentindo estrito, ou seja, assume uma posição de frente e figura como um dos agentes econômicos principais, dando ação ao ciclo econômico. Essa tarefa não cabe somente à União. Quando evocado, o dito "exploração direta da atividade econômica pelo Estado abrange todas as entidades estatais (União, Estados, Distrito Federal e Município)", conforme desenha o constitucionalista José Afonso da Silva (2005, p. 804).

Não de pode olvidar, contudo, que existem algumas "atividades reputadas como de alta relevância nacional e social" (TAVARES, 2011, p. 281) que, por sua natureza, implicam num modelo irrenunciável de monopólio. Por muitas décadas esse caso se aplicou ao petróleo nacional, que chegou a ser expresso na redação da Constituição Federal de 1967, Art. 162, segundo o qual a pesquisa e a lavra do petróleo seriam monopólio da União. Outro caso célebre é o manuseio de minérios nucleares.

Essa concentração é, por muitas vezes, justificada, mas pode sofrer algum tipo de flexibilização, a depender, especialmente, das necessidades de mercado e do momento vivido pela nação.

Essa discussão é particularmente recente, se considerarmos que hoje o Brasil experimenta um momento particularmente interessante em relação à abertura de exploração do pré-sal para o mercado externo. Ao leiloar algumas bacias de petróleo na região do pré-sal, o Governo Federal desobriga a Petrobrás a explorar áreas estrategicamente pouco vantajosas para a empresa, possibilitando que a petroleira consiga potencializar sua eficiência e produção. Por outro lado, com a concessão das demais áreas, o Estado consegue arrecadar bons capitais externos – bastante convenientes para o momento fiscal em que vivemos.

Ainda assim, é importante citar a Petrobrás como exemplo, porque essa empresa tem se mostrado nos últimos tempos especialmente autônoma. Essa característica é, inclusive, um dos centros de discussão, porque nos remete à distinção entre a Administração direta e indireta.

Pois bem, ao longo de seu tempo, a Administração Pública percebeu que não era tão vantajoso centralizar em si todo o poder e responsabilidade de seus órgãos. Eventualmente, portanto, passou a criar novas pessoas jurídicas, com o objetivo de distribuir a elas suas competências.

Para Di Pietro (2015, p. 516), esse fenômeno é chamado de descentralização e resume os casos em que a Administração distribui competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica. Com esse fenômeno jurídico que se dá vida às quatro espécies da administração indireta: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Dessas quatro, duas dela tem como função principal a participação no quadro econômico, sejam elas: as empresas públicas e as sociedades de economia mista. A definição jurídica de cada uma delas encontra respaldo no Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967:

> Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:
> [...]
> II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.
> III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

Nessa toada, podemos usar como exemplo os dois maiores bancos nacionais: a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil. Enquanto a primeira é uma empresa pública, cujos recursos advêm exclusivamente da União, o Banco do Brasil se mostra atualmente como uma sociedade de economia mista, sob a forma de sociedade anônima.

Se fôssemos considerar a classificação feita por Eros Grau, trata-se de intervenção direta em sua modalidade de participação, visto que ambos os bancos convivem harmoniosamente com outros bancos privados.

A intervenção direta não é, contudo, a única forma de intervenção do Estado na economia. Essa intervenção poderá ocorrer também na sua forma indireta, conforme será explicado no tópico seguinte.

2.3 A Intervenção Indireta do Estado no Domínio Econômico

As experiências somadas ao longo do Século XX foram particularmente importantes para o Estado. Por um lado, descobrimos que, algumas vezes, se torna imperioso intervir no domínio econômico. Por outro, contudo, vimos que essa intervenção nem sempre precisa ocorrer de forma direta, isto é, com o Estado realizando a função empresária.

Silveira Neto (2013, p. 131) retrata que a nossa Constituição Federal tem conhecimento que num mercado competitivo, os espaços econômicos são preenchidos naturalmente pela livre concorrência. Além disso, o autor afirma que o Estado reconhece não ser um bom administrador privado, pois jamais alcançaria um alto desempenho com a eficiência e rapidez que o setor privado conseguiria. Essa realidade parece realmente lógica. Se o homem é o maximizador de seus interesses, terá plena vontade de ver o seu negócio dando seu mais alto rendimento – panorama que nem sempre é visto na Administração Pública.

Essa lição abriu portas para que o Estado começasse a pensar em outros meios de intervenção na economia, afinal é mais interessante e menos custosa que sua atuação ocorresse de forma indireta. Ora, ao seu favor, o Estado concentra, dentre tantas funções, o poder de polícia e a ação legiferante, que são fortes aliadas para uma intervenção bem-sucedida na economia. Assim, não há razão para que o Estado prefira criar uma estatal se existem caminhos mais simplificados para corrigir uma falha de mercado.

É o caso, por exemplo, do Estado que assume as funções de agente normativo e agente regulador da economia.

Quando estiver na função normativa, o Poder Público será o responsável por criar as regras de funcionamento do mercado. Dentre outras coisas, ele estabelecerá quais os regimes de exploração de determinado bem de consumo, de que forma ocorrerá a sua conservação/venda ou qual o limite para determinada substância em sua composição.

Daí decorre, também, a criação de um marco legal para determinado seguimento econômico – no Brasil, temos como exemplo a exploração do petróleo.

Esse conjunto normativo possibilita um ambiente de maior segurança jurídica para o mercado e torna o investimento externo mais previsível, o que dá mais confiança ao investidor.

Por sua vez, quando assumir o papel regulador, o Estado agirá como organizador do sistema econômico, impedindo que as diversas falhas de mercado ocorram.

Para esse caso, André Ramos Tavares (apud PAVANI, 2013, p. 4) aponta que o modelo regulador é o novo formato de intervenção contemporânea, pois, por mais que o Estado tenha se afastado da prestação econômica efetiva, este passou a regular e acertar, de longe, a conduta privada.

Esse panorama coloca a interferência direta em segundo plano, visto que ela deixa de ser uma regra e passa a ser uma excepcionalidade do Estado (PAVANI, 2013, p. 1-16), que passa a priorizar uma atuação normativa e regulatória.

Logo, considerando essas duas concepções, o Poder Constituinte optou por indicar, no próprio texto constitucional, por quais modalidades o Estado cumprirá o seu papel normativo e regulador, conforme pode ser visto na redação do Art. 174, caput, da CRFB/88, *in verbis* transcrito:

> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Cada uma dessas modalidades merece um estudo mais aprofundado, o que será feito no subtópico a seguir, pois elas guardam em si diversas particularidades e discussões.

2.3.1 O Estado indutor da economia

A atuação do Estado deverá ocorrer sempre que um determinado segmento da economia não esteja funcionando como o esperado. Nesse caso, para tentar corrigir essa distorção, o ente estatal poderá se utilizar de sua função indutora e criar implementos para tornar uma atividade econômica mais atraente.

Logo, a despeito da atividade continuar sendo exercida pela iniciativa privada, os benefícios conferidos pelo Estado interferem no arbítrio do particular, em estímulo ao interesse público. Esse incentivo, porém, não pode ocorrer de tal forma que impossibilite ou desequilibre a livre concorrência, isto é, “o benefício de um não pode

significar a derrocada de outros", conforme aponta André Ramos Tavares (2011, p. 308).

Em verdade, esse tipo de intervenção deve ocorrer por meio de regras instrumentais, que, ao interferirem indiretamente na economia, poderão incentivar ou desincentivar uma determinada prática. Trata-se de um estímulo que favoreça o desenvolvimento de um segmento ou prática econômica, da qual proverá o seu melhor e mais adequado resultado (NASCIMENTO, 1989, p. 34 apud TAVARES, 2011, p. 308).

O papel exercido por esse incentivo econômico já foi palco de discussão, inclusive, no plenário do Supremo Tribunal Federal, quando o Ex.º Ministro Relator Eros Grau proferiu o seu voto na ADI 3512, responsável por julgar a constitucionalidade da Lei Estadual 7.737/2004, do Espírito Santo:

> Quando o faz, por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa (Considerações sobre Direito Econômico, tese, São Paulo, 1971, pág. 304) no de "leva-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual". Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite – ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza (Direito Econômico, Saraiva, São Paulo, 1980, pág. 122) – de "incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado". Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do direito premial.

Não se pode olvidar, sobretudo, que essa função de incentivo se relaciona diretamente com o Art. 170, VII, da CRFB/88, segundo o qual a ordem econômica buscará a redução de desigualdades regionais e sociais de nosso país.

Pois bem, é verdade que a evolução histórica do Brasil e o nosso desenvolvimento socioeconômico resultaram na concentração de riquezas em alguns polos industriais, notadamente as regiões Sul e Sudeste. Para driblar essa distorção, os Estados brasileiros passaram a adotar uma política de incentivo fiscal, tornando o seu território mais atraente para a fixação de fábricas e polos industriais.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Essa prática, contudo, vem gerando um ambiente de desconforto entre as unidades federativas, que hoje não só competem entre si para sedear determinadas empresas, como também vivem uma chamada guerra fiscal. A arma principal, claro, é o ICSM – imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços – que é de competência estadual e a principal moeda de barganha entre os Estados (VARSANO, 1997).

Merece lembrança, inclusive, que medida semelhante já foi tomada pela União quando instituiu a Zona Franca de Manaus por meio do Decreto-Lei 288/1967, o qual impulsiona o desenvolvimento econômico da Amazônia Ocidental. A título de informação, para as empresas que desejem se instalar na região, por exemplo, há uma redução de até 88% do imposto de importação (II) sobre os insumos destinados à industrialização; isenção de imposto sobre produtos industrializados (IPI); redução de 75% de imposto de renda para pessoa jurídica e restituição parcial ou total do ICMS.

Outro exemplo de incentivo capitaneado pelo Poder Público são os subsídios dados a determinado seguimento econômico. Nesse caso, o interesse da Administração não está alicerçado no desenvolvimento econômico de determinada região, mas sim em melhorar a competitividade de um determinado produto nacional, barrando, assim, as importações e aumentando as exportações. É uma típica prática protecionista, a qual tem sido combatida com bastante afinco pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

Em caso recente, essa Organização decidiu, inclusive, em favor do Brasil, ao condenar as barreiras impostas pelos Estados Unidos ao suco de laranja aqui produzido. Isso mostra que o estímulo dado pelo Estado a determinada área econômica poder ser até mesmo exagerado, causando óbices ao livre mercado (interno e externo) e prejudicando diretamente o consumidor.

Ao implementar essas medidas, então, o Estado precisa ser cauteloso e não personalizar o incentivo, pois poderia estar favorecendo um único grupo industrial em detrimento dos demais. Se assim for, a atuação estatal em nada estará contribuindo para corrigir as distorções de mercado, mas sim as agravando, pois estará na contramão da livre concorrência e do livre mercado.

No mais, ao tratar esse assunto, sabe-se, com muita clareza, que dentre os princípios que regem a Administração Pública está o da impessoalidade. Esse princípio se traduz, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, na qualidade

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

da Administração de “tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas, [visto que] simpatias ou animosidades pessoais [...] não podem interferir na [sua] atuação administrativa” (MELLO, 2011 apud BARRETO, 2014).

2.3.2 O Estado e o planejamento econômico

A ideia de planejamento deriva de um processo de racionalização da ciência econômica. Esse momento coincide justamente com o advento das ideias liberais desenvolvidas por Adam Smith, que sistematizou, pela primeira vez, a economia.

O planejamento em si, porém, surge apenas no início do século XX, quando as distorções de mercado se revelam prejudiciais ao interesse público.

É compreensível, inclusive, que essas ideias tenham surgido na primeira metade do século passado, especialmente em razão dos efeitos adversos deixados pela Grande Depressão de 1929[2]. Naquele momento, a falha de mercado provocada pelos excessos da década de ouro causou um descompasso tão significativo na economia, que se fez necessário repensar a política econômica vigente na época.

Nesse caso, não bastava corrigir as distorções deixadas pelo liberalismo exacerbado, era necessário um planejamento econômico capaz de impedir que uma crise como a de 29 voltasse a se repetir. Nesse panorama, apesar de sabermos que uma sociedade livre é muito capaz de gerar riqueza, é sabido também que todo o capital gerado virá de forma desordenada. Para se organizar e se desenvolver, então, é necessário que o Estado planeje as suas ações.

Assim, esse planejamento econômico surge para ordenar a economia. Seu propósito principal seria o de criar “um conjunto de medidas previstas para a adoção corretiva dos desequilíbrios estruturais, bem como os desvios conjunturais para uma determinada economia”[3].

Para André Ramos Tavares (2010, p. 310), esse processo de planejamento envolve três fases, quais sejam: a decisão de planejar, o plano em si e a implementação do plano. Naquele primeiro momento, quando se decide planejar, é comum que o Poder Público primeiro faça uma análise diagnóstica sobre o quadro econômico e, em seguida, proponha objetivos que solucionem as distorções. Quando falamos do plano em si, estamos nos retratando ao enquadramento concentro da

[2] Conhecida crise econômica vivida pelos Estados Unidos da América após a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929.
[3] Conceito formulado a partir dos ensinamentos do Professor Raimundo Bezerra Falcão, da Universidade Federal do Ceará.

decisão, enquanto que a implementação é o momento em que serão realizados os objetivos e, claro, os resultados começarão a ser percebidos.

Merece destaque, todavia, que o planejamento se dá de forma determinada apenas para o setor público, sendo ele meramente indicativo para o setor privado. Essa previsão normativa constante no Art. 174, *caput*, da CRFB/88, teve como objetivo principal garantir a liberdade de atuação e decisão das empresas privadas. Embora os particulares ainda estejam subordinados às regras de fiscalização e incentivo emitidas pelo Estado, certamente eles não estão vinculados a todas as normas expedidas pelo Poder Público. Isso ocorre justamente para que o Estado não tenha em suas mãos o poderio necessário para engessar a economia e planificá-la.

Adentrada essa discussão, é imperioso ressaltar que existe uma diferença substancial entre o planejamento econômico e a planificação. Enquanto o primeiro tem por objetivo adotar medidas corretivas no reajuste econômico, a planificação se assemelha mais aos casos de planejamento compulsório, impositivo – modelo escolhido pela antiga União Soviética. Nesse último caso, a produção é prévia e racionalmente planejada por especialistas, de modo que não haja escassez ou excesso de determinado produto, mantendo-se um preço fixo para cada produto.

Esse tipo de intervenção, contudo, deixa o seu caráter indireto para se aproximar muito mais a uma intervenção direta, visto que o Estado passa a tomar conta de todos os meios de produção.

De qualquer forma, ainda falando sobre o planejamento na ordem econômica brasileira, não se pode olvidar que o Art. 182 da Constituição Federal de 1988 tem ampla relação com o planejamento econômico. Em verdade, apesar de sua redação ser muita mais voltada ao próprio indicativo de planejamento urbano, sabe-se que uma cidade bem estruturada extrai de si o seu melhor rendimento. Basta que haja um bom funcionamento dos meios de transporte, indústrias bem amparadas para o escoamento de sua produção e uma infraestrutura bem delineada.

Assim, é fácil perceber que, quando bem planejada, a economia, ou qualquer outra ciência próxima, terá melhores condições para seu desenvolvimento, estando ela muito mais preparada para enfrentar determinadas distorções ou eventuais gargalos.

2.3.3 O Estado Fiscalizador

No exercício de sua função fiscalizadora, cabe ao Estado controlar a juridicidade dos atos realizados por agentes econômicos (TAVARES, 2010, p. 304),

manifestando-se como um agente regulador[4]. No caso, ele analisará se há correspondência entre o que é normalmente praticado pelo empresariado e as normas do nosso ordenamento econômico. Essa atividade é especialmente importante porque é o freio dado pelo Poder Público à atividade empresarial – é o momento em que a vontade do particular passa a ser modulada pelos interesses coletivos, ouse já, aqueles que estão impressos na norma legal.

No mais, a fiscalização estatal é o principal aliado na boa prestação de serviços e produtos ao consumidor. Este, cuja hipossuficiência é latente, jamais poderia ter condições de averiguar se a produção de determinado bem cumpre os padrões legais ou se aquela determinada empresa tem cumprindo um plano de produção sustentável/ecológico.

Ademais, não é difícil imaginar que um empresário tenha pleno interesse na maximização dos seus lucros. Esse objetivo, contudo, não pode ser alcançando a troco de uma péssima prestação de serviços. Não seria razoável aceitar que o empresariado tentasse aumentar tanto a sua margem de lucro, que sequer se importasse com a vida útil dos bens produzidos ou com o seu padrão de segurança. Sendo assim, a fiscalização pública ajuda a impor limites à própria atuação de particulares, que, no afã de alargar seus interesses financeiros, poderiam colocar no mercado produtos e serviços que fossem indesejáveis ao interesse e à saúde pública.

Muito provavelmente dessa lógica advém uma célebre anotação feita por Eros Grau (2005, p. 132), segundo o qual “o direito moderno é o instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas”. Com efeito, somente no exercício dessas normas que o sistema econômico poderá perpetuar o seu caráter sustentável, pois, ao contrário, os agentes econômicos serão os responsáveis por sua própria implosão.

Essa temática coloca em oposição dois dos principais pontos de convergência do Direito Administrativo moderno: as liberdades individuais e a autoridade exercida pela Administração Pública. Nesse passo, ao tempo que o particular pretende exercer com plenitude os seus direitos individuais, a Administração Pública precisa condicionar tal exercício ao bem-estar coletivo (GRAU, 2005, p. 155).

[4] Anote-se que há distinção conceitual entre o que entendemos por regulação e regulamentação. Enquanto a regulação está muito mais relacionada ao estudo do Direito econômico, visto que o Estado cumpre um papel de ordenador da economia, a regulamentação é matéria estudada pelo Direito Administrativo e decorrente do Art. 84 da CRFB/88, segundo o qual o Poder Executivo detém o poder regulamentar para publicar Decretos que esclareçam a Lei.

Para Zanobini (1968, p. 191 apud DI PIETRO, 2014, p. 155), essa oposição enfrentada entre a vontade do particular e o dever da Administração não parece ser incompreensível, visto que "a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado".

Logo, percebe-se que o próprio poder fiscalizatório detido pelo Estado, por muitas vezes, se materializa no exercício de poder de polícia ostentado pela Administração, cujo significado, segundo desenha Di Pietro (2014, p. 158), nada mais é do que a "atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público".

3. CONCLUSÃO

A análise da intervenção do Estado no domínio econômico revela um complexo equilíbrio entre a liberdade de mercado e a necessidade de regulação estatal para garantir a ordem econômica e social. O princípio da subsidiariedade, delineado no artigo 173 da Constituição Federal de 1988, estabelece que a atuação do Estado na economia deve ocorrer de forma excepcional, apenas quando imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo assim o exigirem.

Nesse contexto, a intervenção estatal pode ocorrer de forma direta ou indireta. A intervenção direta se manifesta na criação de empresas estatais para suprir demandas de mercado não atendidas pela iniciativa privada ou para garantir o controle estratégico sobre setores essenciais, como energia e infraestrutura. Por outro lado, a intervenção indireta ocorre através da atuação normativa e regulatória do Estado, garantindo a livre concorrência, prevenindo distorções de mercado e promovendo a distribuição de riquezas. Essa forma de intervenção permite que o Estado influencie o funcionamento da economia sem a necessidade de assumir diretamente a atividade empresária, sendo a preferência nas modernas economias de mercado.

Ao longo da história econômica do Brasil, observa-se que a intervenção estatal foi utilizada tanto como ferramenta de crescimento e desenvolvimento como também como um fator de ineficiência e altos custos quando mal aplicada. Dessa forma, o desafio que se impõe é encontrar um ponto de equilíbrio entre a livre iniciativa e a regulação estatal, garantindo que a intervenção ocorra apenas quando estritamente necessária para preservar a estabilidade econômica e social do país.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Assim, é essencial que o Estado atue de maneira estratégica e eficiente, respeitando os princípios constitucionais e promovendo um ambiente econômico favorável tanto para a iniciativa privada quanto para o bem-estar coletivo. O futuro da economia brasileira depende da capacidade de compatibilizar regulação e liberdade econômica, evitando excessos estatais e garantindo condições justas para todos os agentes econômicos.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade**: Conceito e Evolução. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 35, p.13-52, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de Direito Administrativo, [s.l.], v. 226, p.187-212, 9 mar. 2015. Fundação Getúlio Vargas.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1950/SP**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 03 de novembro de 2005. Disponível em: <https://goo.gl/EoLFhU>. Acesso em 01 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**. ADI n. 3512/ES**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: < https://goo.gl/sR1tEz>. Acesso em 20 out. 2017.

CARVALHO, Cristina Maria Jesus; RIBEIRO, Leonor Carmona. **OS AGENTES ECONÓMICOS E AS SUAS RELAÇÕES**. 2007. 11 f. TCC (Graduação) - Curso de Engenharia Civil, Departamento de Engenharia Civil, Instituto PolitÉcnico de Coimbra, Coimbra, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, Eros Roberto. **Direito Posto e Pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUNES, António José Avelãs. **Do capitalismo e do socialismo.** Coimbra: Atlântida, 1972.

PAVANI, Daniela Elias. **Regulação e Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Revista Virtual da AGU, [s. l], v. 132, n. 13, p.1-16, fev. 2013.

SILVA, Bruno Mattos e. **Limites Constitucionais à Ação Estatal na Economia**. In: SENADO FEDERAL. Constituição de 1988: O Brasil 20 Anos Depois - Estado e Economia em Vinte Anos de Mudanças. 4. ed. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2008.

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

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. **A Instrumentalidade da atividade financeira do Estado como indutora do desenvolvimento econômico –** o papel dos incentivos fiscais na promoção da livre concorrência e da livre iniciativa. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n. 41, p.119-134, 2013.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-modernidade**. São Paulo: LTR, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

VARSANO, Ricardo. **A Guerra Fiscal do ICMS**: Quem Ganha e Quem Perde. Brasília: IPEA, Julho/1997 (Texto para Discussão nº 500). Disponível em: <https://goo.gl/m3dVNQ>. Acesso em: 20 set. 2017.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

GUARDA COMPARTILHADA: A CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE ENTRE OS GENITORES APÓS O DIVÓRCIO OU DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

SHARED CUSTODY: THE ACHIEVEMENT OF EQUALITY BETWEEN PARENTS AFTER DIVORCE OR DISSOLUTION OF A STABLE UNION

Rodrigo Antonio Dias[1]

Resumo: A Lei 13.058/20214 alterou a redação do §2º do artigo 1.584 do Código Civil e passou a tratar a guarda compartilhada como o regime obrigatório nas decisões que tratavam da discussão da custódia de crianças e adolescentes, mesmo havendo conflito entre os pais. Embora o dispositivo tenha plena coerência com os princípios constitucionais que orientam o exercício do poder familiar, a sociedade brasileira, historicamente patriarcal encontrou dificuldades em aceitar que a custódia física da criança deixaria de pertencer exclusivamente às mães. O Poder Judiciário, na ânsia de cumprir o dispositivo legal acabou transformando a guarda compartilhada em guarda alternada e, com isso, as crianças que deveriam ser protegidas pelos pais, pelo Estado e pela sociedade foram lançadas em arranjos familiares complexos sem qualquer preocupação com o impacto dessas medidas causam em suas personalidades.

Palavras-chave: poder familiar, separação, guarda compartilhada, princípio do melhor interesse.

Abstract: Law 13,058/20214 changed the wording of §2 of article 1,584 of the Civil Code and started to treat shared custody as the mandatory regime in decisions that dealt with the discussion of custody of children and adolescents, even with conflict between parents. Although the device is fully consistent with the constitutional principles that guide the exercise of family power, Brazilian society, historically patriarchal, found it difficult to accept that the physical custody of the child would no longer belong exclusively to the mothers. The Judiciary, in its eagerness to comply with the legal provision, ended up transforming shared custody into alternate custody and, with that, children who should be protected by parents, the State and society were thrown into complex family arrangements without any concern for the impact. these measures have on their personalities.

Keywords: family power, shared custody, best interest principle.

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, as relações familiares sofreram uma profunda alteração e passaram a ser orientadas pelo princípio da dignidade humana e seus derivados, igualdade, solidariedade e afetividade, o que gerou reflexos que alteraram, de maneira significativa, a compreensão de família e do poder familiar.

[1] Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: rodrigodias@tjsc.jus.br.

O poder familiar, orientado pelos princípios constitucionais, se materializa no dever dos pais participarem ativamente da educação dos filhos, proporcionando troca de experiências, carinho, afeto, atenção e cuidados com a formação emocional, psicológica e comunitária de sujeitos em fase de pleno desenvolvimento, sem afastar o dever de sustento, proteção e garantia do cumprimento dos direitos fundamentais dos filhos.

Neste contexto o objetivo do presente trabalho é averiguar se a obrigatoriedade legislativa, que impõe a guarda compartilhada como modalidade padrão de tutela dos filhos, mesmo em casos conflito entre genitores, atende ou não o direito de igualdade do exercício do poder familiar e, obviamente os melhores interesses das crianças e dos adolescentes.

O estudo é exclusivamente bibliográfico e consistiu na revisão de literatura de Direito de Família, guarda e guarda compartilhada, optando por autores que adotam diferentes abordagens sobre o tema, contudo, com especial atenção à obra que o Professor Rolf Madaleno publicou com seu filho, no qual fazem um profundo estudo sobre a guarda compartilhada no direito comparado, a fim de analisar os impactos das Leis 11.698/2008 e 13.058/2014 no ordenamento jurídico brasileiro, sob o ponto de vista da experiência de outros países.

A obra escolhida como principal referencial teórico deste estudo propõe, sem juízo de valor, apresentar a guarda compartilhada sob seus aspectos positivos e negativos, sempre dando especial atenção às particularidades de cada família para a definição da modalidade que melhor se adequa a cada realidade.

Sendo a obra que inspirou esse estudo, extremamente específica sobre as nuances da guarda compartilhada, carece dos conceitos elementares, que se mostraram necessários e foram encontrados em autores mais generalistas que, somados a artigos com diferente abordagens do tema, formaram o referencial teórico deste trabalho de conclusão de curso.

Para a apresentação do tema, o estudo foi dividido em três partes, sendo a primeira uma breve revisão sobre a evolução histórica do poder familiar, adotando como ponto de partida a sociedade romana – embrião do nosso ordenamento – perpassando o direito canônico e português que, de fato representam as maiores influências jurídicas brasileiras, culminando na promulgação da Constituição de 1988 e a influência dos seus princípios na construção da sociedade contemporânea.

A opção pela abordagem história, visa demonstrar que, a guarda compartilhada como padrão adotado pelo legislador brasileiro, é absolutamente compatível com construção social proposta pelo ordenamento jurídico desde a promulgação da Constituição da República de 1988.

A segunda parte do estudo, concentra-se na revisão de conceitos elementares, como o poder familiar, abordando suas características direitos e deveres, e as definições de guarda física e jurídica, compartilhada e alternada, tudo com a finalidade de demonstrar que a falta de uma sólida compreensão desses conceitos, acarreta decisões equivocadas, como por exemplo aquelas em que as crianças e adolescentes vivem a alternância de lares, transformados em mochileiros entre a casa dos pais, sem fixar-se em nenhum lugar, por não haver o correto entendimento da divisão equilibrada do tempo.

Por fim, a terceira parte visa compreender a resistência da sociedade em geral à guarda compartilhada face aos benefícios que ela proporciona no que tange a manutenção da igualdade no exercício do poder parental e a minimização dos impactos da separação na rotina das crianças.

Neste ponto, o estudo destaca a influência ainda fortemente ativa do patriarcalismo na sociedade brasileira, destacando o papel do legislador no rompimento desses valores incoerentes com a Constituição Federal, o que justifica a a edição das Leis 11.698/2008 e 13.058/2014 que tornaram a guarda compartilhada obrigatória.

Neste contexto legislativo, a guarda compartilhada surge como alternativa que garante a igualdade dentro da entidade familiar, mesmo após a ruptura da sociedade conjugal, rompendo o padrão patriarcal e distribuindo igualmente entre os genitores a responsabilidade pela criação dos filhos.

Uma segunda abordagem destaca a resistência dos genitores que, incapazes de dissociarem o fracasso do relacionamento do exercício da parentalidade e acabam transferindo suas questões emocionais, fazendo com que as disputas extrapolem a intimidade do casal e os atinjam os filhos, algo que os Tribunais não podem normalizar.

Pela sua importância, o Poder Judiciário foi o último aspecto analisado justamente por representar o elemento capaz de mudar a percepção da sociedade sobre a guarda compartilhada, isso porque, parte da resistência advém de decisões

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

que, ao passo que cumprem a legislação vigente, são incompatíveis com as particularidades das famílias, fazendo com que os conflitos sejam potencializados.

Neste aspecto, ao fim pretende-se com este estudo destacar a importância do Poder Judiciário no fortalecimento da guarda compartilhada contudo, com uma revisão do próprio Judiciário, pois decisões de cunho familiar, que atingem a esfera íntima dos envolvidos exige decisões humanizadas e individualizadas, produzidas com o respaldo técnico que proponha estratégias personalizadas para garantir, além da igualdade entre os genitores e da continuidade do exercício do poder familiar, os melhores interesses das crianças e adolescentes, o que inclui um ambiente pacifico e emocionalmente equilibrado para seu pleno desenvolvimento físico, social e emocional.

1. O PODER FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 A evolução do pátrio poder ao conceito de poder familiar

O pátrio poder teve suas origens na *patria potestas* romana, compreendida como o direito absoluto e ilimitado do chefe da família, que ocupava o papel central daquele agrupamento social, podendo opor-se inclusive em face do Estado:

> O Estado Romano praticamente não interferia no grupo familiar, sendo este de responsabilidade do pater que exercia uma jurisdição paralela a estatal, autorizada pelo próprio Direito Romano. O homem exercia seu domino na família, assim como o Imperador o fazia no vasto Domínio Romano, existindo entre eles, o pater e o Imperador, uma correlação, já que acreditava-se que a família era a representação celular do Estado. (RIBEIRO, 2011)

Neste período, a família como conhecemos ainda não existia. Embora pudesse existir afeto, sua uma função era meramente econômica e patrimonial, visando a produção e concentração de riqueza:

> O *pater familiar* era o detentor de toda a propriedade e o seu domínio se estendia aos demais membros da família independentemente de idade ou do estado civil (...) esta configuração visava, acima de tudo, a manutenção da unidade familiar por meio da concentração das riquezas na mão do pater. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 20)

Ana Maria Milano da Silva (2006), em seus esclarecimentos relata que o poder do *pater* era praticamente perpétuo, cabendo os demais membros da família, sejam filhos, esposas ou escravos, a mera submissão à sua figura, pois eram tidos como incapazes de reger de reger a própria vida e praticar atos da vida pública.

Desde a origem romana, o conceito de poder familiar submeteu- se à inúmeras transformações. Madaleno e Madaleno (2018, p. 22) dão especial destaque a influência da fé cristã na mudança de paradigma:

> Na concepção cristã, o discurso de solidariedade, a noção de igualdade entre os cônjuges e o dever moral dos pais pela criação dos filhos forma os principais fatores que deram início ao fortalecimento dos vínculos afetivos entre os familiares e acabaram se sobrepondo à antiga compreensão romana que tratava os integrantes da família como propriedade.

O modelo de sociedade até então vigente tornou-se incompatível com os valores difundidos pelo cristianismo, de modo que, mesmo mantido o patriarcalismo, a *patria potestas*, foi superada e a relação entre os entes familiares que, outrora eram tratados como bens, ganhou contornos mais humanistas.

Neste sentido, Grisald Filho (2009, p. 38) apresenta também a influência do direito germânico, que embora, igualmente adotasse o regime patriarcal, exerceu importante influência no princípio da proteção integral dos filhos e, concomitantemente abrandou os poderes do chefe da família, limitando o exercício do poder paterno à maioridade.

Madaleno e Madaleno (2018, p. 22) também trazem algumas considerações sobre a abordagem dada pelo Direito Germânico ao poder paterno:

> (...) o direito germânico, apresentava uma linha mais humanista e liberal do que o direito romano e, muito embora os germanos também fizessem uso de medidas extremas (...) o pátrio poder era visto em razão dos filhos, e prevaleciam os interesses deles. Ao contrário do que acontecia em Roma, os filhos não estavam vinculados ao julgo paterno para sempre, e se viam livres assim que assumissem condições de se defenderem sozinhos. Criou-se a maioridade como causa de extinção do pátrio poder.

No curso da história o *patria potestas* foi superado, contudo o patriarcalismo permaneceu como um dogma, adotado pelo direito Português, célula *mater* do ordenamento brasileiro, que absorveu a inspiração romana e canônica, em que o homem exerce o papel de chefe da sociedade conjugal e a mulher depende da autorização masculina para a prática de atos da vida civil.

Os dispositivos legais do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) escancaravam o patriarcalismo vigente na sociedade brasileira, trazendo comandos como “o marido é o chefe da sociedade conjugal” cabendo a ele a representação legal da família”.

No entanto, a sociedade não é estática e sempre exige adequações do ordenamento jurídico às suas necessidades, de modo que, nas últimas décadas protagonizamos transformações significativas dos modelos vigentes, a fim de acolher os inúmeros arranjos familiares, revelando o enfraquecimento do modelo patriarcal, em especial após a promulgação da Constituição da República.

1.2 O Pátrio Poder após a promulgação da Constituição da República

O ordenamento jurídico brasileiro, desde a década de 1960, demonstrava sinais de mudança, passando a atender temas que eclodiam na sociedade como a autonomia feminina, o planejamento familiar, liberdade sexual, divórcio e a união estável.

Madaleno e Madaleno (2018, p. 23) citam o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) como um dos exemplos dessas mudanças legislativas que as demandas sociais impuseram ao legislador:

> [...] o estatuto da mulher casada inovou substancialmente os preceitos legais da época ao ignorar essa discriminatória diferenciação baseada unicamente no gênero sexual quando tipificou o exercício do pátrio poder em favor de ambos os genitores, mas, ainda, prevalecendo a vontade do pai [...]

Contudo, o ponto de ruptura do modelo patriarcal, se deu definitivamente com a promulgação da Constituição da República em 1988 que “ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar” (DIAS, 2016).

Desde 1988, portanto, não se admite que os membros da entidade familiar sejam tratados de forma distinta sendo devido “o respeito e a igual consideração de todos os familiares, propiciando uma existência digna para todos (...)” (GAMA, 2008, p. 118), colocando fim à discriminação entre os filhos legítimos e ilegítimos e garantida a equiparação entre homens e mulheres dentro da entidade familiar.

Outra inovação da Constituição da República ao Direito de Família, foi a consagração do princípio da solidariedade, adotando a compreensão da entidade familiar como um ambiente de mútua colaboração, ressalvada a condição dos filhos, que demanda a especial proteção legislativa e os coloca em condição de absoluta prioridade e destinatário do princípio do melhor interesse.

Em seus estudos, Paulo Lôbo (2011, p. 26) destaca que o princípio da solidariedade atribui ao cuidado, valor jurídico, fortalecendo o dever da família com seus membros mais vulneráveis, sejam idosos, portadores de necessidades especiais ou, ao que importa a este estudo específico, as crianças e adolescentes, por meio da paternidade responsável e da defesa do melhor interesse:

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

A Constituição ainda erigiu a família à base da sociedade e lhe deu a peculiar proteção do Estado e incluiu no conceito a união estável e os núcleos monoparentais, concretizando o princípio da igualdade:

> [...] a Constituição Federal de 1988 em um único dispositivo espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental (PASSOS, 2017)

A Carta Magna também consagrou o princípio da proteção integral das crianças e adolescentes, assegurando a absoluta prioridade na concretização dos direitos fundamentais que em 1990 passaram a integrar o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Madaleno e Madaleno acrescentam que o novo regime constitucional formalizou o dever dos genitores garantirem, com absoluta prioridade, a formação integral dos filhos:

> Em realidade, os filhos menores de idade receberam um tratamento diferenciado após a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, tornando-se uma imposição de ordem pública o dever dos pais zelarem pela formação integral dos seus filhos, sendo assegurado aos jovens o mais amplo direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação (...) (MADALENO; MADALENO, 2018, pg. 23)

Em 2002, com a promulgação do Código Civil estreitou-se a relação deste com as normas e princípios da Carta Magna brasileira, atualizando denominações

importantes, entre os quais, citamos a substituição de pátrio poder por poder familiar representando o amadurecimento acerca da compreensão das relações familiares:

> (...) o antigo pátrio poder tinha como principal escopo a gerência do patrimônio dos filhos, além de sobrelevar seu aspecto formal, de representação ou assistência dos menores para a prática de atos jurídicos. Sua essência era marcadamente patrimonial, pois o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial. (TEIXEIRA, 2005, p. 128)

A legislação brasileira adota uma terminologia mais plural e abrangente cuja denominação agrega os princípios constitucionais da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana, expresso no dever dos pais oferecerem aos filhos afeto, convívio, interação e plena formação intelectual, social e emocional, necessária a um sujeito em pleno desenvolvimento:

> Na atualidade, a concepção do poder familiar é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando à sua educação e criação de forma participativa, com respeito à sua individualidade e integridade biopsíquica, e, sobretudo, pautada no afeto. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 25)

Hoje a família é um "núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária" (IBDFAM, 2016). Segundo Paulo Lobo:

> [...] a família atual está matrizada em paradigma que explica a sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. (LÔBO, 2011, p. 17)

Não há mais espaço, portanto, para a antiga denominação de poder familiar, que representava, mesmo que apenas no uso do vernáculo, o direito do pai sobre a pessoa e bens de seus filhos, sem dar a eles a condição de sujeitos de direito. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 59)

1.3 Conceito contemporâneo de Poder Familiar

Diante desse contexto social e da nova compreensão de família, o poder familiar é tratado como um vínculo existente entre pais e filhos, de origem natural,

biológica ou adotiva, que perdura do reconhecimento da paternidade até a maioridade ou emancipação, cujo objeto é um conjunto de direitos e deveres, em âmbito pessoal e patrimonial.

Maria Helena Diniz define-o como:

> [...] conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos. (DINIZ, 2012)

Em síntese, o Poder Familiar pode ser compreendido como uma relação jurídica existente entre pais e filhos, composta por direitos e deveres dos pais, onde estes assumem o papel de protetores da menoridade daqueles, com o fim de proporcionar o pleno desenvolvimento e a formação integral, o que abrange o bem estar físico, mental, moral, espiritual e social no seio da família.

Madaleno e Madaleno (2018, p. 24) citando Silvio Rodrigues definem como o "encargo legal imposto àqueles que têm obrigação natural de zelar pelos seus filhos enquanto estes não dispõem de condições físicas e psicológicas para cuidarem de si".

1.4 Características do poder familiar

Como mencionado o poder familiar consiste em um conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais em razão da necessidade de proteção dos filhos durante a menoridade, cessando por critério cronológico ou pela emancipação.

Parte da doutrina compreende o poder familiar como um *munus* legal, dado que os genitores cumulam aos deveres referente à pessoa e aos bens dos filhos, a obrigação de educação, sustento e suporte na formação integral do sujeito. Madaleno e Madaleno (2018, p. 25) acrescentam:

> [...] O Estado fixa limites de atuação aos titulares do poder familiar, com amparo na ideia predominante de que a potestas deixou de ser uma prerrogativa do pai para se afirmar como a fiação jurídica dos interesses dos filhos, tanto que o não atendimento dos deveres inerentes ao poder familiar é ato suscetível de multa [...]

O poder familiar é irrenunciável, inalienável e imprescritível, não se admitindo renúncia voluntária ou transferência para terceiro, porém, não se trata de um direito absoluto, dado o dever do Estado e da própria sociedade, prevista no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) fiscalizarem o exercício da parentalidade.

Assim, embora o Estado não legisle em questões de foro íntimo, atua como um fiscal atento do bem estar das crianças e adolescentes, podendo intervir no exercício do poder familiar, promovendo as medidas excepcionais de suspensão ou de sua destituição.

A suspensão é temporária e ocorre quando os genitores abusam ou descumprem seus deveres, tanto de ordem pessoal como patrimonial. É "medida temporária e será mantida enquanto se mostrar necessária" (MADALENO e MADALENO, 2018, p. 33).

A destituição, por sua vez, é definitiva e ocorre nas hipóteses de faltas graves dos deveres inerentes ao poder familiar, como exemplo o abandono afetivo e material, abuso sexual, uso de castigos imoderados, entre outros:

> a perda do poder familiar é o último ato a ser tomado apenas nos casos mais graves em que a segurança e a dignidade dos filhos estejam sob ameaça [...], portanto, situações em que a manutenção da guarda representaria um grave e inequívoco prejuízo para o filho (MADALENO e MADALENO, 2018, p. 36)

Ainda, sobre as características do poder familiar, tem-se como superada a alocação dos pais no polo ativo da relação parental e os filhos no passivo, entendendo que todos os envolvidos na relação derivada do poder familiar, são sujeitos de direito, todos voltados a um único objetivo: a busca da felicidade dentro da entidade familiar.

Em outras palavras, embora os filhos sejam os destinatários dos cuidados, com absoluta prioridade, os pais, ao cumprirem a obrigação de zelar e garantir os direitos destinados aos filhos, também buscam sua própria realização pessoal, pois a vida em família nada mais é que "um processo interagente da vida e das trajetórias individuais de cada um dos seus integrantes" (CONSALTER, 2015, p. 25).

1.5 Dos direitos e deveres do poder familiar

Entre os direitos dos pais estão a guarda dos filhos e a responsabilidade sobre a educação destes. Cabe também a eles, o consentimento matrimonial, nomeação de tutor, representação e assistência em juízo.

Como pode-se imaginar, os deveres compõem um rol mais extenso, podendo ser divididos em patrimoniais e pessoais. Os deveres patrimoniais estão previstos nos artigos 1.689 a 1.693 do Código Civil (BRASIL, 2002), que pormenoriza a obrigação de administração responsável dos bens por parte dos genitores.

Quando aos deveres de ordem pessoal, embora o Código Civil os arrole no artigo 1.634, à luz dos princípios da igualdade, solidariedade e melhor interesse do menor, as obrigações não se limitam às ali elencadas, pois, diante da compreensão dos filhos como sujeitos de direito e como pessoas vulneráveis em desenvolvimento, o exercício do poder parental adota contornos decorrentes da ampla interpretação dos princípios orientadores do direito das famílias e do direito da criança e do adolescente.

1.6 O exercício do poder familiar

Na concepção contemporânea de poder familiar não basta para o cumprimento dos deveres parentais, o fornecimento de elementos materiais que garantam o sustento da criança. O ato de educar, por exemplo, não se limita ao acesso às escolas e ao meios de profissionalização e sim, repassar valores que permitam que os filhos, quando adultos, integrar a sociedade, dotados de ética, respeito ao próximo, emocionalmente equilibrados e tornando-se agentes multiplicadores de bons princípios.

O poder familiar exige que pais promovam uma existência digna para os filhos cumprindo e fazendo cumprir todos os seus direitos fundamentais à vida, saúde, alimentação, lazer, cultura e colocando-os a salvo de toda forma de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão.

É, portanto, um complexo de deveres que exige presença e participação cotidiana, troca de experiências, carinho, afeto, atenção e cuidados como a formação emocional, psicológica e comunitária de sujeitos em fase de pleno desenvolvimento.

E neste ponto o estudo passa a tratar das formas que o Estado dispõepara garantir a ampla participação dos pais na educação dos filhos, nos casos de extinção da entidade familiar quando a convivência passa a ser limitada, quando não cessada.

2. A GUARDA DOS FILHOS MENORES APÓS A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

2.1 A dissolução da relação conjugal e a permanência da relação parental

O divórcio (e a dissolução da união estável) é um instituto jurídico que retrada a liberdade de autodeterminação do indivíduo escolher afastar-se de uma relação que deixou de contribuir com a sua satisfação pessoal.

É uma maneira civilizada de encerrar estas uniões abrindo espaço para resolver questões como a partilha de bens, alteração de nome, fixação de alimentos

e, o mais sensível dos temas, o cuidado com os filhos comuns, que embora integrem a família, submetem-se à decisão dos pais sobre os rumos que serão adotados para que seus direitos sejam observados.

O poder familiar independe da existência do vínculo entre os pais, pois decorre da paternidade e não do casamento de modo que, após a separação, seguirá exercido por ambos os pais, em igualdade de condições e em benefício dos filhos.

Contudo, embora o divórcio traga em seu bojo dispositivos que permitem a dissolução civilizada dos casamentos (e uniões estáveis), a prática social revela que os rompimentos quando acompanhados de mágoas e frustrações repercutem na discussão sobre a guarda dos filhos que acabam sendo usados como instrumentos de vingança pelo antigo casal.

2.2 Considerações gerais sobre guarda

Em linhas gerais a guarda trata da posse do menor e dos deveres de vigilância. Para Comel (2005, p. 55):

> A guarda do filho atribuída ao pai que com ele convive, deve ser entendida no sentido de ter o filho em poder, ou seja, ter a posse do filho, oponível a terceiros e vinculada aos correlatos deveres de vigilância e ampla assistência [...] Ter a guarda, então significa encarregar-se do cuidado direto do filho, o que, de consequência, vai exigir a convivência com ele.

O conceito de guarda unilateral é aquela atribuída a um dos genitores que assume diretamente a função de guardião, ficando o outro com uma função secundária na educação dos filhos, uma espécie de poder familiar de segunda categoria.

Essa modalidade de guarda, foi amplamente utilizada no Brasil, sob o argumento que a mulher era mais capacitada para o cuidado dos filhos revelando-se incompatível com os valores vigentes no ordenamento jurídico desde 1988.

Percebendo essa incompatibilidade, especialmente dentro da lógica principiológica proposta pela Constituição e em paralelo com as demandas sociais, o legislador promulgou as as Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, que tornaram a guarda compartilhada o modelo a ser adotado como regra, mesmo havendo discordância entre os genitores.

2.3 Guarda compartilhada

Na prática, a guarda compartilhada deve ser aplicada quando ambos os pais estejam aptos a exercer o poder familiar, ou seja, não havendo risco às crianças e adolescentes, não há qualquer impedimento.

Portanto, não mais se afirma que a mãe é mais capacitada para os cuidados com a prole e sim, que a responsabilidade é de ambos os pais, passando a discussão a observar a escolha que atenda os melhores interesses dos menores:

> o núcleo do conceito de melhor interesse da criança abrange os preceitos legais definidos no ordenamento jurídico e representa a expressão máxima dos deveres de parentalidade, como o cuidado, o afeto, o dever de sustento, enfim, toda forma de assistência moral e material que necessitam os filhos com vista ao seu desenvolvimento integral, inclusive o direito da criança à ampla convivência familiar, ponto de extrema importância para o sadio amadurecimento dos infantes [...] (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 63)

Em aspectos práticos, a guarda compartilhada significa a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto. Raquel Alcântara Alencar define:

> A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal. (ALENCAR, 2003)

A ideia da guarda compartilhada é louvável, afinal, os genitores mesmo com a separação, continuam corresponsáveis pelo cotidiano dos filhos, com equivalente autoridade legal na tomada de decisões e também equilíbrio na divisão de tempo de convívio, materializando o princípio da igualdade no âmbito familiar.

É incontroverso que a manutenção dos cuidados compartilhados, minimizam o impacto da separação no cotidiano dos filhos, desponta como a melhor alternativa, permitindo aos adultos a busca da felicidade em novos arranjos de vida, mas mantendo-se ativos na formação dos filhos.

Contudo, em muitos processos de separação, mágoas e frustrações dificultam decisões compartilhadas, transformando a guarda compartilhada, quando imposta sem critérios individualizados, uma tortura para as crianças e adolescentes, que passam a viver sem uma referências e, em casos extremos, literalmente como “mochileiros” entre a casa do pai e da mãe.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

É evidente que a guarda compartilhada deve ser afastada em casos que envolvam violência doméstica contra a mulher e o compartilhamento da guarda representará a perpetuação da violência e até mesmo risco à vida.

No entanto, não deve ser afastada em razão de adultos incapazes de superar e que buscam no Poder Judiciário a guarda unilateral, unicamente como forma de punição ou uma tentativa de eliminar todos os vínculos, sem considerar o direito dos filhos em ter mantida a convivência com os pais.

Por outro lado, há uma confusão sobre a definição prática da guarda compartilhada, especialmente no que se refere a divisão equilibrada do tempo, impondo, por exemplo, a alternância de residência que a torna "marcada pelo comprometimento, impelido a uma rotina de constantes deslocamentos que atendem muito mais às expectativas dos genitores que aos interesses do menor" (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 124).

Essa discussão se acende diante da confusão sobre os aspectos práticos da guarda compartilhada, especialmente em relacionamentos marcados por forte conflito entre os pais que relutam em aceitar o outro genitor como responsável pelo filho, em grau de igualdade.

3. A IMPOSIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Em um cenário ideal, não há dúvidas que a parentalidade compartilhada é uma medida saudável para as crianças, contudo, em relações extremamente conflituosas passa a ser potencialmente prejudicial, sempre que os filhos, ao invés de ocuparem o papel prioritário que lhes é garantido por lei, passam a atuar como instrumentos das ações egoístas de seus pais.

Justamente pelos danos causados pelos conflitos na formação das crianças que, em um primeiro momento a ideia de impor a guarda compartilhada pode parecer equivocada, no entanto, essa imposição está em pleno alinhamento com a igualdade nas relações familiares.

Dito isso, é preciso que exista um avanço na discussão sobre a dicotomia entre guarda compartilhada e unilateral, de modo que não sejam mais levadas aos tribunais tentativas de revogação da guarda compartilhada sem fundamentos sólidos e, quando chegarem ao Poder Judiciário, que sejam adotadas abordagens multidisciplinares,

com o apoio de profissionais capacitados para identificar o melhor interesse das crianças e adolescentes.

3.1 Guarda compartilhada física e jurídica

Há uma dificuldade em compreender a guarda compartilhada, em especial em uma sociedade que possui um histórico e, como consequencia, dificuldade em compreender a igualdade nas instituições familiares

Essa dificuldade reside advém da inexistência de esclarecimentos sobre guarda compartilhada física e jurídica, o que desencadeia interpretações e, por vezes decisões equivocadas, como aquelas que confundem a guarda compartilhada com alternância de lares.

A guarda compartilhada jurídica é um sinônimo do próprio exercício do poder familiar, uma vez que consiste na tomada conjunta de decisões sobre questões fundamentais da vida dos filhos. Em síntese, toda guarda é juridicamente compartilhada, ao passo que o genitor não guardião deve participar das decisões, conforme previsão do artigo 1.634 do Código Civil.

No atual modelo de direito de família, no entanto, não basta que o genitor possua a guarda compartilhada jurídica, sendo necessária também a presença física para garantir a participação ativa na formação das crianças e adolescentes, a chamada guarda compartilhada física.

Quando o legislador, mesmo em caso de conflitos entre os pais, adota a guarda compartilhada física como regra, visa minimizar as situações em que a intenção seja se afastar dos deveres da parentalidade ou, lado outro, a criação de entraves que impeçam o seu exercício, ou seja, os pais para satisfazerem seus desejos e necessidades negligenciam o direito dos filhos ao se absterem ou impedirem o exercício do poder familiar.

A questão, portanto, não é rechaçar a guarda compartilhada física enquanto regime obrigatório de custódia, tampouco aponta-la como a melhor alternativa sem deixar de observar o direito das crianças e adolescentes, pois,“[...] as decisões envolvendo a guarda dos filhos devem resguardar a necessidade das crianças em manter a continuidade das suas relações; devem refletir e respeitar a noção de tempo da criança e não a dos adultos [...]”. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 65).

Neste sentido, que as decisões de guarda não podem ficar presas a uma compreensão rasa de divisão equilibrada do tempo, sob o risco de, ao invés de trazer

benefícios se torne uma tortura para os filhos que são obrigados a se dividirem entre a casa dos pais, sem qualquer fundamentação legal para tal.

3.2 Guarda compartilhada e guarda alternada

Pode-se erroneamente compreender que na guarda compartilhada o tempo dos filhos será partilhado igualmente entre os pais, como se estes fossem um dos bens adquiridos pelo casal, cabendo a cada uma sua quota parte.

Não são raras as decisões que determinam que o tempo de crianças em idade escolar seja submetido a uma divisão salomônica entre pai e mãe, sem qualquer aprofundamento sobre o melhor interesse do menor, pois não é aceitável acreditar que a melhor forma para uma criança se desenvolver seja vivendo como um mochileiro entre a casa dos pais, sem fixar suas raízes em lugar algum.

Flávio Tartuce (2019) em sua obra cita o posicionamento de José Fernando Simão sobre o equívoco gerado pela interpretação de que a obrigatoriedade da guarda compartilhada representa a divisão equilibrada de tempo. De maneira cirurgia ele aponta:

> [...] Convívio com ambos os pais, algo saudável e necessário ao menor, não significa, como faz crer o dispositivo, que o menor passa a ter duas casas, dormindo às segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. Essa orientação é de guarda alternada e não compartilhada. A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida. Não se pode imaginar que compartilhar a guarda significa que nas duas primeiras semanas do mês a criança dorme na casa paterna e nas duas últimas dorme na casa materna. [...]

A mera divisão de tempo está tão distante de manter crianças e adolescentes integrados à vida familiar – em sentido amplo - quanto a guarda unilateral, pois o que se atinge é a custódia dividida, com a criança transitando entre elas, sem qualquer referencial e ainda administrando a natural confusão entre formas diversas de educação, em uma idade em que pela sua vulnerabilidade deveria ser tratada com absoluta prioridade.

3.3 A guarda compartilhada e a atenção ao princípio do melhor interesse

É preciso afastar-se da regra e analisar a viabilidade da guarda compartilhada quando se mostra evidente que os pais estão voltados às suas mágoas e ressentimentos e não aos interesses dos filhos.

É compreensível e justificável que o exercício compartilhado do poder parental, após a separação do casal, seja inicialmente confuso, o que não se pode admitir é que, o prolongamento dessa dificuldade reverbere na convivência com os filhos por tempo indeterminado.

A missão mais complexa da separação é descolar a figura do esposo/esposa do pai, em prol dos interesses dos filhos, mantendo a convivência necessária para que o processo de dissolução da entidade familiar seja melhor vivenciado pelas crianças.

É necessário que crianças e adolescentes sejam afastados de discussões incompatíveis com suas idades, por isso, quando a incapacidade dos pais lidarem com suas questões emocionais for levada ao Judiciário na forma de discussão de guarda, a decisão deve ser amparada com estudos sociais e psicológicos a fim de garantir o melhor interesse das crianças e adolescentes.

O exercício do poder familiar independe da vontade do outro genitor, em outras palavras, os pais não podem, deliberadamente limitar o outro sem uma intervenção judicial amparada pelo contraditório e ampla defesa. Portanto, a ideia de que a guarda compartilhada só será possível com a anuência de ambos os genitores é incompatível com o próprio exercício do poder familiar, em especial sob o ponto de vista do princípio da igualdade.

Por fim, é preciso ampliar a compreensão sobre “divisão equilibrada do tempo”, passado a compreende-la como o ajuste que permita aos pais contato constante com os filhos, respeitando a individualidade de cada família e especialmente das crianças.

Não há dúvidas que a guarda compartilhada representa a melhor alternativa para crianças e adolescentes superarem o rompimento da família e compreenderem a continuidade da parentalidade por meio da presença constante do genitor, que seguirá ativo, comparecendo em reuniões escolares, acompanhando-o em atividades extracurriculares, eventos familiares e religiosos, promovendo encontros, passeios, viagens de férias, planos para o futuro, conversas.

É preciso popularizar um modelo em que pais e filhos convivam mesmo sem coabitarem, pois a convivência não é definida por critérios temporais e geográficos e sim pelo vínculo de afeto existente entre os envolvidos.

No entanto, para que a guarda compartilhada como modelo prioritário cumpra sua função, é necessária uma mudança de paradigma, com o abandono de decisões

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

genéricas e passando a adotar decisões individualizadas, visando o melhor interesse das crianças e adolescentes:

> Para a análise do conceito de interesse da criança, devem ter-se em conta, não considerações gerais de senso comum, mas os resultados da investigação científica. Esta indica que, para crianças em idade pré-escolar [...] a residência alternada não deve ser decretada, por implicar desorganização da vinculação com ambos os pais e, para as crianças entre os quatro e dez anos, por apresentar, quando existem conflitos entre os pais, vários inconvenientes para a sua estabilidade e para a saúde física e psíquica (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 213)

É fundamental que voltar os olhos para a pacificação social, pois não basta sentenciar processos, é necessário solucionar conflitos. A mudança de paradigmas envolve o estímulo a conciliação e a formação de equipes multidisciplinares orientando os magistrados sobre as peculiaridades da estrutura familiar que será objeto de julgamento.

Priorizar os interesses das crianças e adolescentes, prestigiar o poder familiar, a igualdade de gênero, fomentar a convivência familiar responsável e afetuosa é um dos objetivos da guarda compartilhada, contudo, ela deve ser adaptada a cada caso, para que ela não sofra a erosão de seu conteúdo, com o desdém da sociedade sobre o seu significado e sua relevância na garantia convivência familiar e da dignidade de crianças e adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República ao ser promulgada em 1988 apresentou uma proposta de mudança para a sociedade brasileira, tão desgastada pelos seguidos anos de repressão militar. Muitos de seus dispositivos vieram dotados de eficácia plena, mas a sua essência era programática.

O texto está vigente há décadas e ainda nos deparamos com a dificuldade de lidar com temas como a democracia, a igualdade, presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, pluralidade, solidariedade, devido processo legal, entre outros.

É natural a resistência para a mudança de paradigmas e ainda nos deparamos com resistências e preconceitos, mas cada vez mais eles são questionados e combatidos com argumentos sólidos de igualdade e dignidade da pessoa humana.

A legislação, os Tribunais e a própria sociedade estão absorvendo aos poucos as mudanças propostas pela Constituição Federal, inclusive dentro das entidades

familiares que ganharam um novo status e tiveram agregado novos princípios e valores.

Neste direito de família constitucionalizado, a convivência familiar é vista como o instrumento necessário para garantir o melhor interesse das crianças e adolescentes e, essa garantia é dever dos pais, da sociedade e também do Estado, desde que concedeu às entidades familiares e as crianças e aos adolescentes proteção especial.

A adoção da guarda compartilhada como regra, substituindo o antigo padrão de guarda unilateral, não é aleatória e sim uma adequação da legislação infraconstitucional aos princípios constitucionais, neste caso específico, o princípio da igualdade.

Muito da resistência ao padrão da guarda compartilhada é reflexo do patriarcalismo e do machismo que ainda atribui a mulher a função de cuidadora e ao homem o papel de provedor. Outro aspecto que contribui para a resistência são imposições genéricas que acabam criando ou fomentando conflitos existentes causando prejuízos aos filhos envolvidos.

Não há culpados, mas é preciso avançar!

A sociedade precisa compreender a guarda compartilhada como a concretização da igualdade entre os genitores no exercício do poder familiar e a garantia da sua continuidade, mesmo diante da dissolução da sociedade conjugal.

Mais que isso, que quando bem exercida se revela como um importante benefício para crianças e adolescentes que, convivendo de forma equilibrada com os genitores que seguem igualmente atuantes e participativos, formam sujeitos emocionalmente seguros, fisicamente saudáveis e socialmente atuantes.

O Estado, por meio do Poder Judiciário pode contribuir proferindo decisões individualizadas, com suporte do apoio especializado de assistentes sociais, psicólogos, pedagogos e conciliadores, que consigam mapear as particularidades de cada processo, para que ao final eles atinjam um resultado que cumpra a função de pacificação social.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Raquel Alcantara. **Aspectos destacados na guarda compartilhada**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/>. Acesso: 10 jan. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Página.

_____. LEI Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. C**ódigo Civil dos Estados Unidos do Brasil** - revogado. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1916.

_____. LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.

_____. LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONSALTER, Zilda Mara. **O desamor e seus consectários jurídicos no âmbito do direito das famílias**. In: CONSALTER, Zilda Mara; PEREIRA, Dirce do Nascimento. Questões controversas do direito das famílias na contemporaneidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.24-46

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família. Guarda compartilhada à luz da lei n° 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Dicionário reformula conceito de família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/>. Acesso em: 23 dez. 2021.

LANG, Rosa Sender. **A criança frente a ruptura familiar.** Revista psicanalítica. Sociedade psicanalítica do Rio de Janeiro. n.1, 2000.2 v. Disponível em: <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/299>. Acesso em: 15 jan. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada: Física e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

PASSOS, Manuela de Santana. **Mutação constitucional do conceito de família**. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10050/Mutacao-constitucional-do-conceito-de-familia>. Acesso em: 28 dez 2021.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3192/as-inovacoes-constitucionais-no-direito-de-familia>. Acesso em: 12 jan.2022.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada. Posicionamento judicial**. São Paulo: Editora de Direito, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de família – v.5**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 128.

A FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS QUE A PROTEGE

THE FAMILY AND THE PRINCIPLES THAT PROTECT IT

Pedro Aurélio Silva Martins[1]

Resumo: O Direito de Família é um ramo do Direito Civil que está em constante evolução, dada a dinamicidade das relações sociais. Para melhor interpretação do Direito de Família e sua adequação à realidade social, utiliza-se dos princípios jurídicos como instrumentos que norteiam as decisões judiciais em busca da melhor solução aos casos concretos apresentados ao Judiciário. Assim, neste trabalho, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, busca-se trazer uma síntese da evolução do direito de família e seus mais importantes princípios.

Palavras-chave: Direto de família. Evolução. Princípios.

Abstract: Family Law is a branch of Civil Law that is constantly evolving, given the dynamism of social relations. For a better interpretation of Family Law and its adequacy to the social reality, legal principles are used as instruments that guide judicial decisions in search of the best solution to the concrete cases presented to the Judiciary.

Keywords: Family Law. Evolution. Principles.

1. INTRODUÇÃO

O Direito de Família está em constante evolução, ante a dinamicidade das relações sociais. São diversos os institutos de direito de família que nos submetemos diariamente, como por exemplo o casamento, o divórcio, a união estável, as relações parentais, os alimentos, a partilha de bens, a tutela, a curatela, a guarda etc.

Dada sua relevância, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu que a família é a base da sociedade, conferindo-lhe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88). A constitucionalização do direito de família é um fenômeno que leva à interpretação e aplicação de seus institutos dentro dos moldes estabelecidos pelos direitos e garantias previstos constitucionalmente. A leitura constitucional do direito de família tem por escopo afastar o emprego inconstitucional de suas regulamentações, buscando sempre a observância da dignidade humana.

Assim, os princípios jurídicos também são vetores que orientam a interpretação e aplicação do direito de família, formando ao lado das regras o ordenamento que regulamenta o direito familiar no Brasil.

[1] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Família e Sucessões, Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, e-mail pedroaurelio.martins@gmail.com.

Nesse contexto, a pesquisa científica traz uma análise da evolução do direito de família e de seus mais importantes princípios jurídicos.

2. DAS FAMÍLIAS

A moderna concepção de família não se circunscreve a um modelo único de entidade familiar, aquela tradicional formada pelo casamento entre um homem e uma mulher e sua eventual prole.

Na verdade, hodiernamente, a dinâmica das relações sociais permite visualizar diversos arranjos familiares que merecem igual respeito e proteção jurídica, afinal estão amparados pela existência de afetividade entre seus membros e fundamentados na dignidade humana.

A própria Constituição Federal de 1988 (art. 226, §§3º e 4º) reconheceu ao lado do matrimônio a união estável como entidade familiar e a família formada por um dos pais e seus descendentes (família monoparental), sendo este um importante passo para identificação de outras figuras familiares.

Sobre esta pluralidade, Matheus Zuliani complementa:

> A constitucionalização do Direito de Família importou num alargamento do próprio conceito de família, considerando aspectos como a afetividade, não tratada na legislação anterior. Assim é que, a partir dessa leitura constitucional, reconhece-se uma pluralidade de famílias, que não mais se constituem apenas pelo matrimônio. Interpretando-se o art. 226 da CF, pode-se dizer que a família decorre de alguns institutos, tais como: casamento civil, união estável, que pode ser formada entre pessoas de mesmo sexo e/ou de sexos distintos e a chamada família monoparental (um dos pais e os filhos). (ZULIANI, 2021, p. 301)

A par das previsões constitucionais e sem pretensão de esgotamento conceitual, pode-se citar outras formações familiares, como por exemplo: 1) Família Homoafetiva: formada tanto pela união estável quanto pelo casamento entre pessoas do mesmo sexo; 2) Família Anaparental: formada sem os genitores, como a constituída entre avós e netos ou entre irmãos; 3) Família Mosaico: constituída a partir de reestruturação familiar em que pessoas diversas se unem, levando cada uma sua prole e também constituindo descendentes comuns; 4) Família Multiespécie: de reconhecimento polêmico e divergente, é aquela constituída pelos seres humanos e seus animais de estimação.

Justificado o emprego do plural no título do presente capítulo, avancemos para uma breve análise do instituto da família no âmbito constitucional.

2.1 Família na Constituição Federal de 1988

Família é um instituto que, ao longo do tempo, apresentou diferentes formatos e interpretações, estando em constante evolução na sociedade como resultado das rápidas mudanças sociais.

A atividade legislativa, dado o modo de seu desenvolvimento, muitas vezes não acompanha a dinâmica transformação da família na sociedade, de modo que, para uma melhor compreensão do tema e solução dos litígios, torna-se necessário o estudo de princípios, formas de interpretação e integração do ordenamento jurídico.

Com esse entendimento, Matheus Zuliani leciona que:

> É um ramo do Direito Civil que está em constante evolução e isso ocorre em razão das rápidas mudanças sociais, relacionadas ao modo de agir e de pensar das pessoas, que muito interferem particularmente nesse campo do direito, de modo que, não raras vezes, a legislação não consegue acompanhá-las, tornando necessária a solução dos casos concretos a partir da aplicação de princípios e de outras formas de interpretação e integração do ordenamento jurídico. (ZULIANI, 2021, p. 296)

Nesse contexto, a Constituição de 1988, dentro do seu Título VII que trata da Ordem Social, trouxe o específico capítulo VII para dispor sobre Família, Criança, Adolescente, Jovem e o Idoso.

Com isso, a Carta Constitucional traz especial e ampla proteção à família, proclamando-a como base da sociedade, inclusive reconhecendo como entidade familiar aquela advinda do casamento, da união estável, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino reforçam que “a constituição confere ampla proteção à unidade familiar, proclamando que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (PAULO, 2012, p. 1071).

Prevê a constituição também a gratuidade da celebração do casamento civil, o efeito civil do casamento religioso, a dissolução do casamento por meio do divórcio, bem como que as responsabilidades (direitos e deveres) decorrentes da sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Sobre o divórcio, impende destacar que a Emenda Constitucional 66/2010 revogou os requisitos de prévia separação judicial por 1 (um) ano ou separação de fato por 2 (dois) anos, sendo o pedido de divórcio imediato, independente da observância de prazos.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Ainda, fundada no princípio da dignidade humana e da paternidade responsável, a Constituição assegura o livre planejamento familiar, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito e vedando a ingerência coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas.

No mesmo sentido, estão as palavras de Cristian Patric de Sousa Santos:

> Cabe ressaltar que o Estado não intervirá no planejamento familiar, que será de livre decisão do casal, o que enaltece os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O Estado deverá, tão somente, propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse planejamento familiar, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (SANTOS, 2022, p. 462)

Destaca-se que cabe ainda ao Estado assegurar assistência à família na pessoa de cada um de seus integrantes, coibindo a violência no âmbito de suas relações.

Senão, vejamos o dispositivo constitucional:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Pondera-se que o art. 227, *caput*, da CF/88, aduz que 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.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

A par dessas disposições, é previsto na constituição (art. 229, da CF/88) obrigação de assistência mútua entre pais e filhos, cabendo aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Por fim, há previsão constitucional do dever da família, do Estado e da sociedade de ampararem as pessoas idosas, assegurando sua participação comunitária, proteção à dignidade, bem-estar e à vida (art. 230, da CF/88).

2.2 Família no Código Civil

Em complemento à previsão constitucional, o Código Civil de 2002 traz em seu Livro IV o Direito de Família, dispondo de diversos artigos para regulamentação das relações familiares.

Nelson Palaia resume:

> O Direito de Família é um ramo do Direito Civil e consiste num complexo de normas que regulam a celebração do casamento e o reconhecimento da união estável, sua validade e os efeitos que deles resultam, as relações pessoais e econômicas da entidade familiar, a dissolução desta, as relações entre ascendentes e descendentes, o vínculo do parentesco consanguíneo, afim ou civil, e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência. (CAMPOS, 2005, p. 97)

Muitos dos dispositivos infraconstitucionais hoje não mais se aplicam, porquanto, como informado acima, a dinâmica social implica em rápida transformação das famílias, fazendo com que, muitas vezes, a legislação não acompanhe as modificações sociais. A título de exemplo, cita-se o regramento quanto ao divórcio, que antigamente exigia lapsos temporais para sua decretação (art. 1.580 do CC), sendo que com a EC nº 66/2010 o pedido de divórcio passo a ser direto, imediato, independente da observância de prazos.

Percebe-se assim que as disposições legais devem ser lidas à luz da Constituição de 1988, fenômeno denominado de “constitucionalização do direito civil”, ou seja, a interpretação dos institutos de direito civil deve se dar em conformidade com o texto constitucional, valorizando-se os princípios da dignidade humana, função social da família e outros.

Sobre esse fenômeno, Matheus Zuliani ratifica:

> Particularmente em relação ao Direito de Família, essa constitucionalização ocorrida a partir de 1988 trouxe importantes consequências, reforçadas com a legislação de 2002, porquanto deixou claro que toda interpretação dos institutos deve pautar-se nos princípios maiores da Constituição Federal. (ZULIANI, 2021, p. 300)

Ora, evidencia-se a importância do estudo dos princípios como vetores que norteiam a interpretação e a aplicação do Direito de Família com a consequente solução dos casos que são judicializados. Em se tratando de Direito de Família, Flávio Tartuce aponta que o respectivo campo "passou por profundas alterações estruturais e funcionais nos últimos anos. Essas transformações podem ser sentidas pelo estudo de seus princípios, muitos deles com previsão na CF/1988" (TARTUCE, 2021, p. 2011).

Nessas circunstâncias, passamos para a análise dos mais importantes princípios do Direito de Família.

2.3 Princípios do Direito de Família

Sob a ótica moderna, em especial os ensinamento de Robert Alexy, o ordenamento jurídico é construído por normas (gênero), as quais se subdividem em regras e princípios (espécies).

As regras consubstanciam-se em mandamentos de definição com aplicação exata de suas prescrições por meio da subsunção dos fatos às normas, de modo que eventual conflito se resolve com a invalidação de uma regra por outra adotando-se os critérios clássicos da hermenêutica (hierarquia, especialidade e temporalidade).

Já os princípios revelam-se como mandamentos de otimização, ou seja, são normas cujas ordenações são de alta carga valorativa e devem ser cumpridas na maior medida possível, dentro da realidade fática e jurídica. Eventual conflito entre princípios é resolvido por meio da técnica da ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), oportunidade em que, episodicamente, um princípio cede espaço ao outro de acordo com o caso concreto.

João Paulo Lordelo, respalda:

> Na doutrina de Robert Alexy, os princípios podem ser concebidos como mandamentos de otimização, é dizer, normas que ordenar algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São normas que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades jurídicas, mas também das fáticas. Nessa linha, os direitos fundamentais são compreendidos como princípios, que podem entrar em rota

> de colisão, em determinado caso concreto, nunca se invalidando, mas sim atraindo a técnica da ponderação.
> Por seu turno, as regras jurídicas funcionam como mandamentos de definição, a serem aplicadas na medida exata de suas prescrições. Abstratamente, uma vez em rota de colisão, uma regra acaba por invalidar a outra, não se falando aqui em ponderação. (LORDELO, 2022, p. 344)

Acrescenta-se que o estudo dos princípios do Direito de Família deve ser guiado pelo princípio da dignidade humana, elencado como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF/88) e alicerce das relações entre as pessoas, em especial as que compõem a entidade familiar.

2.3.1 Princípio da Dignidade Humana

Como dito, a dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme disposto no art. 1º, III, da CF/88. O respectivo princípio pode ser denominado como princípio máximo, porquanto permeia a aplicação e interpretação de todo o ordenamento jurídico (e não só do Direito de Família), visando a proteção da pessoa humana.

A importância do princípio é reforçada com a previsão na legislação processual (art. 8ª do CPC/15) de que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Flávio Tartuce lembra:

> Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Por certo que é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações. (TARTUCE, 2021, p. 2012)

Dentre as várias concepções, é interessante a desenvolvida por Flávia Bahia Martins, segundo a qual “podemos compreender que o conteúdo do princípio diz respeito ao atributo imanente a todo ser humano e que justifica o exercício da sua liberdade e a perfeita realização de seu direito à existência plena e saudável” (MARTINS, 2011, p. 80).

O princípio em análise eleva à proteção jurídica o respeito à pessoa, à sua integridade física, psicológica, liberdade de pensamento e consciência, dando respaldo à efetivação de todos os seus direitos fundamentais e permitindo seu pleno desenvolvimento pessoal e social.

Acerca da aplicação no Direito de Família, o respectivo campo é farto para se trabalhar e garantir o respeito à dignidade humana. Ao lidar com as relações familiares é preciso considerar a dignidade nas diversas constituições familiares, formas de filiação e em especial nas relações entre seus entes, como casais, pais e filhos.

Nesse contexto, pontua Maria Berenice Dias:

> O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos. (DIAS, 2010, p. 63)

Fica evidente, portanto, a relevância do princípio da dignidade humana como norteador das relações familiares e vetor para cultivar o respeito, a confiança, o afeto, o amor e a solidariedade entre os seus membros, alicerçando a construção de relações saudáveis e harmoniosas.

2.3.2 Princípio da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade familiar tem amparo constitucional, decorrendo da solidariedade social prevista como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da CF/88) que visa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Flávio Tartuce orienta:

> A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, inc. I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. (TARTUCE, 2021, p. 2018-2019)

O respectivo princípio pode ser compreendido com a ideia de que todos os membros de uma entidade familiar têm responsabilidade individual e recíproca para com os demais entes, não se limitando esta responsabilidade ao campo material, mas também na seara afetiva, social, moral, patrimonial e espiritual.

Acrescenta Maria Berenice Dias:

> Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. (DIAS, 2010, p. 66)

Trata-se de relevante princípio com aplicação em diversas questões do direito de família. Como reflexo da solidariedade familiar a Constituição trouxe a obrigação de assistência mútua entre pais e filhos, cabendo aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229 da CF/88), bem como o dever da família, do Estado e da sociedade de ampararem as pessoas idosas, assegurando sua participação comunitária, proteção à dignidade, bem-estar e à vida (art. 230, da CF/88).

No campo infraconstitucional, cita-se como exemplo de aplicação da solidariedade familiar a responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos (arts. 932, I e 933, ambos do CC); a comunhão de vida instituída pela família, com a cooperação entre seus membros (art. 1.513 do CC); a mútua assistência moral e material entre os cônjuges (art. 1.566 do CC) e entre companheiros (art. 1.724 do CC); a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567 do CC); a obrigação dos cônjuges a concorrerem, na proporção de seus bens e dos rendimentos para o sustento da família (art. 1.568 do CC).

2.3.3 Princípio da Igualdade entre Filhos

Dispõe o art. 227, §6º, da CF/88, que os filhos, independentemente de sua origem, terão os mesmos direitos e qualificações, vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. O Código Civil reforça o preceito constitucional e traz em seu art. 1.596, CF/88, igual previsão, consagrando o princípio da igualdade entre filhos.

O princípio estudado busca a isonomia entre os filhos, vedando tratamentos diferenciados em razão do vínculo que une os seus genitores ou em virtude de sua origem biológica ou não ou ainda por outras causas. Em suma, para o ordenamento jurídico não interessa o vínculo entre os genitores ou a origem dos filhos, merecendo a prole igual respeito e proteção, seja na seara patrimonial ou pessoal.

Sobre o assunto, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald fazem interessante associação entre o princípio da isonomia entre os filhos e a relevância do interesse da criança e do adolescente como critério para solução de conflito:

> Demais disso, a mais saliente consequência da afirmação do princípio da isonomia entre os filhos é tornar o interesse menorista o principal critério de solução de conflitos que envolvam crianças ou adolescentes, alterando o conteúdo do poder familiar - que, de há muito, materializava uma concepção

> hierarquizada de família, salientando a primazia paterna. (FARIAS, 2010, p. 46)

Ademais, o princípio da igualdade entre os filhos concretiza a dignidade humana, primeiro, por assegurar à prole igual respeito e proteção jurídica, segundo, por afastar discriminações que, sob a vigência de legislações anteriores, culminavam em denominações preconceituosas do tipo filho adulterino, filho incestuoso, filho ilegítimo, filho espúrio ou filho bastardo.

2.3.4 Princípio da Igualdade entre Cônjuges e Companheiros

Na esteira do princípio da igualdade entre filhos, o ordenamento jurídico também traz o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros.

Primeiro, o art. 5º, I, da CF/88, explicita que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações"; segundo, ao tratar da proteção da família, o art. 226, §5º, da CF/88, prevê que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", ambos os dispositivos demonstram a preocupação entre a igualdade entre cônjuges e companheiros de uma entidade familiar e atribuem isonomia substancial entre eles.

Isonomia substancial não equivale a igualdade absoluta, e nesse cenário Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald advertem:

> Vale chamar a atenção para o fato de que a norma constitucional não está igualando física ou psicologicamente o homem e a mulher. Proíbe, na verdade, o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas que estão na mesma situação. Destaque-se, porém, a possibilidade de tratamento diferenciado entre homem e mulher sempre que houver um motivo justificador. Isto é, sempre que estiverem em posições distintas, que exijam o tratamento discrepante. (FARIAS, 2010, p. 41-42)

Em sintonia com os dizeres constitucionais, tem-se o art. 1.511 do CC com a previsão de que "o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges".

É lógico que a comunhão de vida e a igualdade de direitos e deveres se estendem aos companheiros, uma vez que a união estável é constitucionalmente reconhecida como entidade familiar (art. 226, §3º, da CF/88). Reforça essa extensão, o art. 1.724 do CC ao aduzir que a relação entre os companheiros deve se pautar "nos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos", revelando igual e mútua responsabilidade (direitos e deveres) dos conviventes.

Relevante consagração da igualdade entre cônjuges e companheiros pode ser observada na igualdade da chefia familiar, decorrendo daí o exercício do poder familiar, atribuição competente a ambos os pais (art. 1.631 do CC), sendo assegurado o exercício exclusivo nos casos de falta ou impedimento de um deles e de recorrer ao juiz em caso de divergência.

Em contraposição ao Código Civil de 1916, a atual legislação consagra o importante papel dos pais na condução da família, buscando extinguir a cultura do patriarcado, em que o homem era a autoridade parental, e dando lugar ao exercício conjunto do homem e da mulher na direção da entidade familiar.

Sobre o assunto, Flávio Tartuce leciona:

> Substitui-se uma hierarquia por uma diarquia. Utiliza-se a expressão despatriarcalização do Direito de Família, eis que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do pai de família (paterfamilias), não podendo sequer se utilizar a expressão pátrio poder, substituída por poder familiar. (TARTUCE, 2021, p. 2021)

Destarte, conclui-se que o atual direito de família busca democratizar as relações familiares, atribuindo aos seus integrantes, em especial aos pais, um regime de colaboração no direcionamento da instituição denominada família.

2.3.5 Princípio da Não Intervenção

Também conhecido como princípio da liberdade, a não intervenção tem seu fundamento no art. 226, §7º, da CF/88, que prevê o livre planejamento familiar, sendo da competência estatal propiciar recursos educacionais e científicos para exercício desse direito, vedando qualquer forma coercitiva de instituições oficiais ou privadas.

Em regulamento à previsão constitucional, veio a Lei nº 9.263/96 que trata do planejamento familiar, conceituando-o em seu art. 2º “como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.” A citada norma legal, ainda, prevê que o planejamento familiar será orientado por ações preventivas e educativas, além da garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

A par desses dispositivos, temos o art. 1.513 do CC, dizendo que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida

instituída pela família" e o art. 1.565, §2º, do CC que tem semelhante redação do já citado art. 226, §7º, da CF/88.

O princípio em análise expressa a autonomia privada vigente no campo familiar, consagrando a liberdade de escolha do indivíduo no planejamento da família, vedando a atuação coercitiva de terceiros que possa interferir no exercício desta liberdade. Todavia, essa vedação não impede a adoção de políticas públicas como forma de orientar e conscientizar o controle de natalidade, o planejamento e educação familiar.

Nessa perspectiva, Matheus Zuliani, escreve:

> Ainda relacionado ao princípio da não intervenção, temos que o § 7º da CF, seguido do art. 1.565, §2º, os quais estabelecem que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer tipo de coerção. Essa vedação, entretanto, não impede que o Estado incentive o controle de natalidade, planejamento familiar ou eduque as famílias por meio de políticas públicas. Porém, a decisão final deve ser sempre do casal. (ZULIANI, 2021, p. 298)

Nesse molde, depreende-se que a intervenção estatal na família é permitida, desde que para efetivar a promoção pessoal de cada um de seus membros. Em outras palavras, comenta a doutrina:

> o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando as suas normas implicarem em uma verdadeira melhora na situação pessoal dos componentes da família. Por consequência, ele somente estaria autorizado a intervir no âmbito da família quando visasse implementar direitos fundamentais da pessoa humana, como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc. (GROENINGA, 2010, p.18)

É pertinente que o princípio da não intervenção seja estudado e interpretado paralelamente ao princípio do maior interesse da criança e do adolescente.

2.3.6 Princípio do Maior Interesse da Criança e do Adolescente

É evidente que a constituição visa garantir os direitos da criança e do adolescente em todos os níveis de convivência, tanto no seio familiar como no meio social, buscando a aplicação do que for melhor para criança e ao adolescente, visando garantir seu desenvolvimento integral.

Assim, dispõe o art. 227, *caput*, da CF/88:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

> além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) considera criança a pessoa entre zero e 12 anos de idade incompletos, e adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º, caput, do ECA).

O Estatuto ainda reforça a proteção integral da criança e do adolescente em seu art. 3º:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
> Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

No âmbito da proteção integral, a criança e o adolescente são sujeitos de direito e contam com diversos institutos jurídicos voltados à sua proteção e pleno desenvolvimento.

Priscilla Ramineli Leite Pereira ratifica:

> Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 mudou de paradigma, afastando-se da doutrina da situação irregular para adotar a doutrina da proteção integral.
> Nesse novo paradigma, crianças e adolescentes passaram a ser tratados como verdadeiros sujeitos de direito, e não objetos de tutela, bem como a contar com um amplo conjunto de mecanismos jurídicos voltados à sua proteção. (PEREIRA, 2022, p. 10)

A doutrina de proteção integral relaciona-se com princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na medida em que procura priorizar a implementação dos direitos da criança e do adolescente, buscando soluções que melhor lhes beneficiem.

Assim está o entendimento de Guilherme Freire de Melo Barros:

> A doutrina da proteção integral guarda ligação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, os aplicadores do direito - advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz - devem buscar a solução que proporcione

> o maior benefício possível para a criança ou adolescente. (BARROS, 2015, p. 26)

No âmbito do direito de família, o princípio em estudo é amplamente aplicado no estabelecimento da guarda, em especial da modalidade de guarda compartilhada, tendo esta prioridade em relação à guarda unilateral, porquanto, em linhas gerais, mostra-se mais benéfica à criança e ao adolescente.

2.3.7 Princípio da Afetividade

Afeto é sinônimo de amor, carinho, dedicação, simpatia, admiração. O afeto pode ser destacado como o elemento principal das relações familiares, afinal é a base sobre a qual é construída ditas relações, promovendo a dignidade humana e a solidariedade familiar. Se não há afeto, não há família.

Nesse particular, Daniel Carnacchioni esclarece que “não basta o afeto para a consolidação de uma família, mas sem afeto ela inexiste. O afeto é elemento fundamental de qualquer núcleo familiar, associado à dignidade da pessoa humana” (CARNACCHIONI, 2018, p. 1460).

Maria Berenice Dias acrescenta:

> O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família. (DIAS, 2010, p. 71)

Outrossim, pode-se dizer que o afeto é o vínculo que une a família, formando uma rede de apoio que permite o desenvolvimento pessoal de cada ente, até porque, o afeto espelha a confiança que os membros de uma entidade familiar devem nutrir uns pelos outros, materializando o respeito às peculiaridades e a dignidade de cada pessoa.

No mesmo sentido, os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald concluem que “é a ética exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos” (FARIAS, 2010, p. 85).

A título exemplificativo, a atribuição de valor jurídico ao afeto é clara no reconhecimento da paternidade socioafetiva, situação em que o vínculo afetivo ganha importância tanto quanto o vínculo biológico na constituição da paternidade. Sobre o assunto inclusive, o Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral (Tema 622)

reconheceu como possível a multiparentalidade com o concomitante registro civil da filiação socioafetiva e biológica, sem a hierarquização das origens, fixando a tese de que "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

2.3.8 Princípio da Função Social da Família

O princípio da função social da família tem arrimo na Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, *caput*, ao estabelecer a família como base da sociedade e digna de especial proteção do Estado.

A socialidade (função social) ao lado da eticidade e da operabilidade é um dos pilares que norteiam a aplicação e interpretação do atual Código Civil e tem por escopo superar a visão individualista da codificação anterior, valorizando o plural, de modo que os institutos jurídicos não devem atender somente aos interesses individuais, mas também respeitar a dimensão coletiva, demonstrando uma função à sociedade.

Na mesma toada, Flávio Tartuce:

> Voltando à lei material, no que concerne ao princípio da socialidade, o Código Civil de 2002 procura superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra nós, em detrimento da palavra eu. Os grandes ícones do Direito Privado recebem uma denotação social: a família, o contrato, a propriedade, a posse, a responsabilidade civil, a empresa, o testamento. (TARTUCE, 2021, p. 100-101)

Especificamente sobre a função social do direito de família, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald justificam:

> Nessa nova arquitetura jurídica, dúvida inexiste de que todo e qualquer instituto, necessariamente, tem de cumprir uma função, uma determinada finalidade, a qual precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de desvirtuá-lo da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais. E, naturalmente, não pode ser diferente com o Direito de Família. A aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos. É o que se pode chamar de função social da família. (FARIAS, 2010, p. 86)

Percebe-se, então, que para o cumprimento da função social, as relações familiares, além de serem vistas à luz do contexto social em que estão inseridas, atento as constantes mudanças da família na sociedade e a realização de todos os

membros da entidade familiar, também devem ser interpretadas com base nos valores constitucionais, em especial a dignidade humana e a solidariedade.

3. CONCLUSÃO

O Direito de Família de fato está em constante evolução e, dada as rápidas transformações sociais e o burocrático procedimento legislativo, a lei nem sempre acompanha as demandas e a realidade social. Como fenômeno atual, a constitucionalização do direito de família acarreta a leitura constitucional dos seus institutos e consequente interpretação conforme a constituição, visando a concretização da dignidade humana a da função social no âmbito da família.

Com isso, os princípios jurídicos, ao lado das regras, sendo conceituado como mandamentos de otimização a serem aplicados com a maior efetividade possível de acordo com a realidade concreta, ganham especial relevância por nortearem a compreensão do direito de família, merecendo destaque os princípios da dignidade humana, solidariedade familiar, igualdade entre filhos, igualdade entre cônjuges e companheiros, não intervenção, maior interesse da criança e do adolescente, afetividade e função social da família.

Assim, conclui-se que não há fórmula estanque para os diversos formatos de família, por isso os princípios são importantes aliados para nortear o posicionamento jurídico. Além disso, estimular a solução consensual é, sem dúvidas, o melhor caminho para a pacificar as relações familiares.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Direito da criança e do adolescente. Coleção Sinopses para Concursos. 3ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2015.

BOURET, Aurélio; ZULIANI, Matheus; SANTOS, Paulo César Batista dos. Direito Civil. Coleção Carreiras Jurídicas 2022. 3ª Edição. Brasília: Cpluris, 2021.

CAMPOS, Nelson Renato Palaia Ribeiro de. Noções essenciais de direito. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNACCHIONI, Daniel. Manual de direito civil. Volume Único. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 7ª Edição. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ALVES, Patrícia Diniz Gonçalves Moreira. In: ALVES, Leonardo Barreto (coord. e coautor). Código das famílias comentado. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LORDELO, João Paulo. Noções gerais de direito e formação humanística. 6ª Edição. rev., ampl., atual. São Paulo: Editora JusPodvim, 2022.

MARTINS, Flávia Bahia. Direito Constitucional. 2ª Edição. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 9ª Edição. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Priscilla Ramineli Leite. Direito da criança e do adolescente. Coleção Carreiras Jurídicas 2022. 3ª Edição. Brasília: Cpluris, 2022.

SANTOS, Cristian Patric de Sousa. Direito Constitucional. Coleção Carreiras Jurídicas 2022. 3ª Edição. Brasília: Cpluris, 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Tema 622. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em: 25 out. 2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11. Edição. Rio de Janeiro: Método, 2021.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO PUBLIC HEALTH

Jéssica Rocha de Sousa[1]

Resumo: O presente artigo visa analisar a mudança de paradigma no Brasil em relação à possibilidade de judicialização do direito à saúde, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, com o intuito de compreender o seu conceito, a judicialização da saúde, o debate existente acerca da reserva do possível e do mínimo existencial, o aparente conflito entre direito individual e o direito coletivo, as consequências da judicialização nas políticas do Sistema Único de Saúde e as medidas adotadas diante do aumento das demandas que envolvem a saúde pública. Para tanto, apresenta conceitos, expõe dados, dispositivos legais, jurisprudência dos tribunais superiores e as orientações do Conselho Nacional de Justiça. No que concerne à metodologia, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, por meio de consulta à doutrina, artigos científicos, legislação e jurisprudência, o que permitiu concluir que o Estado possui o dever de garantir a todos o direito à saúde, de forma individual e difusa, no entanto, que a concessão desse direito pela via judicial deve ser realizada por meio de uma análise criteriosa em cada caso concreto e com a observância de determinados limites, a fim de que o direito fundamental à saúde seja garantido a todos e o Sistema Único de Saúde permaneça íntegro.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito à saúde. Saúde pública. Judicialização da saúde. Políticas públicas.

Abstract: This article aims to analyze the paradigm shift in Brazil regarding the possibility of judicialization of the right to health, particularly after the 1988 Federal Constitution. It seeks to understand the concept of the judicialization of health, the existing debate about the reservation of the possible and the minimum existential, the apparent conflict between individual and collective rights, the consequences of judicialization on the policies of the Unified Health System and the measures adopted in the face of the increasing demands involving public health. To this end, it presents concepts, exposes data, legal provisions, jurisprudence of the superior courts and the guidelines of the National Council of Justice. Regarding the methodology, a bibliographic and documentary research was carried out, by consulting doctrine, scientific articles, legislation and jurisprudence, which allowed us to conclude that the State has the duty to guarantee the right to health to all, individually and diffusely, however, the granting of this right via the judicial route must be carried out through a careful analysis of each concrete case and with the observance of certain limits, to ensure that the fundamental right to health is guaranteed to all and the Unified Health System remains intact.

Keywords: Human rights. Right to health. Public health. Judicialization of health. Public policies.

[1] Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Damásio de Direito/São Paulo/SP. Servidora pública do Tribunal de Justiça de São Paulo/SP.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

1. INTRODUÇÃO

O artigo científico versa sobre a judicialização da saúde pública no Brasil e as consequências que acarretam debates doutrinários, na jurisprudência e entre os entes da Federação.

Ressalta-se a importância desta temática em razão de a saúde estar assegurada na Constituição da República, bem como ser reconhecida como um direito social e fundamental, baseada na dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, 6º, caput, e 196), e que garante o direito fundamental à vida.

O interesse pelo tema surgiu a partir da constatação de que as demandas judiciais que envolvem o direito à saúde estão em constante crescimento no Poder Judiciário e que as consequências desse crescimento acarretam impacto no direito da coletividade, sobretudo dos grupos vulneráveis que dependem da saúde pública. Além disso, o excesso de ações judiciais pode sobrecarregar tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Executivo, este último por não conseguir cumprir todas as políticas públicas previstas no plano de governo e no orçamento público em razão dos dispêndios com as demandas individuais.

O objetivo geral do artigo científico é identificar o equilíbrio que deve ser encontrado entre a concessão individual do direito à saúde e o resguardo do direito da coletividade, bem como compreender a atual orientação normativa e jurisprudencial acerca do tema.

Em relação à metodologia, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, por meio de consulta à doutrina, artigos científicos, normas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), legislação e jurisprudência.

O artigo foi estruturado em quatro seções. Inicialmente foi realizada uma breve análise acerca dos conceitos que envolvem o direito à saúde e a indicação da legislação a respeito do tema.

Na segunda seção, foram expostas considerações acerca do acesso à Justiça e da judicialização do direito à saúde, mormente em face do Poder Público, com a elucidação das controvérsias existentes acerca da alegação da reserva do possível pelo Estado em face da garantia ao mínimo existencial, bem como entre o direito individual à saúde e o direito da coletividade.

A terceira seção analisou a jurisprudência acerca do tema, com o fim de extrair as atuais orientações dos tribunais superiores sobre o direito à saúde pública em demandas individuais.

Por derradeiro, na quarta seção, foram apresentadas algumas soluções que vêm sendo adotadas pelos atores envolvidos nas demandas que envolvem o direito à saúde pública, que têm como finalidade resolver ou diminuir os problemas gerados pela judicialização da saúde.

2. DIREITO À SAÚDE E LEGISLAÇÃO A RESPEITO DO TEMA

A Constituição Federal de 1988 é indicada por Mendes e Branco (2021) como a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde.

Ramos (2024) aduz que o direito à saúde visa assegurar a promoção do bem-estar físico, mental e social de um indivíduo, impondo ao Estado a obrigação de oferecer serviços públicos a todos com o objetivo de eliminar doenças e outros gravames.

Lenza (2014) dispõe que a saúde deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas, visando também o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Dessarte, o direito à saúde visa ofertar uma política social e econômica com o objetivo de reduzir riscos de doenças e outros agravos, por meio de ações e serviços para a proteção e recuperação do indivíduo.

Os direitos sociais, nos quais o direito à saúde está inserido, possui uma vertente negativa e uma vertente positiva. No que tange à vertente negativa, está a abstenção, que, sob o enfoque da saúde, determina que o Estado e os particulares não devem praticar atos que prejudiquem terceiros, pois cada indivíduo possui o direito de não ter a sua saúde colocada em risco e, ainda, o direito de não ser obrigado, em regra, a receber determinado tratamento de saúde (RAMOS, 2024).

Nesse ponto, salienta Ramos (2024) que, excepcionalmente, o direito de recusa a um tratamento pode ser suprimido quando posto em ponderação com o direito à saúde de terceiros, como em situações de epidemias.

Do ponto de vista da vertente positiva, por sua vez, há o fomento à implementação da saúde pelo Estado, bem como a possibilidade de que seja exigido um tratamento adequado e individualizado por parte do Poder Público, inclusive judicialmente, se necessário (RAMOS, 2024).

No que tange à legislação a respeito do tema, existem normas que asseguram a saúde inseridas na Constituição Federal de 1988, em tratados internacionais com incidência no Brasil, bem como em diplomas infralegais nacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê o direito de todo ser humano ter um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, bem como o direito à segurança no caso de doença (art. XXV).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Pacto de Nova Iorque") prevê o direito de toda pessoa desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental (art. 12).

No Brasil, em 1975, a Lei n. 6.229 instituiu o Sistema Nacional de Saúde. Posteriormente, houve a revogação pela Lei n. 8.080/1990, a qual é aplicada atualmente e trata do Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição Federal de 1988 inseriu a saúde na Seguridade Social nos arts. 196 a 200 e destacou que é um direito de todos e dever do Estado.

A saúde é prevista, ainda, como direito social na Lei Maior (art. 6º da Constituição Federal).

Salienta-se que a previsão constitucional do direito à saúde é norma programática, em razão de ser necessária a edição de lei infralegal e porque, em regra, o direito à saúde depende de disponibilização de recursos financeiros e previsão orçamentária pelo Estado.

3. O ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

O acesso à Justiça integra os Direitos Humanos e é considerado, mesmo nos ordenamentos em que não há expressa previsão normativa, um direito implícito na sistemática de separação dos poderes do Estado (MIRANDA, 1987).

No Brasil, o acesso à Justiça é assegurado expressamente como um direito fundamental no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição (SALLES, 2016).

Ramos (2024) conceitua o acesso à Justiça como a faculdade de requerer a manifestação do Poder Judiciário sobre uma ameaça de lesão ou após a ocorrência de lesão a um direito.

Santos (1999) ensina, ademais, que a recusa ao acesso à Justiça acarreta a denegação de todos os demais direitos.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988) disciplinam que o acesso à Justiça é um requisito fundamental em um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda efetivamente garantir, e não apenas proclamar direitos.

Nessa seara, atualmente, o acesso à Justiça corresponde ao "acesso à ordem jurídica justa" (WATANABE, 1988), que abrange, além do ingresso no Poder Judiciário, a concretização efetiva dos direitos.

Esse reconhecimento do direito de acionar o Poder Judiciário é classificado como a faceta formal do direito de acesso à Justiça, ao passo que a faceta material ou substancial consiste na efetivação desse direito (RAMOS, 2024).

Para que se chegasse à referida prestação jurisdicional material ou substancial, ocorreram três movimentos de reforma jurídica, praticamente em ordem cronológica, denominados como "ondas renovatórias do acesso à Justiça" (NASCIMENTO, 2022).

A primeira onda é classificada como a tutela dos pobres, na qual a preocupação era permitir que pessoas que não tinham condições financeiras pudessem litigar em juízo. Com isso, são criados o benefício da gratuidade da justiça e a assistência judiciária gratuita, por exemplo (NASCIMENTO, 2022).

Já a segunda onda, observando a complexidade social, coloca a sua atenção na tutela coletiva de direitos e busca promover a representação em juízo dos direitos metaindividuais. Nascimento (2022) destaca que, no Brasil, esse movimento cresce com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).

Por sua vez, a terceira onda é classificada como a efetividade da tutela, tendo em vista que o seu objetivo era tornar o sistema jurídico mais eficaz, pois não adiantaria promover o acesso à Justiça se as decisões judiciais não pudessem ser efetivadas concretamente. Nessa etapa, chamam a atenção a criação da súmula vinculante e o sistema de precedentes inserido no Código de Processo Civil de 2015 (NASCIMENTO, 2022).

Destaca-se, ademais, que a imposição de restrições ao acesso à Justiça pode ser considerada constitucional, desde que sejam razoáveis e tenham como finalidade o desestímulo à litigiosidade excessiva, que dificulta o acesso por aqueles que realmente necessitam da tutela jurisdicional em decorrência da sobrecarga ocasionada no Poder Judiciário, de modo que a litigiosidade excessiva pode prejudicar o próprio direito constitucional de acesso à Justiça (RAMOS, 2024). Essa análise ganha força atualmente porque houve um salto da era do déficit de acesso à Justiça para uma nova era em que a judicialização se tornou a regra (SALLES, 2016).

Nesse diapasão, em decorrência da ampliação do acesso à Justiça, da falta de uma cultura de resolução consensual de conflitos e visando suprir a falta de

implementação de direitos constitucionais, mormente os prestacionais (SALLES, 2016), as demandas judiciais em assuntos de saúde vêm crescendo no Brasil, o que se convencionou chamar de judicialização da saúde.

Por definição, a judicialização da saúde é uma situação em que o Poder Judiciário é acionado para solucionar conflitos entre indivíduos e o Poder Executivo, empresas privadas e até mesmo pessoas físicas. No âmbito do Sistema Único de Saúde, abrange as demandas entre os indivíduos e o Poder Executivo, que é comumente denominada como a judicialização da saúde pública (VIEIRA, 2020).

Ramos (2024) destaca que a judicialização da saúde decorre principalmente das demandas individuais de acesso a tratamentos e medicamentos de alto custo ainda não disponibilizados pelo Estado. O autor salienta que o modelo previsto constitucionalmente de atendimento integral das demandas de saúde é justificado pela importância desse direito para a vida digna, que não poderia ser recusada pelo Poder Público com fundamento no respeito ao orçamento ou à separação dos Poderes, devendo, portanto, ser assegurado o acesso à Justiça.

Dessarte, conquanto o Poder Judiciário não seja o responsável pela implementação das políticas públicas de saúde, quando instado a se manifestar, deve realizar a fiscalização dos órgãos responsáveis pelo atendimento do mandamento constitucional previsto no art. 196 da Constituição Federal (CAPPELLARI e OLIVEIRA, 2021).

Nascimento (2022) ensina que a atual ampliação da atuação jurisdicional permite não apenas a análise da legalidade estrita do ato praticado pelo Poder Público, mas também a verificação se o caso se adequa efetivamente aos mandamentos constitucionais.

Além disso, Nascimento (2022) destaca que existe uma relação direta entre as normas de direitos fundamentais e a execução das políticas públicas, tendo em vista que estas últimas efetivam as primeiras. Em decorrência disso, a ausência ou a deficiência de uma política pública passa a ser considerada não jurídica, ampliando o poder do magistrado no controle judicial de tais atos.

Modelo alternativo seria o da judicialização excepcional, já citado em alguns acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e que adota como regra geral a proibição de atuação do Poder Judiciário na tutela de tratamentos de saúde, de modo que o Judiciário somente poderia intervir de forma excepcional e observados alguns requisitos (RAMOS, 2024).

Por fim, Ramos (2024) destaca que o financiamento à saúde não pode gerar tratamento privilegiado no sistema de saúde pública mediante pagamento, porque violaria a previsão constitucional de acesso universal. Logo, o Poder Judiciário pode ser acionado para intervir caso algum beneficiário seja preterido em razão de preferência conferida mediante pagamento no âmbito da saúde pública.

3.1 Controvérsias que envolvem a concessão do direito à saúde pública pelo Poder Judiciário

Amado (2021) esclarece ser plenamente possível o eventual controle judicial das políticas públicas na área da saúde, sobretudo com a finalidade de garantir as medidas básicas e urgentes para a prosperidade da vida, tendo em vista ser direito fundamental relacionado ao mínimo existencial. Por outro lado, o autor destaca que inexistem recursos públicos disponíveis para que o Estado garanta todas as demandas de saúde existentes.

A partir da constatação da insuficiência de recursos financeiros, há a defesa da reserva do possível pelo Poder Público, que sustenta a postergação da implementação de alguns tratamentos médicos no caso de impossibilidade de o Estado arcar com os custos, mormente sem prejudicar a coletividade.

Adicionalmente, o Estado sustenta a falta de legitimidade do Poder Judiciário para orientar as prioridades do gasto público, a seletividade e o etilismo gerado pela impossibilidade de muitos indivíduos terem garantido o acesso à Justiça e a criação de despesas desnecessárias com a alocação de servidores públicos parar cumprir as ordens judiciais (RAMOS, 2024).

Barcellos (2011) conceitua a reserva do possível como o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis pelo Estado diante das necessidades quase sempre infinitas a serem cumpridas. Destarte, é preciso considerar que há um limite de possibilidades materiais em relação aos direitos que podem ser exigidos do Estado.

Em contrapartida, o direito ao mínimo existencial, que corresponde às condições materiais mínimas de existência humana com dignidade, é uma barreira à alegação da reserva do possível pelo Poder Público, pois os recursos públicos não podem se sobrepor à dignidade humana e à garantia de uma vida sadia.

Ressalta-se que o mínimo existencial não abrange apenas a garantia a um mínimo vital, sendo mais amplo, de modo a incluir um mínimo de qualidade de vida

que permita que a pessoa viva com dignidade e com a possibilidade de exercer a sua liberdade tanto no plano individual quanto no plano social (FILHO, 2016).

Ainda acerca do tema, Nascimento (2022) aduz que o mínimo vital corresponde ao mínimo necessário para a preservação da vida, enquanto que o mínimo existencial corresponde à manutenção de uma qualidade de vida minimamente diga, mas também não inclui o pleno gozo de todos os direitos fundamentais em seu grau máximo de efetividade.

A defesa do mínimo existencial acarreta a limitação da discricionariedade político-administrativa do Estado, porque existem determinados direitos que devem ser garantidos ainda que não tenham sido previstos nas políticas públicas, bem como orienta a distribuição orçamentária e legitima a atuação do Poder Judiciário no conflito entre os limites dessa atuação e o direito fundamental a ser garantido ao postulante.

O princípio da vedação ao retrocesso também limita o Poder Público na defesa da reserva do possível, pois apregoa que os direitos que foram conquistados não poderão mais deixar de ser concedidos e protegidos. Desse modo, o Estado não pode suprimir um direito que já faz parte das suas políticas públicas e, caso o faça, poderá ser condenado judicialmente a restabelecê-lo.

A controvérsia acima gera debates acerca da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, sobretudo porque este não seria o dever do Judiciário e porque o magistrado não possuiria elementos suficientes para analisar a situação de forma aprofundada, uma vez que não dispõe de informações sobre todas as necessidades que os recursos públicos devem abranger ou sobre o reflexo que a sua decisão acarretará.

Para solução dessa questão, Grinover (2013) defende que o controle judicial deve buscar a proteção do mínimo existencial, desde que o magistrado não substitua a figura do administrador para definir critérios de atuação da Administração Pública, nem interfira desarrazoadamente na atuação do Poder Executivo. Assim, limites devem ser construídos pela doutrina e pela jurisprudência para garantir os direitos fundamentais sem desequilibrar as funções estatais.

No que concerne ao direito individual em conflito com o direito coletivo, o debate surge em decorrência da necessidade de retirar recursos públicos que atenderiam a coletividade para arcar com a ordem judicial proferida em uma demanda individual, o que poderia gerar injustiças e deficiências nas políticas públicas (PAIXÃO, 2019).

A busca pela solução dessa dicotomia não é simples, uma vez que a ponderação a ser realizada envolve o direito à vida e à saúde de uns em face do direito à vida e à saúde de outros. Logo, os direitos em conflito são os mesmos, exigindo-se uma análise atenta do caso concreto.

Pelo exposto, depreende-se que a intervenção do Poder Judiciário é indispensável para garantir a efetividade das normas constitucionais na ocorrência de violação aos direitos fundamentais. Não obstante, o magistrado não deverá se afastar do ordenamento jurídico e deverá buscar o maior equilíbrio possível entre os conflitos que envolvem o direito à saúde em cada situação fática apresentada.

4. ORIENTAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÕES QUE ENVOLVEM A CONCESSÃO DE TRATAMENTO MÉDICO PELO PODER PÚBLICO

Conforme explica Cavalcante (2024), no julgamento do Tema 6 da sistemática da repercussão geral (RE 566.471/RN), o Plenário do Supremo Tribunal Federal ressaltou que, em regra, o Poder Judiciário não pode conceder medicamentos que estão fora da lista de dispensação do Sistema Único de Saúde. Verifica-se, portanto, que o Judiciário deve se atentar, de início, às escolhas realizadas pelo Poder Público, em observância ao princípio da separação dos Poderes.

No entanto, excepcionalmente, será possível a concessão pelo Judiciário de medicamentos não presentes na lista do Sistema Único de Saúde, desde que sejam registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e observados alguns requisitos estipulados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme orienta a Súmula Vinculante 61.

O primeiro requisito é a recusa pelo Poder Executivo de custeio do medicamento pela via administrativa (Tema 1234 de Repercussão Geral).

O segundo requisito é a ilegalidade do ato de não incorporação do medicamento pela Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS), ausência de pedido de incorporação ou da mora na sua apreciação.

Outrossim, o terceiro requisito corresponde à impossibilidade de substituição do fármaco por outro disponível na rede pública. Isso visa garantir que o dispêndio de recursos adicionais com medicamentos pelo Poder Público ocorrerá somente quando indispensável para o tratamento médico pleiteado, o que protege os recursos destinados às políticas públicas com previsão orçamentária.

Adicionalmente, o quarto requisito é a comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco.

O quinto requisito é a imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada mediante laudo médico fundamentado.

Por derradeiro, o sexto requisito é a comprovação pelo indivíduo de sua incapacidade financeira de arcar com o custeio do medicamento.

Além disso, ainda no supracitado acórdão, o Supremo Tribunal Federal determinou que, ao apreciar pedidos de concessão de medicamentos não incorporados à rede pública, os magistrados deverão obrigatoriamente analisar três critérios.

O primeiro deles é verificar o ato administrativo comissivo ou omissivo de não incorporação pela Conitec ou da negativa de fornecimento da via administrativa, à luz das circunstâncias do caso concreto e da legislação de regência.

Destaca-se, nesse ponto, que o Poder Judiciário não poderá fazer a análise do mérito do ato administrativo, devendo se limitar à verificação da sua legalidade, conforme consolidada jurisprudência pátria.

O segundo deles é a consulta ao NatJus (Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário) ou a entes ou pessoas com expertise técnica na área, para o fim de verificar a presença dos seis requisitos acima mencionados.

Por fim, no caso de deferimento judicial do fármaco, o magistrado deverá oficiar aos órgãos competentes para avaliarem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do Sistema Único de Saúde. Depreende-se que este último critério interfere diretamente no excesso de judicialização da saúde, porque poderá gerar a redução de ações judiciais pleiteando determinando medicamento.

Ainda no que concerne aos medicamentos não registrados na ANVISA, o Supremo Tribunal Federal fixou no Tema 500 da sistemática da repercussão geral (RE 657.718/MG) que as ações devem, necessariamente, ser propostas em face da União, tendo em vista que a ANVISA integra a estrutura desse ente federativo.

Por sua vez, tratando-se de medicamento registrado na ANVISA, Cavalcante (2024) explica que, além de fixar outras orientações, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu no Tema 1.234 da sistemática da repercussão geral (RE 1.366.243/SC) alguns critérios com base no valor do tratamento médico pleiteado judicialmente para fins de fixação da competência.

Se o valor anual do tratamento for igual ou superior a duzentos e dez salários-mínimos, a competência é da Justiça Federal, pois o custeio será realizado integralmente pela União. Já se o valor anual do tratamento for superior a sete e inferior a duzentos e dez salários-mínimos, a competência é da Justiça Estadual e os custos são compartilhados entre a União e o Estado-membro. Por fim, também será de competência da Justiça Estadual nos casos em que o valor anual do tratamento for inferior a sete salários-mínimos, caso em que o custeio será de responsabilidade do Estado, com possível ressarcimento ao Município, conforme pactuação nas Comissões Intergestores Bipartite.

Ainda no Tema 1.234, Cavalcante (2024) destaca que foram fixados limites em relação ao valor do medicamento concedido pela via judicial, devendo o magistrado, ao fornecer o medicamento, garantir que o preço de venda esteja limitado ao valor com desconto registrado durante o processo de incorporação na Conitec ou ao preço que já tenha sido praticado em compras públicas. Ademais, estabeleceu-se como teto para o valor o Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG).

Depreende-se que o Pretório Excelso visa, com isso, atingir o equilíbrio entre os dispêndios públicos com demandas individuais e a manutenção do sistema público de saúde à coletividade.

Outra orientação do Supremo para criar uniformidade na jurisprudência sobre a concessão de medicamentos pela via judicial foi a criação pelos entes federativos de uma plataforma nacional de informações sobre demandas de medicamentos. Essa medida facilitará tanto o acesso pelos cidadãos quanto o controle por parte dos entes federativos e do Poder Judiciário.

Outrossim, a Súmula Vinculante 60 determinou a observância pelo Poder Judiciário das teses estabelecidas no Tema 1.234 da sistemática da repercussão geral.

Pelo exposto, infere-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avançou na criação de balizas para orientar os magistrados nas demandas que envolvem a saúde pública, com o objetivo de superar os conflitos decorrentes de tais ações, tais como a dicotomia entre mínimo existencial e reserva do possível e direito individual versus direito coletivo, bem como para encontrar o almejado equilíbrio entre os direitos fundamentais em conflito nessas ações.

5. SOLUÇÕES PARA OS PROBLEMAS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

Diante da complexidade dos direitos envolvidos nas demandas prestacionais de saúde e com a finalidade de evitar que os conflitos sobrecarreguem o Poder Judiciário, os métodos consensuais de solução de controvérsias devem ser priorizados, conforme orienta o Conselho Nacional de Justiça por meio da Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021.

Destaca-se que a orientação do Conselho Nacional de Justiça se insere no fato de que a adoção da autocomposição acarreta o aumento da efetividade da tão almejada pacificação dos conflitos, conforme ensina Nascimento (2022).

Adicional estratégia de impacto positivo envolve o melhoramento na análise das demandas por tratamentos de saúde na via administrativa pelo Poder Executivo, também visando a célere solução da demanda e a diminuição das ações judiciais sobre o tema.

Os diálogos institucionais entre os Poderes da República também devem ser estimulados, a fim de que os Poderes dialoguem na busca da melhor solução a ser conferida ao caso concreto e de evitar eventual ofensa ao princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal.

Os magistrados deverão, ainda, observar a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, destacando-se a orientação de, em regra, evitar autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, bem como de ouvir, sempre que possível, os gestores públicos antes da concessão de medidas de urgência.

Outrossim, foi instituído pela Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, com a alteração promovida pela Resolução n. 461, de 06 de junho de 2022, o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus), com a finalidade de elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Foram instituídos pela alteração promovida na Resolução n. 107 pela Resolução n. 576, de 26 de agosto de 2024, o Prêmio “Justiça & Saúde do CNJ”, que visa selecionar, premiar e disseminar ações, projetos ou programas voltados a aprimorar as formas adequadas de soluções de conflitos envolvendo a saúde, e a “Semana Nacional da Saúde”, com o fim de realizar ações integradas entre os

Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e, ainda, órgãos e entidades atuantes na área da saúde, tanto do setor público, como do privado, perfectibilizando o diálogo institucional.

A Recomendação n. 146, de 28 e novembro de 2023, do Conselho Nacional de Justiça, traça estratégias para o cumprimento adequado das decisões judiciais nas demandas de saúde pública, destacando-se: a oitiva do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NatJus) e do ente público demandado, a consulta no portal do ente público sobre a existência de ata de registro de preço para aquisição do medicamento e a fixação de prazos razoáveis para o cumprimento das decisões judiciais.

Já o art. 3º da Resolução 530, de 10 de novembro de 2023, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe, entre outros, que deverão ser estimulados os métodos consensuais de resolução de conflitos, a prevenção da judicialização em matéria de saúde, o aperfeiçoamento das unidades judiciárias especializadas no direito à saúde, os programas de capacitação continuada para os atores envolvidos nas demandas, bem como o fomento à participação popular.

Por fim, caso a demanda chegue à análise do Poder Judiciário, deverão ser observadas as orientações firmadas pelo Pretório Excelso nos Temas 6, 500 e 1.234, todos da sistemática da repercussão geral, que, como exposto alhures, criaram balizas para orientar as decisões judiciais, com o fim de solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais envolvidos nas demandas de saúde pública, uniformizar a jurisprudência e gerar maior celeridade na análise dos pedidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo científico foi abordar as questões que envolvem o aumento da judicialização do direito à saúde pública, os debates doutrinários e jurisprudenciais que envolvem a temática e analisar as medidas que vêm sendo adotadas com a finalidade de resolver as demandas de saúde de forma célere, adequada e com enfoque na resolução alternativa de conflitos de forma consensual.

A Constituição Federal de 1988 destacou a importância do direito à saúde pública, inserindo-o como um direito social que deve ser garantido a todos pelo Estado de forma universal e igualitária, de modo que referido direito possui um robusto alicerce constitucional, sobretudo porque está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida.

O Estado possui responsabilidade em garantir as determinações constitucionais de acesso universal e igualitário à saúde. A concretização desse direito deve ocorrer com o investimento em políticas públicas eficazes e o fortalecimento do Sistema Único de Saúde.

Ocorre que, em decorrência da evolução do acesso à Justiça, que atualmente abrange a efetividade do processo, e não somente a possibilidade de ingressar com uma ação judicial, bem como da ausência de uma cultura de resolução consensual de conflitos no Brasil, as demandas judiciais em assuntos relacionados à prestação de tratamentos de saúde pelo Estado estão em constante crescimento, o que se convencionou chamar de judicialização da saúde.

Este artigo expôs os conflitos ocasionados pela judicialização da saúde, com enfoque na dicotomia entre direito individual e direito coletivo à saúde e na garantia do mínimo existencial em confronto com a reserva do possível.

Também foram expostos os problemas que o excesso de demandas pode gerar no Poder Judiciário e no próprio direito fundamental à saúde, mormente em relação ao direito daqueles que efetivamente necessitam de uma decisão judicial.

O Poder Judiciário, como um dos guardiões da Constituição, é constantemente instado a se manifestar em demandas que envolvem o direito à saúde pública. Não obstante a importância que deve ser conferida à garantia de acesso às políticas públicas de saúde a todos, é preciso que o Judiciário tenha uma atuação equilibrada e com observância das necessidades de toda a coletividade.

Visando combater os conflitos oriundos das demandas prestacionais de saúde e o excesso da judicialização, algumas medidas vêm sendo adotadas no Brasil. Dentre elas, destaca-se o fomento à resolução consensual de controvérsias e aos diálogos institucionais entre os Poderes da República, o melhoramento da análise das demandas na via administrativa, a elaboração de programas de capacitação continuada para os atores envolvidos administrativa e judicialmente e o aumento da participação popular na formulação de políticas públicas.

Além do mais, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu importantes balizas para orientar os magistrados nas demandas que envolvem pedidos de concessão de tratamento médico pelo Poder Público, o que poderá acarretar a uniformização da jurisprudência, a superação de conflitos e a maior celeridade na análise dos pedidos formulados judicialmente.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Do exposto, foi possível concluir que a judicialização da saúde pública no Brasil representa um desafio complexo que exige uma análise cautelosa e a busca por soluções diversificadas por parte de vários setores da sociedade.

É preciso, sobretudo, inserir no Brasil a cultura da justiça multiportas, tendo em vista os benefícios que a solução de conflitos de forma célere, consensual e fora dos tribunais pode gerar na sociedade e no Poder Judiciário, que terá, com isso, a possibilidade de despender atenção aos casos mais complexos que efetivamente precisam de uma solução judicial e de uma análise pormenorizada para garantir direitos fundamentais, como a saúde e a vida.

Não se discute que a garantia do direito à saúde é fundamental para a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, mas a judicialização que se torna excessiva pode sobrecarregar o Poder Judiciário e comprometer a sustentabilidade do sistema de saúde.

Dessa forma, visando o equilíbrio entre o direito garantido constitucionalmente à saúde pública e a adequada manutenção do sistema de saúde para a coletividade, é fundamental que os diversos atores envolvidos nas demandas, como o Poder Judiciário, o Poder Executivo, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a sociedade, busquem soluções aptas a conciliar a coexistência da garantia ao direito individual à saúde e as necessidades da coletividade, sem olvidar da efetividade e da importância do direito à saúde para assegurar uma vida digna e com qualidade.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. – 3° ed. Revista e atualizada. - Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de dezembro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 19 de dezembro de 2024.

BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1992. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 19 de dezembro de 2024.

CAPPELLARI, Heloisa Cristina Luiz; OLIVEIRA, Gleison do Prado. A judicialização e os limites do direito à saúde em face dos entes da federação. **PGE/MS – Procuradoria-Geral do Estado.** 2021. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Revista-PGE-Artigo-Gleison-e-Heloisa.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Título original: *Acess to justice: the worldwide movement domake rights effective. A general report.*

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Apenas em caráter excepcional — e desde que atendidos os parâmetros fixados pelo STF —, uma decisão judicial pode determinar o fornecimento de medicamento registrado na ANVISA, mas não incluído nas listas do SUS**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e6c4449bcfd592112d927f85d4d44e60>. Acesso em: 23/12/2024

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **As ações que pedem o fornecimento de medicamentos do Poder Público devem ser obrigatoriamente propostas contra a União e processadas na Justiça Federal?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/-93e37ed292096ae7d6f59c5d5d854dd9>. Acesso em: 23/12/2024

CNJ. **Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3988>. Acesso em: 23 de dezembro de 2024.

CNJ. **Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010**. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>. Acesso em: 23 de dezembro de 2024.

CNJ. **Recomendação n. 146, de 28 de novembro de 2023**. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5360>. Acesso em: 23 de dezembro de 2024.

CNJ. **Resolução n. 107, de 06 de abril de 2010**. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em: 23 de dezembro de 2024.

CNJ. **Resolução n. 461, de 06 de junho de 2022**. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4576>. Acesso em: 23 de dezembro de 2024.

CNJ. **Resolução n. 530, de 10 de novembro de 2023**. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5330>. Acesso em: 23 de dezembro de 2024.

CNJ. **Resolução n. 576, de 26 de agosto de 2024**. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5710>. Acesso em: 23 de dezembro de 2024.

FILHO, Salomão Ismail. Mínimo existencial: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana. **Conjur.** 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana/>. Acesso em: 20 de dezembro de 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. O Controle jurisdicional das políticas públicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda n. 1 de 1969. 3.ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense. 1987.

NAÇÕES UNIDAS – BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 19 de dezembro de 2024.

NASCIMENTO, Filippe Augusto dos Santos. **Manual de Humanística – Introdução às ciências humanas e à teoria do direito para carreiras jurídicas**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

PAIXÃO, André Luís Soares da. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS. **Scielo**. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/RSm4sW7NNKXrbfQm7DQYd7G/>. Acesso em: 22 de dezembro de 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**.11 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

SALLES, Bruno Makowiecky. Acesso à justiça na era da judicialização. **Revista CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**. 2016. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/148/88>. Acesso em: 21 de dezembro de 2024.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2007.

STF. **Súmula Vinculante 60**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=9260>. Acesso em: 23 de dezembro de 2024.

STF. **Súmula Vinculante 61**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=9296>. Acesso em: 23 de dezembro de 2024.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. **IPEA.** 2020. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2024.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE APPLICATION OF JUDICIAL PRECEDENTS BY THE PUBLIC ADMINISTRATION

Carolina Fernandes Nascimento de Oliveira[1]

Resumo: Esse artigo pretende promover o debate acerca da necessidade de se incluir no texto constitucional a vinculação da Administração Pública às decisões previstas no Art. 927 do Código de Processo Civil, tendo como fundamentação a demonstração da relevância dos precedentes judiciais atualmente e a necessidade de adequação das atividades do Poder Público às interpretações dos Tribunais.

Palavras-chave: Precedentes judiciais, Direito administrativo, Vinculação.

Abstract: This article intends to promote the debate about the need to include in the constitutional text the binding of the public administration to observe the decisions provided for in Article 927 of the Code of Civil Procedure, having as basis the demonstration of the relevance of the judicial precedents currently and the need to adapt the activities of the Public Power to the interpretation of the Courts.

Keywords: Judicial precedents, Administrative law, Binding.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apreciar a possibilidade e a necessidade de se vincular a Administração Pública aos precedentes judiciais, trazidos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil. Isto porque, referida norma dispõe que os Juízes e os Tribunais devem observar determinadas decisões, enunciados e acórdãos, com o fim de se evitar a insegurança jurídica, instabilidades e incoerências.

Daí surge a questão analisada neste artigo, qual seja, se a Administração Pública possui o dever ou tão somente a faculdade de observar tais precedentes judicias, bem como a relação de tal questionamento com os Princípios da Legalidade e da Economicidade Administrativa.

Referido debate se justifica na medida em que determinados direitos ou interpretações de lei, reconhecidos nas relações jurídicas em que o Estado é parte, só são aplicados e conferidos àqueles que se socorrem ao Poder Judiciário. Como

[1] Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas e pós-graduação em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale. Atualmente é Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

consequência disto, há uma maior judicialização dos atos administrativos, gerando, por conseguinte, a ampliação dos ônus que a sucumbência impõe.

Ademais, há de se observar que todos os indivíduos estão sujeitos a contraírem relações jurídicas com o Estado, tendo em mente as atuações deste na sociedade, decorrentes dos poderes normativos, disciplinares, hierárquicos, de polícia, dentre outros. Isto significa que a Administração Pública tende a compor o polo passivo em processos judiciais mais que qualquer outro ente.

Neste âmbito, certo é que o número de precedentes judiciais que se referem à Administração Pública tem crescido aceleradamente. Desse ponto surge a importância da presente pesquisa, nos indagando se as teses firmadas pelos Tribunais brasileiros serão observadas pela Administração Pública.

Destarte, este trabalho pretende, primeiramente, trazer os conceitos de precedentes judiciais e Administração Pública, bem como uma explanação acerca do Princípio da Legalidade. Após, projeta-se que seja abordada as vantagens de se vincular a Administração Pública aos precedentes judiciais, assim como os requisitos para que isto seja realizado. Finalmente, propõe-se chegar ao objetivo desta pesquisa, qual seja, a primordialidade de que o Estado observe as decisões judiciais trazidas no artigo 927 do Código de Processo Civil.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS

A abordagem da jurisprudência pelo direito ocidental pode ser vista por dois sistemas, o sistema romano-germânico, denominado pelos britânicos de *civil law* e o *common law*. O primeiro possui a lei como fonte principal do direito, por sua vez, o sistema *common law* tem as decisões judiciais como principal fonte do direito, produzindo efeitos vinculantes e gerais (*erga omnes*) (MELLO; BARROSO, 2016; p.4).

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro se adequou ao sistema romano-germânico, todavia, não se pode negar que nosso sistema jurídico vem sofrendo influência da *common law*.

Neste sentido, citam Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso:

> "O processo de valorização da jurisprudência no Brasil pode ser compreendido em três perspectivas ou etapas: i) o avanço do controle concentrado da constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas

> integrantes da Lei nº 13.105/2015, nosso Novo Código de Processo Civil (CPC/2015)" (MELLO; BARROSO, 2016; p. 7).

É notório que, hodiernamente, os precedentes judiciais têm ganhado bastante destaque na sociedade brasileira, inclusive sendo considerado uma fonte formal do direito para alguns doutrinadores[2].

Conforme Fredie Didier Júnior, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 441).

Ou seja, a diretriz estabelecida com base em determinado caso concreto, tendo sido enfrentadas as questões jurídicas envolvidas, servirá de "modelo" para o julgamento de futuras demandas que passem pelo crivo do Judiciário, garantindo a isonomia, a segurança jurídica, a previsibilidade e a uniformização da jurisprudência (SERRA JÚNIOR, 2017, p. 133).

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro, nas hipóteses em que produz efeito vinculante, a jurisprudência tem a natureza de fonte formal, integrando o direito a ser aplicado pelos juízes e pela Administração Pública. Todavia, quando a jurisprudência constitui fonte meramente indicativa, facultativa ou orientadora para decisões futuras do Judiciário e da Administração Pública, ela seria fonte material do direito (DI PIETRO, 2016, p. 67).

Por esse ângulo, podemos trazer à baila o novo sistema de precedentes trazidos pelo Código de Processo Civil, Art. 927:

> "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados."

Nota-se, portanto, a importância deste instituto. Robert Alexy, em sua obra Teoria da argumentação jurídica, aduz que a primordial justificação da utilização pragmática dos precedentes é ditada pelo "princípio da universalizabilidade" ou da

[2] Nesse sentido entende Maria Helena Diniz em sua obra Curso de Direito Civil Brasileiro, 29ª ed., p. 36.

justiça formal, que impõe um tratamento isonômico para situações iguais (ALEXY, 2001, p.259).

Ademais, necessário que se lembre o aumento do número de litígios na contemporaneidade. Certo é, por conseguinte, que surgirão massivas "situações iguais", e caso cada uma delas siga um entendimento jurídico diverso estaríamos em um colapso de insegurança jurídica.

Este anseio por soluções semelhantes para litígios semelhantes é um aspecto que tende a influenciar a atribuição de eficácia vinculante dos precedentes (SERRA JÚNIOR, 2017, p. 132).

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, a Administração Pública, em sentido subjetivo, designa os entes que exercem a atividade administrativa, compreendendo pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer a função administrativa. Por sua vez, em sentido objetivo, designa a natureza exercida por estes entes, sendo, portanto, a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo (DI PIETRO, 2016, p. 82).

Neste sentido, convém trazer à baila um dos principais princípios regentes da Administração Pública, o princípio da legalidade. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade é o basilar do regime jurídico-administrativo, tendo em vista que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, sendo o fruto da submissão do Estado à lei, pretendendo-se através da norma geral, abstrata e impessoal que a lei, editada pelo Poder Legislativo – representante das tendências do corpo social -, garanta que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral (DE MELLO, 2010, p. 100).

Significa, pois, que a Administração Pública pode fazer somente o que a lei determina, ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíba.

Todavia, com o advento da Constituição de 1988 e a opção pelo Estado Democrático de Direito, cita Maria Sylvia Zanella di Pietro que se trouxe a ideia de uma concepção mais ampla do princípio da legalidade, "pretendendo-se submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição" (DI PIETRO, 2016, p. 36).

Nesse sentido, menciona a autora:

> "... os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais, do trabalho e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da prevalência dos direitos humanos, o da moralidade, publicidade, impessoalidade, economicidade, eficiência, dentre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos adminstrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito, no sentido assinalado." (DI PIETRO, 2016, p. 36)

Deste modo podemos notar o apelo hodierno de que o princípio da legalidade não se reduz à lei em sentido estrito, mas também a todo o Direito, isto é, contempla também a Constituição, os princípios, os direitos sociais e fundamentais, adaptando-se, por conseguinte, à nova realidade jurídica.

Daí surge a possibilidade dos precedentes judiciais serem também aplicados à Administração Pública.

Ademais, importante mencionar a visão do doutrinador Sérgio Guerra que define o atual momento como "crise da legalidade" podendo ser verificada em alguns fatores como: a lei não é mais a única fonte de direito; a lei não, necessariamente, representa a vontade do Estado; a lei não é mais capaz de estabelecer de maneira exaustiva todos os atos que o administrador deverá praticar para atender o interesse público; em muitos casos, a lei é intencionalmente elaborada de forma ambígua ou mal redigida, o que provoca imprecisões e dificuldades para a aplicação no caso concreto (AMARAL, 2019, apud GUERRA, 2008).

Deste modo, se considerarmos que a observância dos precedentes judiciais pela Administração Pública não fere o princípio da legalidade, pelo contrário, auxilia-o a se ajustar as mudanças contínuas das relações sociais, estaríamos diante de uma eventual solução para a "crise da legalidade" citada anteriormente.

Neste sentido, entende Juarez Freitas que, na atualidade, não é mais possível ao administrador estar preso exclusivamente ao princípio da legalidade, citando que:

> "O engano maior está em supor que a vinculação se dê inteira e exclusivamente em relação ao princípio da legalidade, quando é claro que deve ser mais abrangente, vale dizer, o ato administrativo deve estar ligado à totalidade dos princípios, sendo este um ideal irrecusável de que deve cuidar o estudioso e o aplicador do Direito Administrativo" (FREITAS, 1997, p. 134).

Ainda, neste caminho, expõe Edvaldo Costa Barreto Júnior que,

> "... Administração Pública não mais possui a lei formal como sua única fonte normativa, mas sim, e sobretudo, pode pautar suas condutas na Constituição, nos princípios e até mesmo em posicionamentos judiciais firmados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e plasmados nas súmulas vinculantes, conforme art. 102, §2, e art. 103-A, ambos da Constituição de 1988, respectivamente" (BARRETO JUNIOR, 2017, p. 83).

E acrescenta:

> "Além disso, a própria Lei 9.784/99 – Lei do Processo Administrativo Federal, lei no seu sentido formal, no inciso I do parágrafo único do seu artigo 2o, determina que a Administração Pública deverá observar, nos processos administrativos, os critérios de "atuação conforme a lei e o Direito" (idem, p.83).

Necessário também ressaltar que a Administração Pública está submetida ao controle judicial. A respeito deste tema, Sundfeld menciona que:

> "Hoje, quando a Administração produz normas, sujeita-se a um amplo controle baseado em fontes jurídicas extralegais: normas sistematizadas pela doutrina, com origem jurisprudencial comum, normas diretamente da Constituição ou emanadas da jurisdição constitucional, normas não nacionais etc" (SUNDFELD, 2014, p. 246).

Deste pensamento, surge-se a questão debatida neste trabalho, se os precedentes judiciais podem ser considerados fontes de direito para a Administração Pública, e consequentemente, vincular seus atos.

4. AS VANTAGENS DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Antes de adentrarmos na questão da possibilidade ou não de se vincular a Administração Pública aos precedentes judiciais, importante se faz listarmos algumas vantagens que esse sistema pode resultar.

Como trazido anteriormente, um dos benéficos do surgimento dos precedentes judiciais, é o tratamento isonômico oferecido aos que se encontram em situações similares.

Isto quer dizer que, caso o Administrador Público passasse a observar os precedentes judiciais, todos os que se encontrarem em algum tipo de relação com

Estado seriam tratados da mesma forma, independentemente do ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário.

Conforme já trazido acima, o artigo 927 do Código de Processo Civil determina que os juízes e tribunais devem observar uma série de decisões, ou seja, caso determinado assunto tenha sido objeto de, exemplificativamente, um incidente de resolução de demandas repetitivas, todos os juízes terão de seguir a orientação do respectivo Tribunal.

Caso este mesmo assunto esteja relacionado à Administração Pública, e o Administrador Público não seguir a orientação, inúmeras ações seriam ajuizadas para aplicação do entendimento superior.

Isto pode ser visto nas informações obtidas pelas pesquisas efetuadas pelo Conselho Nacional de Justiça, no Justiça em Números 2019[3]:

Figura 134: Média de processos baixados e em tramitação nas varas exclusivas por unidade judiciária e competência

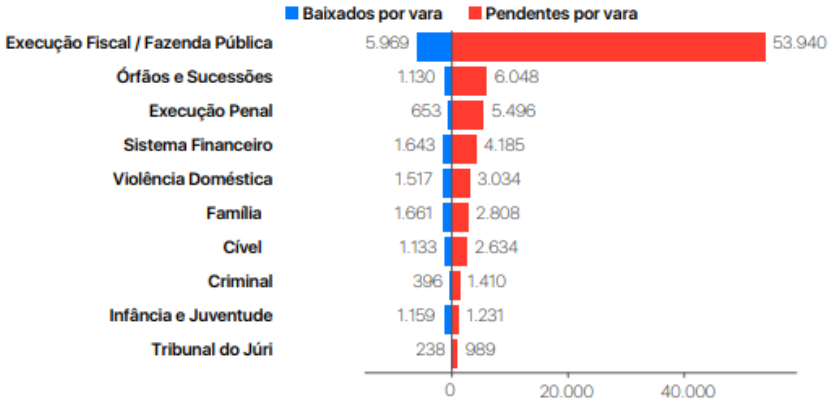
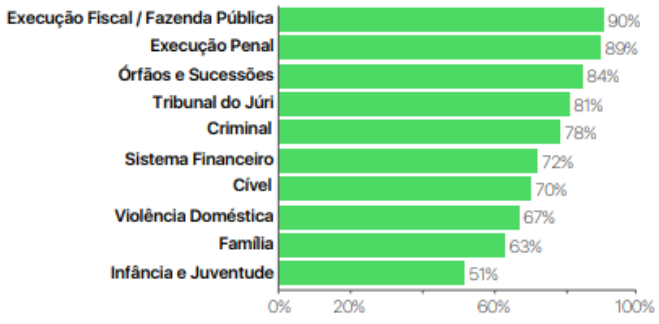


Figura 135: Taxa de congestionamento nas varas exclusivas, por tipo de competência



Como se pode ver, o número de processos envolvendo a Fazenda Pública é amplamente superior a qualquer outro tipo de demanda, demonstrando, portanto, que o Estado é a parte mais atuante atualmente em processos judiciais, seja no polo passivo ou ativo.

[3] Justiça em números 2019 do Portal do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 24 mar. 2020.

Consequentemente, é natural que grande parte dos precedentes judiciais envolvam a Administração Pública, como, por exemplo, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que dos 32 (trinta e dois) incidentes de resolução de demandas repetitivas – IRDR instaurados até novembro de 2019, quase 70% dizem respeito à Administração Pública (Temas 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 27, 29, 31 e 32)[4].

Além do tratamento igualitário ofertado caso o Administrador Público passasse a observar os precedentes, é necessário ainda mencionar a economicidade gerada com este posicionamento.

Isto porque, tendo ciência de que os juízes deverão observar o posicionamento dos tribunais, a parte prejudicada pela atuação da Administração Pública ajuizaria a demanda com a certeza de sua procedência, gerando enorme ônus à Fazenda Pública com as custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios sucumbenciais.

Este comportamento se contrapõe ao princípio da economidade administrativa, expresso no artigo 70 da Constituição Federal[5], que visa a realização do resultado esperado com o menor custo possível aos cofres públicos.

A este respeito, Paulo Soares Bugarin expõe que:

> "o gestor público deve, por meio de um comportamento ativo, criativo e desburocratizante tornar possível, de um lado, a eficiência por parte do servidor, e a economicidade como resultado das atividades, impondo-se o exame das relações custo/benefício nos processos administrativos que levam a decisões, especialmente as de maior amplitude, a fim de se aquilatar a economicidade das escolhas entre diversos caminhos propostos para a solução do problema, para a implementação da decisão." (BUGARIN, 2001, p. 45)

Observamos, portanto, que a observância pela Administração dos precedentes judiciais tem como principais aspectos positivos o tratamento igualitário oferecido e a economicidade gerada.

[4] Informações contidas no site do Tribunal da Justiça do Estado de São Paulo, 2019. Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Nugep/Irdr>. Acesso em: 01 **dez. 2019.**

[5] "Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder."

5. OS REQUISITOS PARA A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Analisadas as vantagens da vinculação, passemos a debater acerca de sua possibilidade.

Em que pese nossa observação feita acima da ampliação do princípio da legalidade, é certo que a lei ainda é a norteadora central da atividade administrativa. Isto porque, caso os precedentes judiciais sejam aplicados em contraposição à lei, ocorreria um óbvio desrespeito ao princípio democrático, tendo em mente que nossa Carta Magna dá o poder ao povo, representados por representantes eleitos ou diretamente, sendo certo que os tribunais ou juízes não foram eleitos.

Deste modo, esclarece Weber Luiz de Oliveira que "os precedentes judiciais, se assim não dispuser a legislação constitucional, não podem ser aplicados à administração pública diretamente" (OLIVEIRA, 2016, p. 142).

Ou seja, para que os precedentes judiciais sejam aplicados diretamente à Administração Pública, faz-se necessário que o texto constitucional assim o preveja. Lembrando que, atualmente, nossa Carta Magna dispõe tão somente a respeito da Súmula Vinculante e das decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, consoante art. 102, § 2º e art. 103-A[6].

Weber destaca ainda que outro limite à aplicabilidade dos precedentes judiciais pela Administração Pública é o relativo à separação dos poderes, expondo que:

> "sendo delimitada constitucionalmente a separação de poderes e, ainda, delimitadas as competências materiais e legislativas dos poderes, infere-se que é vedada a atuação fora desse âmbito competencional para o fim de estatuir e disciplinar condutas em abstrato para as pessoas privadas e públicas." (OLIVEIRA, 2016, p. 142)

[6] "Art. 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."
"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."

Convém lembrar, entretanto, que nosso ordenamento constitucional prevê o sistema de freios e contrapesos, que pode ser visto como um garantidor da separação dos poderes.

Isto porque, o sistema de freios e contrapesos prevê que cada poder controle outro e seja também controlado, a fim de se combater os abusos e manter o equilíbrio.

Faz-se necessário ainda mencionar que, além da autorização constitucional para que determinado precedente judicial seja aplicado diretamente pela Administração Pública, é preciso que haja a comunicação oficial para a sociedade, dando ciência de que determinado entendimento jurisprudencial passará a ser observado.

A necessidade da cientificação da sociedade se dá por conta do princípio da publicidade, que defende a transparência das atividades do Poder Público, a fim de que a população tenha ciência de suas atuações, podendo prever o que será aplicado ou realizado em determinada situação.

Acerca deste assunto, Weber destaca que:

> "Trata-se, também, de aplicação da chamada doutrina dos atos próprios, referida no item 2.1.2 ao tratar-se do princípio da publicidade, ou seja, se o administrado tem uma expectativa de conduta do poder público, baseada no que delimitado pelos atos públicos fundados na interpretação da lei até então realizada, não se pode, inesperadamente, modificar o modo de agir sem dar a conhecer, previamente, o que dali em diante será aplicado, em consonância com os precedentes judiciais" (OLIVEIRA, 2016, p. 149).

Expostos, portanto, os requisitos necessários para se determinar a vinculação do Poder Público aos precedentes judiciais, quais sejam, a previsão constitucional e a comunicação oficial para a sociedade da aplicação de determinado posicionamento.

6. AS JUSTIFICATIVAS PARA A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS E AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO VINCULAÇÃO

Uma vez explanados os requisitos para aplicação dos precedentes judiciais pelo Poder Público, introduziremos as justificativas para tal medida e as consequências da não observância.

Sabemos que nossos Tribunais Superiores estão empossados da função de interpretação da lei, constitucional e infraconstitucional. Portanto, toda lei e sua literalidade devem ser observadas em conjugação com a interpretação judicial cristalizada.

Weber menciona que:

> "A consciência exigida é que não deve o Poder Executivo atuar somente mediante os mandamentos do Poder Legislativo, em uma visão de estado liberal, contemporaneamente ultrapassado, mas também em consonância com os princípios constitucionais, notadamente de direitos fundamentais, e em decorrência dos mandamentos do Poder Judiciário, feitos por intermédio dos precedentes vinculantes" (OLIVEIRA, 2016, p. 152).

Portanto, pretende-se com a instalação da sistemática aqui estudada, que novas e milhares de ações não sejam promovidas em decorrência da recalcitrância pela Administração Pública de aplicação de legislação de que se sabe não se coaduna com o entendimento cristalizado dos Tribunais (OLIVEIRA, 2016, p. 153).

Isto porque, uma vez formalizado o entendimento de determinado Tribunal, a Administração Pública tem a possibilidade de aplicá-lo ou não, uma vez que ainda não há vinculação direta prevista na Constituição Federal do precedente à Administração. Caso o administrador escolha não aplicar o entendimento jurisprudencial, grande parte das pessoas físicas ou jurídicas que forem prejudicadas ajuizarão ações para terem assegurados os seus direitos, contrapondo-se diretamente ao princípio da economicidade administrativa aqui já estudada.

Neste contexto, Weber diz que:

> "Não pode o administrador público ficar obtuso a essa nova concepção e realidade institucional e jurisdicional, aguardando passivamente eventual alteração legislativa para exercer o seu múnus. Contudo, também não pode ter uma atitude ativa sem respaldo em legislação, já que, querendo ou não, o princípio da legalidade lhe é impositivo, sob pena, até mesmo e como já ressaltado, de cometimento de crimes, como os de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, da Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992" (OLIVEIRA, 2016, p.155).

.

E acrescenta:

> "Isso não impede que a administração pública, diante de sua vinculação a uma juridicidade, dialogicamente com a legislação e a jurisdição (MENDES, 2008; SOUZA, 2013), e em consonância com os demais princípios constitucionais, como o da igualdade, moralidade e eficiência, como também ciente da evolução do Estado Constitucional, não adote medidas, dentro do seu campo de atuação, competência e interesse, que dê cumprimento aos precedentes vinculantes" (idem, p. 156).

Destarte, em respeito ao princípio da igualdade, não se pode admitir que o poder público se negue a aplicar o quanto decidido pelos tribunais em última instância,

gerando a emanação de duas interpretações diversas acerca de uma determinada norma para subsidiar a atividade pública (OLIVEIRA, 2016, p. 158). Não é certo que, com a finalidade de que a norma jurídica seja aplicada em consonância com a interpretação dos Tribunais, todos tenham que demandar em juízo.

Lembrando que, conforme ensina Weber:

> "Essa aplicabilidade, contudo, deve ser realizada unicamente após a sedimentação do entendimento pelos tribunais, mediante precedentes vinculantes, em que tenha ocorrido amplo debate pelas partes e, se possível, por terceiros, como a figura do amicus curiae, e a realização de audiências públicas (MEDEIROS, 2013, p. 536), dando-se um enfoque, mesmo que diminuto, de democraticidade ao precedente judicial" (OLIVEIRA, 2016, p.158).

Como já dito antes, importante relembrar que, para que seja obrigatória a aplicação direta dos precedentes judiciais, faz-se necessária a previsão constitucional.

Por todo o exposto, resta evidente a necessidade da inclusão no texto constitucional da vinculação da Administração Pública às decisões previstas no art. 927 do CPC.

7. CONCLUSÃO

Analisamos, por conseguinte, neste trabalho as peculiaridades da vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, visualizando, primeiramente, a ampliação da influência do sistema *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, com a valorização dos precedentes judiciais.

Posteriormente foi tratado o princípio da legalidade como principal regente da atuação da Administração Pública, daqueles que exercem a atividade administrativa. Foi observado, ainda, que o princípio da legalidade, hodiernamente, não se reduz à lei em sentido estrito, mas também a todo o Direito.

Após esta explanação inicial, passamos a estudar as vantagens da vinculação do Poder Público aos precedentes e concluímos que os principais aspectos positivos da vinculação são o tratamento igualitário oferecido e a economicidade gerada.

Foram analisados ainda os requisitos necessários para que se determine a vinculação do Poder Público aos precedentes judiciais, quais sejam, a previsão constitucional desta vinculação e a comunicação oficial para a sociedade da aplicação de determinado posicionamento.

Finalmente, foram estudadas as consequências da não vinculação da Administração Pública aos precedendes. Isso porque, caso o poder público se negue a aplicar o quanto decidido pelos tribunais em última instância, tal fato geraria a emanação de interpretações diversas acerca de uma determinada norma para subsidiar a atividade pública, gerando inúmeras ações ajuizadas em decorrência da recalcitrância da Administração Pública de negar a aplicação da legislação ou interpretação de que se sabe não se coaduna com o entendimento cristalizado dos Tribunais.

Perante o exposto, este trabalho teve como finalidade promover o debate acerca da necessidade de se incluir no texto constitucional a vinculação da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal às decisões previstas no Art. 927 do Código de Processo Civil, a fim de que, oportunizemos à sociedade um tratamento igualitário fornecido pelo Poder Público, bem como ofereçamos à população a segurança jurídica e a certeza que os recursos públicos estão sendo bem empregados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro.** Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Eficiência, um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar.** Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v.32, n. 87, jan/mar 2001.

COSTA BARRETO JÚNIOR, Edvaldo. **Precedentes judiciais e seus reflexos na Administração Pública brasileira: vinculação ou persuasão?** 2017. 199 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito Processual Civil.** Vol. 2, 10. ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29.ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo.** 2a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação.** 2016. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. **A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** 2a ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Outras fontes.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.

DA SILVA SANTOS AMARAL, Raissa. **A crise de legalidade no Estado regulador frente às novas tecnologias.** Disponível em **<**http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53728/a-crise-de-legalidade-no-estado-regulador-frente-s-novas-tecnologias>. Acesso em 23 mar. 2020.

PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Justiça em Números 2019.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 24 mar. 2020.

TRIBUNAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Nugep/Irdr**>.** Acesso em: 01 dez. 2019.

O ENDURECIMENTO PENAL DO FEMINICÍDIO E A TEORIA DO BEM JURÍDICO DE ROXIN

THE HARDER PENALTY OF FEMINICIDE AND ROXIN'S THEORY OF LEGAL ASSETS

Marcelo Fidalgo Neves[1]

Resumo: O artigo analisa o endurecimento da pena do feminicídio à luz da Teoria do Bem Jurídico de Claus Roxin e do Direito Penal Simbólico. A recente alteração legislativa, que elevou a pena para até 40 anos de reclusão, criou uma disparidade punitiva em relação ao homicídio qualificado, gerando questionamentos sobre a proporcionalidade e a coerência dogmática do Direito Penal. Argumenta-se que, segundo Roxin, o bem jurídico vida deve ser protegido de maneira igualitária, independentemente do gênero da vítima, tornando questionável a maior severidade na punição do feminicídio. Além disso, discute-se como essa elevação punitiva se insere no contexto do Direito Penal Simbólico, sendo utilizada como resposta imediata à pressão social, sem necessariamente impactar a redução da violência de gênero. O estudo conclui que o combate ao feminicídio deve ir além do recrudescimento penal, exigindo políticas públicas eficazes e medidas preventivas que abordem as raízes do problema.

Palavras-chave: Feminicídio. Teoria do Bem Jurídico. Direito Penal Simbólico. Proporcionalidade da Pena. Violência de Gênero.

Abstract: This article analyzes the increase in the penalty for femicide in light of Claus Roxin's Theory of Legal Good and Symbolic Criminal Law. The recent legislative amendment, which raised the sentence to up to 40 years of imprisonment, created a punitive disparity compared to qualified homicide, raising questions about proportionality and the doctrinal coherence of Criminal Law. It is argued that, according to Roxin, the legal good of life should be protected equally, regardless of the victim's gender, making the stricter punishment for femicide questionable. Additionally, the study discusses how this penalty increase fits within the context of Symbolic Criminal Law, being used as an immediate response to social pressure without necessarily impacting the reduction of gender-based violence. The study concludes that combating femicide must go beyond harsher criminal penalties, requiring effective public policies and preventive measures that address the root causes of the issue.

Keywords: Femicide; Theory of Legal Good; Symbolic Criminal Law; Proportionality of Punishment; Gender-based Violence.

1. INTRODUÇÃO

A discriminação contra a mulher no Brasil é um problema estrutural que se manifesta em diversas esferas da sociedade. No mercado de trabalho, as mulheres

[1] Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Graduado em Comunicação Social -Jornalismo pela Universidade de São Paulo. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1 Região. E-mail: Mfidalgon@gmail.com.

recebem, em média, salários inferiores aos dos homens para desempenhar as mesmas funções, além de enfrentarem barreiras para ascender a cargos de liderança. A desigualdade de oportunidades impacta diretamente a autonomia financeira das mulheres, perpetuando um ciclo de dependência e vulnerabilidade que as expõe a diversas formas de violência.

Além das dificuldades no mercado de trabalho, a violência doméstica contra a mulher é um dos problemas sociais mais graves do país. Dados apontam que milhares de mulheres sofrem agressões físicas, psicológicas e sexuais dentro de seus próprios lares, muitas vezes sem acesso a mecanismos de proteção adequados. A impunidade e a dificuldade de acesso à justiça reforçam esse quadro, tornando fundamental a criação de políticas públicas que não apenas punam os agressores, mas também ofereçam suporte às vítimas para que possam romper o ciclo da violência.

O feminicídio, reconhecido como uma das mais graves manifestações de violência de gênero, tem sido objeto de diversas reformas legislativas no Brasil. A Lei nº 13.104/2015 incluiu essa conduta como qualificadora do homicídio e a inseriu no rol dos crimes hediondos, elevando as penas e restringindo benefícios penais. Desde então, o legislador tem promovido sucessivas modificações normativas para endurecer ainda mais o tratamento penal dessa infração.

A recente alteração promovida pela Lei nº 14.994/2024 ampliou significativamente a pena do feminicídio, estabelecendo reclusão de 20 a 40 anos. Essa alteração legislativa gerou uma diferenciação ainda mais acentuada entre o homicídio simples, punido com reclusão de 6 a 20 anos, o homicídio qualificado, cuja pena varia entre 12 e 30 anos, e o feminicídio. Ademais, a nova legislação manteve e expandiu causas de aumento de pena para determinados contextos, como gestantes, mães ou responsáveis por crianças, e crimes cometidos na presença de descendentes da vítima.

Esse descompasso punitivo levanta questionamentos sob a ótica da Teoria do Bem Jurídico de Claus Roxin, a qual defende que o Direito Penal deve limitar-se à proteção de bens essenciais, sendo vedada sua utilização para finalidades meramente simbólicas ou políticas. O aumento excessivo da pena do feminicídio reforça a ideia de um Direito Penal de emergência, no qual a criminalização e a elevação da punição são utilizadas como instrumentos para atender pressões sociais e políticas, sem necessariamente resultar na diminuição da criminalidade.

Além disso, a modificação legislativa gera impactos práticos relevantes no sistema carcerário e na política de ressocialização. O aumento da pena máxima para 40 anos de reclusão implica uma restrição ainda maior ao regime de progressão, resultando em um encarceramento mais prolongado e dificultando a reinserção social do condenado. Essa medida, longe de solucionar o problema da violência de gênero, pode aprofundar a crise do sistema prisional brasileiro, que já enfrenta desafios estruturais significativos.

O presente artigo examina a compatibilidade da nova legislação com a Teoria do Bem Jurídico, questionando se a desigualdade na proteção penal do bem vida atende às exigências dogmáticas do Direito Penal. Ademais, a análise se aprofunda nos impactos do Direito Penal Simbólico e na possibilidade de o feminicídio ter se tornado um instrumento de resposta política, em vez de uma medida eficaz no combate à violência de gênero. Por fim, será discutida a necessidade de políticas públicas mais eficazes e preventivas que atuem na raiz do problema, ao invés de simplesmente endurecer penas sem um estudo aprofundado sobre sua efetividade.

2. O DIREITO CRIMINAL DA MULHER

A proteção da mulher no Direito Penal brasileiro evoluiu significativamente ao longo das últimas décadas, impulsionada pela necessidade de enfrentar a violência de gênero e garantir maior equidade no tratamento jurídico. O marco inicial desse processo foi a promulgação da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, criada para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa legislação inovou ao estabelecer mecanismos específicos para proteção das vítimas, criando medidas protetivas de urgência, ampliando as penas para crimes cometidos no âmbito doméstico e garantindo um atendimento mais humanizado por meio de juizados especializados.

A Lei Maria da Penha também afastou a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/1995, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, reconhecendo que a violência doméstica exige respostas mais rigorosas do Estado. Além disso, a norma ampliou o conceito de violência contra a mulher, abarcando não apenas a violência física, mas também a psicológica, patrimonial, moral e sexual. No entanto, apesar dos avanços normativos, os índices de violência doméstica no Brasil permanecem alarmantes, demonstrando a

necessidade de aprimoramento das políticas públicas e da aplicação efetiva das disposições legais.

Outro avanço importante no ordenamento jurídico foi a tipificação do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, por meio da Lei nº 13.104/2015. O feminicídio caracteriza-se pelo assassinato de uma mulher em razão de sua condição de gênero, abrangendo casos de violência doméstica, familiar ou de menosprezo e discriminação contra a mulher. A inclusão dessa qualificadora no Código Penal teve um forte caráter simbólico e educativo, ao reconhecer a especificidade da violência de gênero e reforçar a necessidade de punição mais severa para tais crimes.

No âmbito internacional, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984, desempenhou um papel fundamental na formulação das leis de proteção às mulheres no país. A CEDAW estabeleceu diretrizes para que os Estados adotassem medidas legislativas e políticas voltadas à eliminação da discriminação e da violência de gênero, reforçando a obrigação dos governos de promover a igualdade entre homens e mulheres. O Brasil, ao incorporar essas disposições em sua legislação, demonstrou compromisso com a erradicação da violência de gênero, ainda que desafios persistam na implementação efetiva das normas.

Além da CEDAW, outro tratado internacional relevante é a Convenção de Belém do Pará (1994), que define a violência contra a mulher como uma violação dos direitos humanos e obriga os países signatários a adotar medidas para prevenir, punir e erradicar essa violência. O Brasil incorporou os princípios dessa convenção em diversas legislações internas, como a própria Lei Maria da Penha e a tipificação do feminicídio, demonstrando um alinhamento progressivo com os compromissos internacionais assumidos.

Nos últimos anos, o ordenamento jurídico brasileiro avançou ainda mais na proteção penal da mulher, com a criminalização de condutas específicas que afetam sua dignidade e segurança. A Lei nº 14.132/2021 tipificou o crime de perseguição (stalking), prática que consiste em perseguir alguém de forma reiterada, ameaçando sua integridade física ou psicológica. Essa norma atendeu a uma demanda crescente por proteção contra condutas abusivas que, antes, eram tratadas como meras contravenções penais, apesar de causarem sérios danos às vítimas.

Outra inovação foi a Lei nº 14.188/2021, que criou o crime de violência psicológica contra a mulher, com pena de seis meses a dois anos de reclusão. Essa legislação reforçou a necessidade de combate à violência psicológica como uma das formas mais recorrentes de agressão contra mulheres, frequentemente utilizada como meio de dominação e controle por parte dos agressores. Ao reconhecer essa modalidade de violência no Código Penal, o legislador ampliou os mecanismos de punição e prevenção, contribuindo para a construção de um sistema jurídico mais protetivo e eficaz.

A Lei nº 14.245/2021, conhecida como Lei Mariana Ferrer, representou mais um avanço no direito criminal da mulher, ao estabelecer medidas para evitar a revitimização de mulheres em julgamentos e investigações criminais. Essa lei foi motivada pelo caso amplamente divulgado da influenciadora Mariana Ferrer, que sofreu humilhações durante uma audiência judicial. A norma criminalizou atos que exponham a dignidade da vítima durante o processo penal, garantindo que mulheres vítimas de violência não sejam submetidas a constrangimentos ou questionamentos abusivos que as responsabilizem pelo crime sofrido.

Além das evoluções legislativas, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem desempenhado um papel fundamental na consolidação dos direitos das mulheres no âmbito penal. Em decisão recente, a Corte declarou inconstitucional a tese da legítima defesa da honra em crimes de feminicídio e agressão contra mulheres. Antes, essa argumentação era utilizada para justificar homicídios praticados por razões de ciúme ou suposta traição, reforçando padrões patriarcais e misóginos. O STF entendeu que essa tese viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade de gênero, determinando que sua invocação nos tribunais seja considerada nula.

Outra decisão relevante foi a ADPF 1107, na qual o STF determinou que é inconstitucional questionar a vida sexual ou o comportamento da vítima durante a investigação e julgamento de crimes de violência contra a mulher. A Corte entendeu que esse tipo de questionamento perpetua a discriminação e a violência de gênero, além de revitimizar as mulheres. O entendimento consolidado pelo STF reforça a necessidade de um tratamento respeitoso e isento de estereótipos em processos criminais que envolvem vítimas femininas.

Além dessas decisões, o STF enfrentou questões centrais sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha ao julgar a ADC 19/DF e a ADI 4424/DF, ambas relatadas pelo ministro Marco Aurélio. Em 9 de fevereiro de 2012, o Tribunal

decidiu pela constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006, reafirmando que o tratamento diferenciado entre homens e mulheres encontra respaldo na Constituição, pois visa proteger a mulher contra sua vulnerabilidade estrutural e histórica. Também se firmou o entendimento de que a ação penal para crimes de lesão corporal decorrentes de violência doméstica é pública incondicionada, impedindo que a vítima seja coagida a desistir da denúncia.

Outro ponto de grande relevância nessa decisão foi a confirmação da impossibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) para crimes de violência doméstica, conforme previsto no artigo 41 da Lei Maria da Penha. O STF entendeu que a vedação a penas brandas, como transação penal e suspensão condicional do processo, está em consonância com a obrigação do Estado de adotar mecanismos eficazes para coibir a violência no ambiente familiar, conforme o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal.

O posicionamento do STF consolidou o entendimento de que a Lei Maria da Penha é um instrumento fundamental para combater a violência de gênero e proteger os direitos das mulheres. A decisão teve grande impacto na jurisprudência, levando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a editar súmulas reforçando a natureza pública incondicionada da ação penal e vedando a aplicação do princípio da insignificância em crimes de violência doméstica. Dessa forma, a interpretação do STF reforçou a efetividade da lei e garantiu maior proteção às vítimas, estabelecendo precedentes essenciais para o enfrentamento da violência de gênero no Brasil.

3. A TEORIA DO BEM JURÍDICO DE CLAUS ROXIN

A Teoria do Bem Jurídico constitui um dos fundamentos essenciais do Direito Penal contemporâneo, servindo como um critério para legitimar a criação e a aplicação de normas punitivas. Seu desenvolvimento remonta ao século XIX, mas foi aprimorado ao longo do tempo, principalmente pelos estudos do jurista alemão Claus Roxin. Para Roxin, o Direito Penal deve ser orientado pela proteção de bens jurídicos essenciais à convivência social, evitando a criminalização desnecessária de condutas e a ampliação desproporcional do poder punitivo do Estado.

Essa teoria parte do princípio de que o Direito Penal deve intervir apenas quando houver lesão ou perigo concreto a um bem jurídico relevante. O objetivo central dessa concepção é garantir que a função punitiva do Estado seja exercida de forma limitada e racional, impedindo o uso abusivo do Direito Penal para finalidades

político-ideológicas ou de controle social desmedido. Assim, a criminalização de condutas não deve servir como resposta simbólica a demandas sociais, mas deve estar estritamente vinculada à proteção de bens fundamentais, como a vida, a liberdade e o patrimônio.

Roxin aprimorou a Teoria do Bem Jurídico ao vinculá-la a uma visão funcionalista do Direito Penal, enfatizando que a criminalização deve ser utilizada apenas como última ratio, ou seja, quando todos os outros mecanismos de controle social forem insuficientes para proteger o bem jurídico tutelado. Dessa forma, a pena deve ser proporcional à gravidade da infração, garantindo que sua aplicação respeite princípios como a fragmentariedade e a subsidiariedade.

O princípio da fragmentariedade estabelece que o Direito Penal deve ser restrito às condutas mais graves, atuando de maneira seletiva e intervindo somente quando há uma ameaça real a bens essenciais. Já o princípio da subsidiariedade determina que a sanção penal deve ser empregada apenas quando outras esferas do Direito, como o Direito Civil e o Direito Administrativo, forem incapazes de tutelar o bem jurídico em questão. Esses dois princípios reforçam a ideia de que a punição penal não deve ser utilizada de forma indiscriminada, evitando o excesso de criminalização.

As funções do bem jurídico desempenham um papel essencial na estruturação do Direito Penal. A primeira delas é a função de garantia, que limita o poder punitivo do Estado. Isso significa que somente condutas que lesionem ou coloquem efetivamente em perigo um bem jurídico relevante devem ser criminalizadas. Essa função tem um caráter político-criminal e impede que o legislador tipifique infrações sem justificativa legítima. Dessa forma, o Direito Penal deve ser a última instância de controle social, sendo acionado apenas quando outros meios não forem suficientes para a proteção do bem jurídico.

Outra função relevante é a função teleológica ou interpretativa, que estabelece que a interpretação das normas penais deve sempre levar em conta o bem jurídico protegido. Assim, a aplicação e a exegese das normas penais devem estar alinhadas com a finalidade de proteção ao bem jurídico, garantindo que sua interpretação não amplie indevidamente a incidência do Direito Penal. Além disso, a função individualizadora permite que o grau de lesão ao bem jurídico influencie a dosimetria da pena, garantindo proporcionalidade na fixação da sanção. Por fim, a função sistêmica contribui para a organização lógica dos tipos penais dentro do ordenamento

jurídico, estruturando a parte especial do Código Penal de maneira coerente e evitando a sobreposição de normas ou lacunas no sistema.

A Teoria do Bem Jurídico também se relaciona com o princípio da proporcionalidade, que exige que as penas sejam compatíveis com a gravidade da infração cometida. Para Roxin, o Estado não pode aplicar sanções desproporcionais ou excessivamente rigorosas, sob pena de transformar o Direito Penal em um instrumento de repressão descontrolada. Dessa forma, a graduação das penas deve ser baseada em critérios racionais, considerando o impacto concreto da conduta criminosa sobre o bem jurídico protegido.

No Brasil, a aplicação da Teoria do Bem Jurídico tem sido tema recorrente em discussões legislativas e jurisprudenciais. O fortalecimento do punitivismo e a criação de novos tipos penais muitas vezes desconsideram os princípios dessa teoria, resultando na ampliação excessiva da intervenção penal do Estado. A criminalização desmedida e o endurecimento das penas, sem a devida fundamentação técnico-jurídica, podem comprometer a racionalidade do sistema penal e gerar efeitos colaterais negativos, como o aumento da população carcerária sem impacto real na redução da criminalidade.

A Teoria do Bem Jurídico, portanto, oferece um critério fundamental para a construção de um Direito Penal racional e eficaz. Ao limitar a intervenção do Estado à proteção de bens essenciais e estabelecer diretrizes para a proporcionalidade das penas, essa teoria busca garantir que a função punitiva seja exercida de maneira equilibrada e legítima. No entanto, quando tais princípios são ignorados, há o risco de um expansionismo penal descontrolado, no qual a criminalização passa a ser utilizada como um mecanismo simbólico de resposta a pressões sociais, sem necessariamente contribuir para a efetiva proteção dos bens jurídicos.

Diante disso, a Teoria do Bem Jurídico de Roxin continua sendo um referencial essencial para o Direito Penal moderno, servindo como um balizador contra o abuso do poder punitivo e garantindo que a criminalização ocorra apenas quando estritamente necessária. Seu estudo e aplicação são fundamentais para a manutenção de um sistema penal justo, proporcional e eficaz, evitando excessos legislativos e punições desproporcionais que possam comprometer os direitos fundamentais dos indivíduos.

4. O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O Direito Penal Simbólico, também denominado Simbolismo Penal ou Direito Penal Demagógico, é um fenômeno que se caracteriza pelo uso do Direito Penal como resposta imediata a demandas sociais, sem necessariamente possuir um impacto concreto na redução da criminalidade. O termo surgiu na Alemanha na década de 1980, com estudiosos como Winfried Hassemer, e posteriormente passou a ser amplamente debatido no Brasil. Seu principal traço distintivo é a criação de normas punitivas que possuem forte apelo popular e político, mas que, na prática, não resultam em mudanças reais na segurança pública.

Esse fenômeno ocorre principalmente por meio da hipertrofia legislativa, ou seja, da criação de novas infrações penais ou do aumento das penas de crimes já existentes, muitas vezes sem um embasamento técnico-criminológico que justifique tais medidas. O objetivo principal do Direito Penal Simbólico não é prevenir delitos ou garantir uma punição mais eficaz, mas sim transmitir uma mensagem social e política, demonstrando que o Estado está tomando medidas "rígidas" para combater a criminalidade. No entanto, a realidade demonstra que o endurecimento das penas, por si só, não tem impacto significativo na redução dos índices criminais.

A função comunicativa do Direito Penal Simbólico é um dos seus principais aspectos. As normas criadas nesse contexto servem para acalmar a opinião pública e demonstrar uma resposta enérgica a determinados problemas sociais. No entanto, essa resposta não é acompanhada de uma análise empírica sobre a efetividade das medidas adotadas, resultando em leis que apenas inflamam o rigorismo penal sem enfrentar as causas estruturais da criminalidade. Essa abordagem punitivista, muitas vezes desprovida de efetividade, contribui para o aumento da população carcerária sem garantir a diminuição dos crimes.

O caráter político do Direito Penal Simbólico também merece destaque. Legisladores frequentemente recorrem ao endurecimento penal como estratégia para reforçar sua popularidade e demonstrar comprometimento com a segurança pública. Essa prática leva à criação de leis penais excessivamente severas, sem um estudo aprofundado sobre suas consequências. O resultado é um sistema penal cada vez mais sobrecarregado, sem que haja um impacto real na redução da criminalidade ou na proteção dos bens jurídicos fundamentais.

Outro problema gerado pelo Direito Penal Simbólico é o desvio de foco das políticas criminais realmente eficazes. Em vez de investir em medidas preventivas,

como educação, programas de ressocialização e fortalecimento da rede de proteção às vítimas, o Estado opta pelo caminho mais simples e popular: o endurecimento das penas. Essa lógica ignora o fato de que o aumento da punição não altera as dinâmicas sociais que levam à prática de crimes, especialmente quando a fiscalização e a aplicação da lei são deficientes.

Além disso, a hipervalorização do Direito Penal como solução para todos os problemas sociais pode gerar distorções graves no ordenamento jurídico. O uso excessivo do Direito Penal para tratar questões complexas resulta na banalização da pena privativa de liberdade, aumentando o encarceramento em massa e sobrecarregando o sistema penitenciário. A crença equivocada de que a punição mais severa é sempre a melhor resposta ignora a necessidade de políticas públicas que atuem nas raízes da criminalidade, como desigualdade social, falta de oportunidades e impunidade nos níveis iniciais da violência.

Diante desse cenário, o Direito Penal Simbólico representa um risco para a coerência e a racionalidade do sistema penal. Ao invés de se basear em princípios dogmáticos sólidos, como o princípio da proporcionalidade e a Teoria do Bem Jurídico, ele se torna um instrumento de manipulação política e midiática. Isso reforça a necessidade de uma abordagem mais criteriosa na formulação das normas penais, garantindo que a legislação seja realmente eficaz na proteção dos bens jurídicos essenciais e não apenas uma resposta superficial a pressões sociais momentâneas.

5. ANÁLISE CRÍTICA DA DISPARIDADE PUNITIVA NO FEMINICÍDIO

A recente alteração legislativa que elevou a pena do feminicídio para um patamar superior ao do homicídio qualificado levanta sérias discussões à luz da Teoria do Bem Jurídico de Claus Roxin. Segundo essa teoria, o Direito Penal deve atuar exclusivamente para proteger bens jurídicos essenciais, garantindo proporcionalidade e coerência na aplicação das penas. O bem jurídico vida, independentemente do gênero da vítima, possui igual valor dentro do ordenamento jurídico, o que torna questionável a disparidade punitiva imposta pela Lei nº 14.994/2024.

O homicídio qualificado, que protege o mesmo bem jurídico vida, possui pena de 12 a 30 anos de reclusão. Já o feminicídio, modalidade de homicídio qualificado quando cometido contra mulheres em razão do gênero, passou a ter pena mínima de 20 anos e máxima de 40 anos. Esse descompasso ignora o princípio da

proporcionalidade, pois estabelece uma punição significativamente mais severa para um mesmo resultado – a privação da vida –, sem justificativa dogmática plausível.

Além disso, ao estabelecer penas desproporcionais, a nova legislação contraria o princípio da isonomia penal. A Constituição Federal assegura a igualdade entre os indivíduos perante a lei, o que significa que crimes com o mesmo resultado e gravidade devem ser punidos de forma equivalente. Ao criar uma diferenciação excessiva na punição do homicídio com base exclusivamente no gênero da vítima, o legislador rompe com a lógica sistemática do Direito Penal e cria um tratamento desigual sem fundamentação técnico-jurídica suficiente.

A Teoria do Bem Jurídico reforça que a pena deve ser fixada com base na necessidade concreta de proteção do bem tutelado e na gravidade da conduta. No entanto, ao se estabelecer um aumento tão expressivo na pena do feminicídio, não se observa uma maior proteção à vida feminina, mas sim um endurecimento punitivo descolado de evidências sobre sua eficácia. Isso demonstra que a alteração legislativa se alinha mais a um Direito Penal Simbólico do que a uma política criminal eficaz.

A elevação da pena do feminicídio para até 40 anos insere-se no contexto do Direito Penal Simbólico, pois busca atender ao clamor social por justiça, sem que haja comprovação de que essa medida contribuirá para a redução da violência de gênero. O aumento da punição transmite a ideia de que o Estado está agindo contra o feminicídio, mas desconsidera fatores estruturais que perpetuam a violência contra a mulher, como a falta de medidas preventivas eficazes e o baixo índice de resolução desses crimes.

Outro ponto característico do Direito Penal Simbólico presente nessa alteração legislativa é a criação de um impacto midiático e político, sem necessariamente resultar em efeitos práticos concretos. O endurecimento da pena pode gerar a falsa sensação de que o problema está sendo resolvido, desviando a atenção da necessidade de aprimoramento de políticas públicas voltadas à proteção das vítimas, como abrigos seguros, campanhas educativas e melhoria dos serviços de denúncia e atendimento.

Além disso, a lógica punitivista do Direito Penal Simbólico desconsidera que o aumento da pena, por si só, não altera as dinâmicas sociais que levam à prática do feminicídio. Estudos criminológicos demonstram que a certeza da punição é um fator de maior impacto na prevenção do crime do que a severidade da pena. Assim, a ampliação do tempo de reclusão, sem investimentos na efetiva aplicação da lei e no

fortalecimento das instituições de combate à violência, tende a se tornar uma medida meramente simbólica.

Por fim, ao invés de concentrar esforços apenas na repressão, uma abordagem eficaz contra o feminicídio deveria combinar a aplicação rigorosa das normas já existentes com políticas públicas que enfrentem as causas da violência de gênero. O uso do Direito Penal como resposta única para questões sociais complexas é uma estratégia limitada, e o endurecimento punitivo do feminicídio parece mais uma reação imediatista do que uma solução planejada e fundamentada para a erradicação desse tipo de crime.

6. CONCLUSÃO

A recente alteração legislativa que aumentou a pena do feminicídio para um patamar superior ao do homicídio qualificado levanta discussões fundamentais sobre a proporcionalidade e coerência do sistema penal brasileiro. O feminicídio, desde sua introdução no Código Penal pela Lei nº 13.104/2015, já era tratado como uma qualificadora do homicídio, inserida no rol dos crimes hediondos. No entanto, a elevação da pena mínima para 20 anos e máxima para 40 anos na Lei nº 14.994/2024 ampliou ainda mais a disparidade punitiva em relação ao homicídio qualificado, cuja pena varia entre 12 e 30 anos. Essa diferença penal desafia princípios fundamentais do Direito Penal e exige uma análise aprofundada à luz da Teoria do Bem Jurídico e do Direito Penal Simbólico.

A Teoria do Bem Jurídico, formulada por Claus Roxin, estabelece que o Direito Penal deve ser utilizado apenas para proteger bens jurídicos essenciais, evitando punições desproporcionais ou desvinculadas de uma necessidade real de tutela. Nesse sentido, a vida é um bem jurídico que deve ser protegido de maneira igualitária, independentemente do gênero da vítima. O fato de o feminicídio ter uma pena superior ao homicídio qualificado representa uma violação ao princípio da isonomia penal, pois cria uma proteção penal diferenciada para vítimas de um mesmo crime. Essa assimetria punitiva levanta questionamentos sobre a constitucionalidade da nova legislação e sua compatibilidade com os princípios estruturantes do Direito Penal.

O aumento excessivo da pena do feminicídio também contraria o princípio da proporcionalidade, uma vez que crimes com o mesmo resultado — a privação da vida — deveriam ser punidos com rigor semelhante. Ao estabelecer uma pena mínima de 20 anos para o feminicídio, o legislador criou um descompasso punitivo em relação a

outras modalidades de homicídio, sem uma justificativa técnico-jurídica plausível. Isso gera uma incoerência dentro do próprio sistema penal, pois crimes como latrocínio e homicídio qualificado, que também envolvem a morte da vítima, possuem penas inferiores ou equivalentes ao feminicídio.

O endurecimento da pena do feminicídio se alinha à lógica do simbolismo penal, no qual o Direito Penal é utilizado mais como uma ferramenta de resposta política e midiática do que como um instrumento efetivo de controle da criminalidade. O aumento da punição transmite à sociedade a impressão de uma resposta rigorosa do Estado, mas não há evidências concretas de que essa medida resultará na redução dos crimes de feminicídio.

O caráter simbólico dessa alteração legislativa fica evidente quando se observa que o aumento da pena não foi acompanhado de políticas públicas eficazes para combater a violência de gênero. O feminicídio é um fenômeno complexo, que envolve fatores estruturais como desigualdade de gênero, impunidade e dificuldades no acesso à justiça por parte das vítimas. O simples aumento da pena não resolve essas questões, pois a efetividade da norma depende da sua aplicação concreta e do fortalecimento da rede de proteção às mulheres.

Além disso, a priorização do endurecimento penal em detrimento de políticas preventivas demonstra uma falha na estratégia estatal de enfrentamento à violência de gênero. Medidas como ampliação do acesso a casas de acolhimento para vítimas, aperfeiçoamento dos mecanismos de denúncia e investimento na formação de agentes públicos para lidar com casos de violência doméstica são estratégias mais eficazes para prevenir feminicídios do que o mero aumento de pena. No entanto, essas medidas preventivas frequentemente são deixadas de lado em favor de soluções punitivistas mais fáceis de serem adotadas pelo legislador.

O risco de superlotação carcerária decorrente do endurecimento da pena sem critérios claros de aplicabilidade. O Brasil já enfrenta uma crise no sistema penitenciário, com unidades superlotadas e sem estrutura adequada para a ressocialização dos condenados. O aumento excessivo da pena do feminicídio pode resultar em um número ainda maior de presos em longos períodos de reclusão, sem que isso tenha um impacto real na redução dos crimes de gênero.

Além do impacto carcerário, a nova legislação pode gerar dificuldades na dosimetria da pena e na aplicação prática das normas penais. Juízes podem se deparar com situações em que a pena para um feminicídio seja superior à de crimes

mais violentos ou cruéis, o que compromete a coerência do sistema jurídico. O Direito Penal deve ser aplicado de forma equilibrada e racional, garantindo que as sanções sejam proporcionais à gravidade dos delitos. Quando a legislação cria uma diferenciação exagerada na punição sem justificativa técnico-jurídica, há um risco de desorganização do ordenamento penal e de aplicação injusta das normas.

Dessa forma, conclui-se que o aumento da pena do feminicídio para até 40 anos não se sustenta sob a ótica da Teoria do Bem Jurídico nem da proporcionalidade penal. O feminicídio deve ser punido com severidade, mas dentro dos parâmetros estabelecidos para outros homicídios qualificados, evitando a criação de assimetrias injustificadas dentro do próprio Código Penal. O combate à violência de gênero exige um conjunto de medidas articuladas, combinando repressão eficaz com prevenção estruturada. O mero endurecimento da pena, quando dissociado de estratégias preventivas e da efetiva aplicação da lei, não se traduz em maior segurança para as mulheres e pode acabar sendo apenas um mecanismo simbólico, sem impacto real na redução dos feminicídios.

A recente modificação legislativa representa um exemplo claro de Direito Penal Simbólico, utilizado como resposta imediata a pressões sociais, mas sem um estudo aprofundado sobre seus efeitos. O caminho mais eficaz para o combate à violência contra a mulher passa pela aplicação rigorosa das leis já existentes, pelo fortalecimento da rede de proteção às vítimas e pela implementação de políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. O Direito Penal deve ser um instrumento de tutela dos bens jurídicos essenciais, mas não pode ser utilizado de forma desproporcional ou simbólica, sob o risco de comprometer sua função primordial dentro do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto**. Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

COSTA, Alexandre Morais da Rosa; ANDRADE, Thiago Bottino de. **Direito Penal e Processo Penal: uma abordagem crítica.** Florianópolis: Empório do Direito, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2022.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Simbólico**. São Paulo: RT, 1994.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: RT, 2021.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema do Direito Penal.** São Paulo: Editora RT, 2018.

SANTORO FILHO, Adalberto José Q. **Direito Penal Simbólico e a Função da Pena**. São Paulo: Atlas, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

RACISMO E AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA AÇÃO COLETIVA NO COMBATE A PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS

RACISM AND PUBLIC CIVIL ACTION: ANALYSIS OF THE APPLICABILITY OF COLLECTIVE ACTION IN THE FIGHT AGAINST DISCRIMINATORY PRACTICES

Alice Lopes Mattos[1]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de se utilizar a ação civil pública, principal ação do processo coletivo, na repressão e combate a práticas discriminatórias em face dos negros. A pesquisa inicia analisando-se o conceito do racismo - conceito esse que pode ser empregado mesmo não existindo raças na concepção científica, pois se trata de uma questão social e política - e sua estruturação na sociedade brasileira, ultrapassando o período escravagista e estando presente até os dias atuais. Observa-se que nesse caminho foi necessário ultrapassar o mito da "democracia racial", onde se acreditava não existir preconceito contra os negros, para, reconhecendo o problema, serem criados instrumentos de combate ao racismo, destacando-se o mandado de criminalização previsto no artigo 5° da Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido, analisa-se, na segunda parte do artigo, as ações coletivas, que também ganharam maior importância com a Constituição Federal de 1988, a partir da qual foi criado o microssistema do processo coletivo. Destaca-se a Ação Civil Pública, criada antes mesmo da Constituição Federal de 1988, que devido à sua abrangência e características pode ser utilizada no combate ao racismo. Dessa forma, foram observados casos em que os legitimados ajuizaram Ações Civis Públicas para reprimir e coibir práticas racistas, uma vez que se observa que manifestações com cunho discriminatório ferem os direitos de toda uma coletividade, podendo, assim, ser objeto do processo coletivo.

Palavras-chave: Racismo, Processo Coletivo, Ação Civil Pública.

Abstract: This article aims to analyze the possibility of using public civil action, the main action of the collective process, in the repression and combat of discriminatory practices in the face of blacks. Thus, the research begins by analyzing the concept of racism - a concept that can be used even if there are no races in the scientific conception, as it is a social and political issue - and its structuring in Brazilian society, going beyond the period slavery and being present to the present day. It is observed that, in this way, it was necessary to overcome the myth of "racial democracy", where it was believed that there is no prejudice against blacks, in order, recognizing the problem, to create instruments to combat racism, highlighting the warrant of criminalization provided for in article 5 of the Federal Constitution of 1988. In the same sense, collective actions are analyzed in the second part of the article, which also gained greater importance with the 1988 Federal Constitution, from which the microsystem was created. of the collective process. Noteworthy is the Public Civil Action, created even before the Federal Constitution of 1988, which due to its scope and characteristics can be used to combat racism. In this way, cases were observed

[1] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: lopesmattosa@gmail.com.

in which the legitimates, filed Public Civil Actions to repress and curb racist practices, since it is observed that demonstrations with a discriminatory nature hurt the rights of an entire community, and can thus be object of the collective process.

Keywords: Racism, Collective Process, Public Civil Action.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, no Brasil, pessoas negras foram tratadas como objetos e animais e identificadas como “inferiores” às demais, situação essa que não se encerrou com a abolição da escravidão em 1888. De propriedade de senhorios, os negros passaram a ser pessoas livres, mas marginalizadas, pois sua mão de obra foi substituída pela de imigrantes europeus, fazendo os ex-escravos ficarem sem emprego, sem sustento e sem condições de melhorarem de vida. Nessa toada, criou-se a ideia de negro “vadio” – daí se deu a criação da infração de “vadiagem” – inapto ao trabalho, dentre outros estigmas que acompanham a imagem da pessoa negra.

No entanto, tal sistema de estigmatização e marginalização do negro sempre foi imperceptível às autoridades e elites brasileiras, as quais consideravam que, pelo fato de não ter havido em nossa história um regime de segregação racial explícito como nos Estados Unidos e África do Sul, o nosso sistema seria mais benéfico aos negros. Daí surge o “mito da democracia racial” que, em síntese, consiste na ideia de em nosso país não existir racismo, pois somos uma nação miscigenada formada por negros, índios e descendentes de europeus. Tal visão impediu por muito tempo que a temática racial fosse tratada pelas autoridades e o racismo fosse combatido como um problema, uma vez que não se pode combater aquilo que não existe.

Tal situação começou a mudar na segunda metade do século XX, momento a partir do qual surgiram alguns diplomas normativos que criminalizavam práticas racistas. O ápice do combate ao racismo adveio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento a partir do qual o crime de racismo virou imprescritível e inafiançável, previsão que se encontra no rol de direitos fundamentais do artigo 5°.

No entanto, mesmo com a existência de previsões que criminalizam práticas discriminatórias contra os negros, tais condutas continuam persistindo, sendo quase diário relatos e vídeos na internet que demonstram que o racismo, mais do que ser uma questão de um indivíduo contra o outro, é uma questão estrutural, que perpassa todas as instituições e camadas sociais. Nesse contexto, o Direito surge cada vez mais como um instrumento para repelir tais atitudes discriminatórias.

A partir disso, considerando a importância de construirmos uma sociedade igualitária e sem preconceitos (objetivo da nossa Constituição Federal) e considerando que o combate ao racismo se mostra como uma questão difusa, indaga-se: o processo coletivo pode e vem sendo aplicado em questões de combate ao racismo?

Dessa forma, este trabalho objetiva analisar a aplicabilidade da ação civil pública, principal ação do processo coletivo, como instrumento de combate ao racismo, analisando-se casos práticos sobre o assunto.

A estratégia da pesquisa é explicativa, na medida em que se verifica o papel do negro na sociedade brasileira desde o período escravocrata, o tratamento que lhe foi dispendido e os reflexos na construção de uma sociedade racista, estudando os instrumentos normativos criados para combater o racismo, bem como analisando casos em que práticas racistas são consideradas um problema coletivo, sendo processadas através da Ação Civil Pública. Os subsídios teóricos-metodológicos acompanharam o método dedutivo, tendo como método auxiliar o histórico e bibliográfico, tendo em vista que se abordaram acontecimentos históricos, assim como a presente pesquisa foi elaborada a partir de livros, artigos, dados publicados e uma breve pesquisa jurisprudencial.

Em relação à sua estrutura, o trabalho encontra-se dividido em dois tópicos principais. No primeiro capítulo, com abordagem essencialmente teórica, observam-se os eventos históricos que culminaram na estrutura racial existente atualmente, destacando-se os diplomas normativos criados em nosso ordenamento jurídico para punir práticas racistas. Por sua vez, o segundo capítulo é iniciado com breves apontamentos sobre processo coletivo, a fim de situar o leitor ao falar da Ação Civil Pública. Na sequência, são tratados casos práticos em que foram ajuizadas Ações Civis Públicas como forma de punir práticas racistas.

A partir disso, a presente pesquisa tem por fim lançar um olhar sobre tais discussões, observando-se que o racismo, um tema que perpassa diversos níveis da sociedade, pode ou não ser combatido através de uma ação tão importante da Ação Coletiva como a Ação Civil Pública.

2. RACISMO COMO UM PROBLEMA E UM TRAÇO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 82.424, em 2004 – Caso Ellwanger[2] – concluiu que inexiste subdivisão da raça humana, não havendo diferenças biológicas entre seres humanos por causa da cor da sua pele, cor dos olhos ou quaisquer outras características físicas, sendo a divisão dos seres humanos em raças resultante de uma questão político-social[3]. Tal entendimento, mais do que estar amparado na ciência, vai ao encontro da nossa realidade social e histórica, ao observarmos eventos como a Segunda Guerra Mundial que, com a ideia de supremacia da Alemanha Nazista em detrimento dos judeus, demonstrou que raça é essencialmente um elemento político (ALMEIDA, 2018, p. 24).

No entanto, conforme Ministro Celso de Mello asseverou na oportunidade, mesmo existindo somente uma raça humana, ainda é condenável a ofensa à dignidade humana pela prática de racismo. Mas o que seria racismo? O Pretório Excelso concluiu, no julgamento do Habeas Corpus referido, que para a construção da definição jurídico-constitucional do termo "racismo", faz-se necessária realizar uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, conjugando fatores e circunstâncias políticas, históricas e sociais, devendo-se, ainda, compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos existentes.

Silvio Almeida (2018), em sua obra "Racismo Estrutural", destaca a existência de três concepções do racismo. A primeira é a concepção individualista que consiste num "fenômeno ético ou psicológico de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados; ou ainda, a uma 'irracionalidade', a ser combatida no campo jurídico" (ALMEIDA, 2018, p. 28). A segunda concepção é a institucional, onde, em síntese, o racismo aparece como um resultado do funcionamento das instituições gerando, indiretamente, desvantagens e privilégios devido à raça, não se resumindo a comportamentos individuais (ALMEIDA, 2018, p. 29). Por fim, ainda existe a terceira concepção de racismo, qual seja, a estrutural, onde o racismo consiste em elemento

[2] HC 82.424, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, P, DJ de 19-3-2004.
[3] Trecho voto Ministro Celso de Melo: "Eis porque, Senhor Presidente, a noção de racismo (...) não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e subjugação social, (...) " (p.102).

que estrutura a sociedade brasileira, que influencia todos os setores da vida de uma pessoa negra, conforme bem elucida Silvio Almeida (2018, p. 60):

> Assim como o privilégio faz de alguém branco, são as vantagens sociais e as circunstâncias histórico-culturais, e não somente a cor da pele, que fazem de alguém negro. A cor da pele ou práticas culturais são apenas dispositivos materiais de classificação racial que fazem incidir o mecanismo de distribuição de privilégios e de desvantagens políticas, econômicas e afetivas.

Essa concepção de racismo estrutural consegue ser melhor compreendida se observarmos a história brasileira. O negro chegou ao Brasil através do tráfico de escravos oriundo do continente africano. Durante os três séculos em que perdurou o sistema escravagista, os negros eram tratados como mercadoria, sendo comercializados e anunciados em jornais. NÓBREGA e DAFLON (2009, p. 7) apontam que devido a essa desumanização do negro escravo é que ocorriam graves castigos, não havia o fornecimento de uma alimentação adequada, além de submetê-los a senzalas com precariedade física e sanitária, havendo um constante desrespeito à sua cultura, vida familiar e religiões.

A abolição da escravatura ocorreu em 13 de maio de 1888, a partir de projeto de lei criado por um ministério conservador, liderado por fazendeiros que, anteriormente, haviam lutado pela manutenção da escravidão e somente mudaram de posição por entenderem que a substituição de escravos por trabalhadores livres seria benéfica (SKIDMORE, 2012, p. 53). Assim, a motivação da abolição da escravatura não se deu por benevolência aos negros, tampouco pelo ideal de igualdade, mas sim pela ideia de que os trabalhadores livres seriam menos caros e mais eficientes que os escravos, além de que a abolição manteria o governo sob o controle da elite agrária, impedindo a ascensão dos poderes abolicionistas que emergiam cada vez mais e poderiam ter ideias ainda mais radicais (SKIDMORE, 2012, p.53).

Com isso, milhares de escravos foram considerados livres, mas não lhes foi dado nenhuma infraestrutura ou base para que pudessem iniciar as suas vidas de forma autônoma. De acordo com Azevedo (2006, p.15), a eliminação da condição legal de escravo não incluiu uma luta pelos direitos civis dos negros, e muito menos uma distribuição do poder político. O negro, no Brasil pós-abolição, foi submetido à pobreza, teve seus costumes e tradições marginalizados (como a capoeira, por exemplo, que era expressamente criminalizada no Código Penal de 1890), além de ter sido objeto de diversas teorias científicas racistas.

Azevedo (1987, p.62) afirma que a inferioridade racial em termos biológicos começou a ser atribuída aos africanos principalmente a partir do século XIX, ocasião em que se iniciaram experimentos científicos com cérebros humanos e foram publicados tratados sobre as diferenças das raças humanas e suas distintas aptidões naturais. No Brasil, as teorias etnológica-biológica, escola histórica e o darwinismo social ganharam força, uma vez que consistiam num fundamento científico para o sistema social racista que aqui vigorava (SKIDMORE, 2012). Dessas, a teoria que mais se destacou foi o Darwinismo Social, uma vez que, conforme apontado por Hannah Arendt (1989, p. 208), essa teoria forneceu "a partir da ideia de hereditariedade, as armas ideológicas para o domínio de uma raça ou de uma classe sobre a outra, podendo ser usado tanto a favor como contra a discriminação racial". No Brasil, tais teorias também fundamentavam as teorias eugenistas existentes, que sustentavam que, com a reprodução entre pessoas brancas e negras, o país viraria, em pouco tempo, uma nação predominantemente branca. Em síntese,

> a ideia da inferioridade moral do negro e do indígena estava por trás das doutrinas religiosas que foram utilizadas para legitimar a escravidão; a noção da indolência dos membros desses grupos era referendada por teorias científicas que motivaram políticas migratórias que procuravam substituir o trabalhador nacional pelo trabalhador estrangeiro; a associação entre feiura e negritude preocupava as autoridades que promoveram políticas eugênicas destinadas à eliminação da influência africana na nação brasileira, o que era visto como condição para o progresso nacional. (MOREIRA, 2019, p.64).

Ou seja, todas as medidas adotadas, mesmo quando pareciam serem feitas com intuito aparentemente altruísta (por exemplo, catequizar indígenas e negros) tinham por intuito exterminar a cultura, costumes e fenótipo originário, para substituí-lo por aquele que consideravam o melhor padrão para o progresso: o branco europeu.

Com a Segunda Guerra Mundial, as teorias científicas racistas caíram por terra. Na década de 60, o sistema de segregação racial dos Estados Unidos foi extinto. Mas no Brasil as coisas não mudaram, na medida em que aqui, em que pese todo o sistema racista vigente, tal não era reconhecido, pois se considerava que vivíamos numa "democracia racial" onde brancos, negros e indígenas viviam em harmonia.

A primeira legislação existente para combater práticas discriminatórias foi a Lei n° 1390, publicada em 3 de julho de 1951 e conhecida como a "Lei Afonso Arinos". Tal norma incluía entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de

preconceito de raça ou de cor (BRASIL, 1951)[4]. Tal lei foi editada após um hotel de São Paulo ter recusado hospedar a bailarina negra estadunidense Katherine Dunham, que estava em turnê no país (SKIDMORE, 2012, p. 291). Tal lei vedava algumas condutas, como recusar alguém em hotel, pensão, hospedagem ou estabelecimento por preconceito de raça ou de cor (artigo 2°); recusar entrada em estabelecimento público de diversões ou esporte, bem como em salões de barbearias ou cabelereiros por preconceito de raça ou de cor (artigo 4°); dentre outras. No entanto, mesmo com a previsão de tais condutas como contravenções penais sujeitas a pena de multa ou prisão simples de até um ano, tal texto não teve plena efetividade, visto que não havia nenhuma iniciativa oficial para investigar casos de discriminações em hotéis (SKIDMORE, 2012, p. 291), além de tal lei consistir numa medida isolada. Isso porque,

> Embora os observadores mais experientes afirmem que o Brasil do pós-guerra teve poucos casos de discriminação explícita como os que foram proibidos pela Lei Afonso Arinos, os políticos brasileiros mostravam uma notável falta de interesse em promover ativamente a ascensão social e econômica dos não brancos. A maior parte da elite continuou a acreditar que o fato de os brasileiros de pele escura não ascenderem na escala socioeconômica podia ser atribuído a barreiras de classe e não de raça. Como essas barreiras ainda existem para milhões de brasileiros 'brancos', os governantes podiam facilmente rejeitar a ideia (embora a questão praticamente nunca fosse abordada) de oferecer ajuda especial a uma minoria racial (SKIDMORE, 2012, p. 291).

Na sequência, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965 foi ratificada pelo Brasil em 1968, a qual enuncia, em seu preâmbulo, o seguinte

> (...) que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum.

Além disso, tal Convenção define, em seu artigo primeiro, o conceito de discriminação racial[5], bem como determina que todos os Estados Partes

[4] Em 20 de dezembro de 1985, foi promulgada a Lei n° 7.437, que dava nova redação à Lei Afonso Arinos.

[5] Artigo I - 1. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

comprometem-se a adotar políticas de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas (artigo 2°), devendo proibir e eliminar nos territórios práticas como Apartheid e Segregação Racial (Artigo 3°), dentre outras previsões.

Contudo, o ápice do combate ao racismo em nosso ordenamento jurídico se deu com a previsão, no rol dos direitos fundamentais do artigo 5°, do mandado de criminalização que determina que o racismo é crime imprescritível e inafiançável, sujeita à pena de reclusão. Tal inciso foi incluído na Constituição Federal com a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó, apresentada em 12.01.1988, com a seguinte justificação:

> Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime (Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 82.424, 2004, p. 13).

Ou seja, pela primeira vez uma norma jurídica interna reconheceu o Brasil como uma sociedade discriminatória contra os negros, situação essa que não se encerrou com a abolição da escravatura, pelo contrário. A estrutura racista se mantinha e atingia a população negra de diferentes formas e em diferentes âmbitos.

Importante notar que essa visão só foi reconhecida e incluída na Constituição Federal após uma forte luta dos movimentos negros no Brasil para desmistificar o Mito da Democracia Racial, tais como a Frente Negra Brasileira, União dos Homens de Cor, o Teatro Experimental do Negro e outras centenas de comunidades quilombolas e de comunidades religiosas e de matriz africana (CONSELHO NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL, 2003, p. 13).

Por ser norma de aplicabilidade limitada, o artigo 5°, inciso XLII precisou ser regulamentado pela Lei n° 7.716/1989, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Em 22 artigos, a conhecida “Lei Caó” definiu algumas condutas típicas que vedam práticas racistas, como obstar o acesso a oportunidades de emprego (artigos 3°, 4° e 13), a estabelecimentos (artigos 5°, 7°, 8°, 9° e 10) e até mesmo obstaculizar o acesso a estabelecimento de ensino (art. 6°). Posteriormente, foi acrescido o artigo 20 e seus parágrafos, que dispõe como crime, em seu caput, a conduta de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor,

etnia, religião ou procedência nacional". Ainda, o seu parágrafo 2° prevê que esse crime é qualificado quando cometido por intermédio dos meios de comunicação, o que vem ganhando destaque nos últimos anos devido a manifestações racistas na internet.

No Código Penal, por sua vez, havia a previsão do artigo 140, §3°, o qual, originalmente, tinha o seguinte texto: "Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem". Posteriormente à sua criação, tal previsão foi alterada pela Lei n° 10.741/2003 e, mais recentemente, pela Lei n. 14.532/2023, a partir do qual o tipo penal de injúria qualificada passou a tipificar somente as ofensas que utilizam elementos referentes à religião, condição de pessoa idosa ou com deficiência. Injúrias praticadas por motivos de raça, cor, etnia e procedência nacional passaram a ser punidas nos termos do art. 2º-A da Lei n. 7.716/1989, com pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa (maior que a prevista para a injúria qualificada do Código Penal de reclusão de 1 a 3 anos e multa). Porém, houve continuidade normativo-típica das condutas punidas como injúria racial com base no artigo alterado do Código Penal, não havendo que se falar em "abolitio criminis".

A injúria racial tem objetivo de proteger a honra subjetiva, diferenciando-se dos demais crimes de racismo que servem para proteger toda a coletividade com identificação racial de ofensas. De acordo com Santos (2007, p.4), o critério de aplicação de uma ou outra norma é o alcance das expressões, gestos ou qualquer outro modo de exteriorização do preconceito.

Com isso, a inserção do crime de injúria racial na Lei n. 7.716/1989, ocorrido pela Lei n. 14.532/2023, acabou com alguns debates e diferenciações que ocorriam em relação a esses crimes. Agora tanto a injúria racial, como os demais crimes da Lei de Racismo, são considerados imprescritíveis[6] e inafiançáveis, além de serem processados por meio de ações penais públicas incondicionadas.

Ainda, o Brasil firmou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, a qual foi incorporada ao direito interno com status de norma constitucional porque aprovada pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constitucional Federal, conforme o Decreto n. 10.932/2022. Em 2024, ainda, foi aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça o Protocolo para

[6] Antes mesmo de ser incluído na Lei n. 7.716/1989, o Supremo Tribunal Federal, em HC n. 154.248, julgado em 2021, decidiu que o crime de injúria racial era uma forma de racismo e por isso era imprescritível.

Julgamento com Perspectiva Racial, que visa, dentre outros fins, nortear a atuação de magistrados brasileiros em situações que envolvam questões raciais.

> Trata-se, portanto, de um documento que não orienta apenas o julgamento de processos que envolvem pessoas ou comunidades negras, como partes ou testemunhas, mas que tem o potencial de impulsionar uma mudança de postura do Judiciário brasileiro no sentido de aplicar as normas considerando as dinâmicas das relações raciais que se inscrevem na formação social brasileira, um movimento que reflete o compromisso com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que zela pelo diálogo intercultural e pelo respeito irrestrito a todas as pessoas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2024, p. 13).

A partir disso, verifica-se que, atualmente, há dispositivos que reconhecem a prática de condutas racistas, havendo também punição àqueles que as cometerem. No ponto, é importante notar que recentemente o Superior Tribunal de Justiça interpretou os diplomas mencionados, especialmente o crime de injúria racial, e decidiu que não se configura tal crime em relação a ofensas dirigidas a pessoas brancas exclusivamente por esta condição, tendo em vista que o racismo é um fenômeno estrutural que visa proteger grupos minoritários historicamente discriminados[7].

[7] DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INJÚRIA RACIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I. Caso em exame 1. Habeas corpus impetrado em favor de paciente acusado de injúria racial, com pedido de trancamento da ação penal, sob alegação de ausência de tipicidade da conduta e inépcia da denúncia. 2. A denúncia imputa ao paciente a prática de injúria racial por ofender a honra de terceiro, chamando-o de "escravista cabeça branca europeia", com base em mensagens enviadas por aplicativo de comunicação. 3. O Ministério Público do Estado de Alagoas ofereceu denúncia por injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, considerando a ação penal pública incondicionada. II. Questão em discussão 4. A questão em discussão consiste em saber se é possível que um homem negro pratique o crime de injúria racial contra uma pessoa branca, considerando a interpretação das normas de combate ao racismo e discriminação racial. III. Razões de decidir 5. A injúria racial, conforme o art. 2º-A da Lei n. 7.716/1989, visa proteger grupos minoritários historicamente discriminados, não se aplicando a ofensas dirigidas a pessoas brancas por sua condição.
6. O conceito de racismo reverso é rejeitado, pois o racismo é um fenômeno estrutural que historicamente afeta grupos minoritários, não se aplicando a grupos majoritários em posições de poder.
7. A interpretação das normas deve considerar a realidade concreta e a proteção de grupos minoritários, conforme diretrizes do Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial do Conselho Nacional de Justiça. IV. Dispositivo e tese 8. Ordem concedida de ofício para afastar a interpretação de existência do crime de injúria racial em ofensas dirigidas a pessoas brancas exclusivamente por esta condição, anulando todos os atos praticados no feito originário.
Tese de julgamento: "1. A injúria racial não se configura em ofensas dirigidas a pessoas brancas exclusivamente por esta condição. 2. O racismo é um fenômeno estrutural que visa proteger grupos minoritários historicamente discriminados." Dispositivos relevantes citados: Lei n. 7.716/1989, art. 2º-A; Código Penal, art. 140, § 3º.Jurisprudência relevante citada: HC n. 411.123/RJ, Ministro relator Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/3/2018; RHC n. 86.758/MT, Ministro relator Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/9/2017. (HC n. 929.002/AL, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 4/2/2025, DJEN de 10/2/2025.)

No entanto, em que pese esse arcabouço jurídico, é recorrente em nossa sociedade a discriminação, marginalização e preconceito em face de pessoas negras. Silvio Almeida (2018, p. 108) aponta, ao falar sobre a relação entre Direito e Racismo, que o Direito é a forma mais eficiente de combate ao racismo, pois pune criminal e civilmente os racistas, no entanto, ainda que possa introduzir mudanças superficiais na condição de grupos minoritários, faz parte da mesma estrutura social que reproduz o racismo enquanto prática política e ideologia.

Dessa forma, mesmo com os instrumentos e normas atualmente existentes, o racismo não é totalmente combatido pelo Direito, na medida em que, como observamos nesse capítulo, o racismo é um traço da história brasileira, sendo reiterado e fortificado por muitos anos. Com isso, a fim de dar uma resposta mais efetiva, deve-se observar se há possibilidade do direito coletivo, com seus instrumentos, principalmente com a Ação Civil Pública, entrar na luta de combate a esse problema social.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO UMA AÇÃO ANTIRRACISTA: CONCEITO E CASOS PRÁTICOS

3.1. Breves Apontamentos Sobre Processo Coletivo E Ação Civil Pública

Conforme ensinam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr (2014, p. 3), a Ação Coletiva é a demanda que dá origem a um processo coletivo e que afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passivamente. O processo Coletivo tem sua aplicabilidade em relação aos Direitos Transindividuais, os quais transcendem a esfera individual, sendo diversos e ao mesmo tempo a soma dos direitos subjetivos individuais. Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2017, p. 18) apontam que tais direitos foram consagrados principalmente a partir das segunda e terceira gerações de direitos humanos e são denominados como transindividuais por pertencerem a grupos, classes ou categorias extensas de pessoas, por vezes indetermináveis e, em alguns casos, por serem indivisíveis, não são passíveis de apropriação ou disposição individual.

A Lei de Ação Civil Pública é de 1985, mas foi com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que se criou um microsistema de proteção coletiva de direitos. De acordo com Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2017, p. 13), ao refletir sobre os progressos legais e doutrinários na defesa de direitos de matriz coletiva, a Constituição Federal de 1988 reformulou o princípio do acesso à

Justiça, pois as constituições anteriores declaravam que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual. Por sua vez, a Carta Magna de 1988 previu em seu artigo 5°, inciso XXXV, que não se poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sem mencionar se individual ou coletivo.

Segundo Luis Roberto Barroso (2015, p. 3), ao lado do controle de constitucionalidade, o processo coletivo se afigura como uma das formas mais importantes na proteção de direitos. Isso porque o processo coletivo se mostra como um importante instrumento de acesso à justiça àqueles direitos que não tem caráter subjetivo e, às vezes, podem ser menosprezados pelo ente público. Dessa forma, conforme sustentado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2011, p.62),

> temos que ter instrumentos exatamente que coloquem não apenas nas mãos do Estado a proteção da coletividade, mas em instituições que defendem a sociedade. Essa possibilidade de erguer bandeiras que ficariam talvez esquecidas e, portanto, não chegariam ao Judiciário, se não fosse a possibilidade exatamente de uma legitimação do Ministério Público, do sindicato, das associações etc (2011, p.62).

Ou seja, a tutela coletiva permite que novas questões sejam discutidas e julgadas pelo Poder Judiciário, na medida em que coloca como protagonistas instituições que têm por missão a proteção de direitos difusos ou coletivos, como Ministério Público, Defensoria Pública, associações, etc.

Assim como há diferentes legitimados, há diversos instrumentos para a tutela dos direitos coletivos, como Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular e, o mais comum, a Ação Civil Pública. Esse, conforme anteriormente mencionado, precede a Constituição Federal de 1988, pois foi prevista na Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, sendo a segunda lei a tratar sobre tutela de Direitos Difusos e Coletivos, pois a primeira foi a Lei de Ação Popular (Lei n° 4.717/1965). De acordo com Picon de Carvalho (2019, p.56), nessa lei existem os principais artigos a serem utilizados sobre a matéria de direitos difusos e coletivos, servindo como base para qualquer tipo de ação coletiva (exceto a Ação Popular) no que tange, por exemplo, a inquérito civil e o Termo de Ajustamento de Conduta.

Em que pese os 23 (vinte e três) artigos constantes na lei, é logo no início do texto normativo que são listadas algumas das matérias em relação às quais a Ação Civil Pública pode ser utilizada, como meio ambiente (artigo 1°, inciso I), consumidor

(artigo 1°, inciso II), bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (artigo 1°, inciso III), dentre outros. No entanto, é importante observar que esse rol não é taxativo.

O microssistema do processo coletivo conta com princípios específicos a ele aplicáveis e um dos principais é o da não-taxatividade da ação coletiva. Conforme apontado por Eneida Luzia de Souza Pinto (2007, p. 9), o princípio da não taxatividade aponta que qualquer tipo de direito coletivo em sentido amplo poderá ser tutelado por intermédio das ações coletivas, com base no arts. 5.º, XXXV, e 129, III, da CF/1988, e art. 1.º, IV, da LACP, não mais subsistindo, assim, a regra de taxatividade que ocorria no sistema anterior. A Lei n° 7.347/1985 não pode, no entanto, versar sobre os direitos relacionados a tributo, FGTS, Previdência e outros do gênero, pois há vedação expressa sobre essa matéria no parágrafo único do artigo 1° da referida lei.

Ainda, a Ação Civil Pública se destaca por ter um rol de legitimados que permitem uma ampla proteção dos bens jurídicos tutelados, como o Ministério Público (que, no caso de não ser parte, deverá intervir obrigatoriamente no processo como fiscal da lei), Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista. Por fim, a lei prevê também a legitimidade ativa da associação que esteja constituída há pelo menos 01(um) ano nos termos da lei civil e que inclua entre as suas finalidades institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A partir dessas ponderações, resta clara a importância e amplitude da Ação Civil Pública, principal instrumento para tutelar direitos de uma coletividade, permitindo que diversos órgãos e entidades garantam a proteção de bens e interesses difusos e coletivos.

3.2. Ação Civil Pública como instrumento de combate ao racismo

Conforme anteriormente apontado, a Ação Civil Pública serve para tutelar direitos além daqueles enumerados no artigo 1° da Lei n° 7.347/1985, o que já permitiria, assim, ser utilizada em casos de combate ao racismo. No entanto, em 2014, através da Lei n° 12.966, a Lei de Ação Civil Pública foi alterada, incluindo-se no seu campo de abrangência a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou

religiosos no rol de assuntos em que é cabível esse tipo de ação coletiva. Com isso, reconheceu-se a necessidade de mais do que ter normas de direito material, existirem instrumentos processuais a tutelar os direitos de minorias raciais e étnicas.

Na mídia, por exemplo, foram divulgados alguns casos em que foram ajuizadas Ações Civis Públicas a fim de combater práticas consideradas racistas.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública em face do influenciador digital Julio Cocielo[8]. Ao longo das 57 páginas da petição inicial, o Ministério Público do Estado de São Paulo apontou diversas publicações feitas pelo réu entre os anos de 2010 a 2018 com cunho racista, como as que se transcreve *ipsis litteris*: "Porque o Kinder ovo é Preto por fora e Branco por dentro?... porque se ele fosse Preto por dentro o brinquedinho seria roubado kkk"; "nada contra os negros, tirando a melanina..."; "eu queria ter gravado um vídeo sobre o dia da consciência negra, só que aí eu deixei quieto porque na cela não tem wi-fi". Além dessas, diversas outras publicações relacionadas ao continente africano foram publicadas. Mas a publicação que deu ensejo à investigação foi a realizada durante a Copa do Mundo de 2018, em que ao falar do jogador francês negro Kylian Mbappé e sua agilidade, mencionou que este poderia realizar "uns arrastão top", relacionando uma pessoa negra ágil a realizar assaltos, comentário esse que ganhou grande repercussão na época.

O Ministério Público argumentou, na petição inicial, que um dos modos mais eficientes de reforçar a desigualdade e exclusão da população negra é a repetição contínua e criativa de estereótipos em mídia de largo alcance. Ao argumentar sobre como as condutas do réu caracterizam responsabilidade civil passível de indenização, o Ministério Público teceu comentários sobre a possibilidade de caracterização de dano moral coletivo. Dessa forma, defendeu que toda uma coletividade, diante das ofensas praticadas pelo *youtuber*, foi ofendida e sofreu abalo em sua honra, dignidade e reputação, destacando, ainda, que a eventual indiferença do Direito poderia dispensar às expressões de racismo seria uma naturalização do fenômeno.

> Ao representar o negro como ladrão, macaco e eventual alvo de extermínio, Cocielo, além de incidir em conduta criminosa, reforça os estereótipos negativos associados à população negra, rebaixando o nível de sua

[8] O Ministério Público Federal também ajuizou Ação Penal em relação aos mesmos episódios, requerendo a condenação do influenciados nas sanções do art. 20 da Lei n. 7.716/1989. Nesse sentido, a seguinte notícia: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2024/01/03/mpf-pede-condenacao-de-influencer-julio-cocielo-por-preconceito.ghtml>. Acesso em 11.03.2025.

> autoestima e elevando o mal-estar e a reprovação da sociedade no geral" (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2018, p. 44).

A partir disso, postulou-se a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano social da quantia de R$ 7.498.302 (sete milhões, quatrocentos e noventa e oito mil, trezentos e dois reais), revertido em favor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos – FID. Destacou-se que a indenização não se presta exclusivamente à reparação da vítima pela lesão sofrida, pois a vítima é a sociedade difusamente considerada, mas também à coerção do agente lesivo.

O processo, distribuído em 2018, foi tombado sob o n. 1095057-92.2018.8.26.010 e a sentença prolatada em 07 de julho de 2021, julgando improcedente o pedido, tendo o julgador de primeiro grau fundamentado a sua decisão no seguinte sentido[9]:

> O requerido não agiu com dolo, culpa grave nem se apresenta como exemplo negativo, não é racista nem jamais defendeu o supremacismo racial, o que, na lição de Antonio Junqueira de Azevedo, descaracteriza a sua conduta como ensejadora de responsabilização civil por danos sociais (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2021, p. 19).

Não se localizou no site do Tribunal de Justiça acesso aos autos para se verificar se houve recurso ou mudança nesse entendimento.

No entanto, essa ação não se mostra isolada. Os meios de comunicação, infelizmente, são um espaço onde são proferidas diversas ofensas racistas e são perpetuados diversos estereótipos que menosprezam o negro e o colocam em situação de inferioridade.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal do Distrito Federal ajuizou Ação Civil Pública em face do canal de televisão e rádio Record Brasília. Na petição inicial constante na página eletrônica do Ministério Público Federal, consta que duas associações civis representaram ao órgão após episódio ocorrido em 09 de janeiro de 2017, onde o apresentador Marcos Paulo Ribeiro de Moraes, no programa Balanço Geral do Distrito Federal, chamou a cantora negra Ludmilla de "macaca". Segundo transcrição integral do episódio, o apresentador disse o seguinte: "É uma coisa que não dá pra entender. Era pobre, macaca, pobre, mas pobre mesmo. (...)". Na sequência, o apresentador acrescentou "Era um pobre, pé de cachorro, rapaz! Ah,

[9] A íntegra da decisão pode ser acessada no seguinte link: <https://www.migalhas.com.br/-arquivos/2021/7/F3846A4482428A_decisao-cocielo.pdf>. Acesso em 11.03.2025.

agora vem querendo humilhar os fãs, rapaz. Ah, toma vergonha, sua Ludmilla! Vira gente, rapaz!".

Na petição inicial, o agente ministerial apontou que a expressão "macaco" é uma das agressões verbais que mais simboliza a discriminação racial, pois diminui os negros pela cor de sua pele, constituindo desprezo e ataque injustificável à personalidade dos indivíduos. O uso dessa expressão causa sofrimento, constrangimento e profundo abalo moral, além de tentar impor superioridade em relação ao negro. Isso porque, conforme aduzido na petição, a nomenclatura "macaco" é um artifício historicamente utilizado por racistas para desumanizar as vítimas. O autor da ação apontou ainda que as expressões utilizadas ferem a dignidade da pessoa humana sob o prisma supraindividual, pois ofende a coletividade de pessoas negras, caracterizando, assim, danos morais coletivos. Destacou-se ainda que a demanda em questão não representa censura, pois há limites no exercício do direito da liberdade de expressão.

Nos pedidos, o órgão ministerial requereu, liminarmente, que a empresa ré promovesse a exibição, dentro do prazo máximo de 20 (vinte) dias, de programação com conteúdo voltado à antidiscriminação, à igualdade racial e à herança cultural e a participação da população negra na história do País, durante 10 (dez) dias úteis consecutivos, no mesmo programa, para os mesmos locais e mesmo horário, devendo cada inserção ter a duração de 3 (três) minutos ininterruptos. Ao final, requereu a confirmação da liminar deferida e a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser revertido ao fundo previsto no artigo 13 da Lei n° 7.34785 e utilizada para ações de promoção da igualdade étnica.

A petição inicial foi distribuída em 03 de abril de 2017, através do n° 0016710-22.2017.4.01.3400, na 9ª Vara Federal de Brasília, sendo indeferida a liminar postulada. Em pesquisa ao andamento processual no site PJE do Tribunal Regional Federal da 1ª Região verificou-se que o último andamento processual foi o retorno dos autos do CEJUSC, para o qual havia sido remetido para tentativa de conciliação.

Nesses dois casos retratados o racismo se manifestou através de piadas e comentários com teor jocoso, configurando o que se chama racismo recreativo. O humor racista, no entanto, conforme destacado por Adilson Moreira (2019, p. 58) não pretende fornecer apenas gratificação psicológica para pessoas brancas, mas também garantir a preservação de uma estrutura social baseada no privilégio racial,

necessitando, assim, uma constante circulação de estigmas sobre negros. Nos casos anteriormente narrados, ao se relacionar, em tom de humor, a pessoa negra com o fato de realizar assaltos e a expressão 'macaco', estigmas raciais são divulgados, reproduzidos e perpetuados na sociedade em veículos de notoriedade (redes sociais e televisão aberta).

No entanto, não somente em casos de racismo recreativo que houve o ajuizamento de Ação Civil Pública. Um caso emblemático e que teve grande repercussão na mídia foi referente à morte de João Alberto Silveira Freitas, homem negro, ocorrida nas dependências do supermercado da Rede Carrefour em Porto Alegre em 19.11.2020, após este ser agredido por diversos socos e chutes, tendo sido apontada como causa da sua morte a asfixia decorrente de parada cardíaca ou pressão no corpo. A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública em 25.11.2020 contra a Rede Carrefour, o Grupo Vector Segurança Patrimonial, e funcionários e sócios dessas instituições, onde requereu, dentre outros pedidos, a condenação dos réus de forma solidária ao pagamento de danos morais no âmbito coletivo na importância de R$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) e danos sociais na importância de R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), revertendo-se tais valores ao Fundo Municipal de Porto Alegre para a Proteção contra a Discriminação da população negra e Fundo Estadual de Defesa do Consumidor. Além disso, foi requerido que as demandadas apresentassem plano de combate ao racismo e ao tratamento discriminatório, no qual deveria estar inserida capacitação para atendimento ao público com abordagem sobre não discriminação racial e de gênero, atendimento à população carente, etc.

Na petição inicial de 96 páginas, a Defensoria Pública do Estado discorre sobre como o tratamento dado aos negros ao longo dos anos no Brasil – escravo, desumano, criminoso – culminou no episódio em questão.

> A morte de João Alberto é o somatório dos racismos individual, institucional e estrutural. Um branco não seria tratado daquela forma, a brutalidade da violência a que foi ostensivamente submetido bem indica uma autorização vigente há séculos quanto ao castigo público de corpos negros (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2020, p. 12).

Ainda, a instituição destacou o seguinte:

> O dano social causado a toda população brasileira, mas principalmente à população negra, é irrefutável. Os sentimentos de dor, revolta e injustiça, somados à constante sensação de medo precisam ser combatidos com ações concretas, entre elas, a alocação de recursos necessários para viabilização de políticas que de fato sejam capazes de romper com o racismo (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2020, p. 85).

A ação foi distribuída no 1º Juízo da 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, processado sob o n. 5106733-42.2020.8.21.0001. Também foi ajuizada a Ação Civil Pública n. 5105506-17.2020.8.21.0001, que tramita na mesma vara, ajuizada pelas instituições Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo e Francisco de Assis: Educação, Cidadania, Inclusão e Direitos Humanos, em relação aos mesmos fatos e em face das pessoas jurídicas envolvidas.

Em razão dessas Ações Civis Públicas ajuizadas e Inquéritos Civis instaurados, em junho de 2021, foi firmado Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta entre a Rede Carrefour e o Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Ministério Público do Trabalho, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Defensoria Pública da União, havendo participação também da EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes e Centro Santo Dias de Direitos Humanos. Foi acordado que a Rede Carrefour deveria adotar e executar um Plano Antirracista a partir de estabelecimento de ações que incluem protocolos de segurança, relações de trabalho, canal de denúncias, treinamentos para dirigentes e trabalhadores em relação a atos de discriminação e racismo estrutural, compromissos em relação à cadeia ou rede de fornecedores e reparação de danos morais coletivos. Foi determinado o direcionamento da quantia total de R$ 115.000.000,00 (cento e quinze milhões de reais), que se dividem em diversas medidas como oferta de bolsas de educação formal (R$ 74.000.000,00), contribuição para projeto museológico (R$ 2.000.000,00), campanhas educativas e projetos sociais de combate ao racismo (R$ 16.000.000,00), projetos de inclusão social (R$ 10.000.000,00), dentre outras.

A Defensoria Pública do Estado também firmou Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta com a empresa Vector Assessoria Empresarial LTDA., com participação da EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes e Centro Santo Dias de Direitos Humanos, onde a empresa se comprometeu a investir R$ 1.792.000,00 (um milhão, setecentos e noventa e dois mil reais) em

bolsas e alimentação para pessoas negras, sendo 35% destes recursos destinados a bolsas de meio turno, para o acolhimento de crianças de até cinco anos de idade junto a creches localizadas no Bairro Passo D'Areia, em Porto Alegre/RS. Ainda, foi acordado pela pessoa jurídica a adoção de uma política de ampliação de seu quadro de trabalhadores negros, a realização de campanhas com a temática de combate ao racismo e criação de ouvidoria.

Com tais acordos, a Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública foi extinta. Por sua vez, a Ação Civil Pública ajuizada pelo Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo e Francisco de Assis: Educação, Cidadania, Inclusão e Direitos Humanos ainda está em trâmite, tendo a parte autora, na última manifestação, requerido que fosse reconhecida a legitimidade das associações para fiscalizar o cumprimento do TAC.

Dessa forma, possível visualizar que a Ação Civil Pública vem sendo utilizada pelos legitimados como um instrumento para punir práticas racistas, visando proteger toda uma coletividade de pessoas de condutas discriminatórias e que afrontam a dignidade da pessoa humana, atingindo-se o objetivo da ação de tutelar direitos difusos e coletivos.

4. CONCLUSÃO

O racismo se apresenta como um grave problema na medida em que vivemos num Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivo promover o bem de todos, sem preconceitos e discriminação, destacando-se a vedação a preconceito de raça. Conforme foi explicitado, em que pese uma maior notoriedade nas mídias digitais sobre o assunto, o racismo, consistente numa questão social, resulta de um concatenado de eventos históricos que fizeram com que a situação de subalternidade e exclusão do negro se perpetuasse e atingisse todas as esferas da sociedade.

Com isso, resta claro que o racismo não se trata somente de uma questão individual, que pode ser combatida com uma lide subjetiva de uma parte contra outra, mas sim uma questão institucional e até mesmo estrutural, que tem diversos reflexos nas mais diferentes esferas da vida do negro. Nesse sentido, em que pese atualmente se verifique essa realidade e existam instrumentos jurídicos para seu combate - previsão constitucional, Lei de Crimes de Racismo, Crime de Injúria Racial, Protocolo

para Julgamento com Perspectiva Racial – diversos são os casos diários de práticas racistas.

Em paralelo, observou-se a existência de ações coletivas, que se prestam para tutelar direitos que transcendem a esfera de um indivíduo para proteger toda uma coletividade. As ações coletivas ganharam maior relevância e normatização a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que foi criado um microssistema do processo coletivo. Mas antes disso já existia a Ação Civil Pública, prevista em 1985, a qual se mostra a principal ação do processo coletivo. Através do rol de legitimados, a Ação Civil Pública se presta a tutelar os mais diversos direitos difusos e coletivos, tendo sido incluído no rol do artigo 1° da Lei n° 7.347, em 2014, que essa ação também visa proteger a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (artigo 1°, inciso VII).

Dessa forma, a Ação Civil Pública pode ser usada como um instrumento de combate ao racismo, o que foi observado em ações ajuizadas e elencadas neste artigo. Nas lides analisadas, verificou-se que falas e publicações que reproduzem discriminação e estereótipos racistas, referindo-se ou não a indivíduos determinados, bem como a violência e morte de um indivíduo negro ofendem toda a coletividade de pessoas negras, ferindo suas honras, imagens e dignidade. Devido a isso, verificou-se que os pedidos consistiram principalmente em condenações dos réus em indenizações a título de danos morais coletivos, todos a serem revertidos em prol de fundos de combate à discriminação, mas, em relação aos Termos de Ajustamento de Condutas firmados, também foram estabelecidas obrigações de fazer campanhas de combate ao racismo e realização de medidas – como distribuições de bolsas de estudo – em prol da população negra.

Em que pese das três ações analisadas, uma delas teve seus pedidos julgados improcedentes em primeiro grau, não se pode deixar de observar que tais lides demonstram todo um aparato estatal se movimentando no sentido de reconhecer e tentar combater o racismo, indo de encontro a anos que se sustentou vivermos numa “democracia racial”. No momento em que se observa o racismo como algo que existe e deve ser combatido, já está se iniciando um progresso na luta antirracista.

Dessa forma, foi possível observar com o presente trabalho que as ações coletivas também podem ser usadas para coibir práticas racistas. Mesmo não sendo muitas vezes suficientes para mudar a realidade social, tais ações são uma forma de mostrar um movimento e progresso na direção na construção de uma sociedade

materialmente igual: respeitando a individualidade e características de cada um e impedindo quaisquer tipos de discriminação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

ARENDT, H. **As Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AZEVEDO, C. M. M. de. **Onda negra medo branco**: o negro no imaginário das elites do século xix. Rio de Janeiro: paz e terra, 1987.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE; Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. **Revista dos Tribunais Online.** Vol. 10/2015, Ago. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25.out. 2020.

_____. Decreto nº 65.810 de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jul 1951. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica,VETADO)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 05 jan 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Lei nº 12.966, de 24 de abril de 2014. Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12966.htm#art2>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem denegada. Habeas corpus nº 82.424/RS. Siegfried Elwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Moreira Alves. DJ 19 mar. 2004.

CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon. **Direitos difusos e coletivos**: comentários aos principais tópicos. 2 ed. ERP, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL. Estado e Sociedade promovendo a Igualdade Racial. **Texto base para 1ª Conferência de Promoção a igualdade racial**. Brasília. 30 jun. 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para julgamento com perspectiva racial. 2024. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj-/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial-1.pdf>. Acesso em 12.03.2025.

Defensoria firma acordo milionário com empresa de segurança pela morte de João Alberto, em Porto Alegre. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. 04.nov.2021. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/defensoria-firma-acordo-milionario-com-empresa-de-seguranca-pela-morte-de-joao-alberto-em-porto-alegre>. Acesso em: 12 mar.2025.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Documento. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/inicial-defensoria-rs.pdf >. Acesso em: 12 mar.2025.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Conceito de processo jurisdicional coletivo**. Revista de Processo, v. 229, p. 273, 2014.

JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Consulta Processual. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/>. Acesso em 25 out. 2020.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Efetivação dos Direitos Fundamentais mediante Ação Civil Pública para implementar políticas públicas**. Revista do Processo**. vol 163/2008. Set. 2018. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos.** vol 5. Ago. 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Documentos. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acp-rede-record-brasilia>. Acesso em: 25 out. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Portal. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2636286.DOCX>. Acesso em: 23 out. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Documento. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/imprensa/arquivos/-tac_carrefour_assinado.pdf>. Acesso em 12 mar. 2025.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

NÓBREGA, R.; DAFLON, V. T. Da Escravidão às Migrações: Raça e Etnicidade nas Relações de Trabalho no Brasil. **Latin American Studies Association,** 2009. Disponível em <https://www.academia.edu/541987/Da_escravid%C3%A3o_%C3-%A0s_migra%C3%A7%C3%B5es_ra%C3%A7a_e_etnicidade_nas_rela%C3%A7%C3%B5es_de_trabalho_no_Brasil>. Acesso em 15 out. 2016.

PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípio Informativos das Ações Coletivas. **Revista do Processo.** Vol. 151/2007. Set. 2007.

SKIDMORE. T. E. **Preto no branco:** raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930); tradução Donaldson M. Garschagen. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Consulta Processual. Disponível em: < https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index>. Acesso em 12 mar. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Sentença Processo n. 1095057-92.2018.8.26.0100. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/-arquivos/2021/7/F3846A4482428A_decisao-cocielo.pdf>. Acesso em 14 mar. 2025.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Consulta Processual. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em 14 mar. 2025.

A PROBLEMÁTICA DO LITISCONSORTE NECESSÁRIO ATIVO QUE NÃO DESEJA LITIGAR

THE PROBLEM OF THE ACTIVE NECESSARY JOINT LITIGATOR WHO DOES NOT WISH TO LITIGATE

Patricia Solino dos Santos[1]

Resumo: O objeto do presente trabalho consiste no estudo do instituto do litisconsórcio, suas regras gerais, modalidades, e regimes de tratamento, dando enfoque principal à figura do litisconsórcio necessário ativo, e o aparente conflito entre os princípios constitucionais de acesso à justiça e o de liberdade de agir por ele gerado. Faremos a exposição dos principais posicionamentos adotados pela doutrina sobre a referida modalidade, desde a sua aceitação ou não no ordenamento jurídico, até os mecanismos processuais passíveis de uso para viabilizar a integração do litisconsorte renitente na demanda.

Palavras-chave: Direito Processual Civil – Litisconsórcio necessário ativo – Conflito de princípios – Mecanismos processuais de integração – Doutrina.

Abstract: This subject aims the study of the institute of the joint action, his basic notions, classifications, legal tratment, specially the active compulsory joinder, and the seeming constitutional principles conflict of access to justice and free will created by him. Then, we will enumerate the main doctrinaire positioning on such subject, from the institutes's acceptance itself, to the procedures mechanisms to enable the integration of the co plaintiff that do not wish to litigate.

Keywords: Civil Procedure Law – Active compulsory joinder – Confict of principles – Procedures mechanisms – Doctrine.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto do litisconsórcio, mais especificamente em sua modalidade necessária ativa, e as principais soluções processuais propostas de forma a viabilizar a propositura da demanda, ainda que um dos litisconsortes não deseje litigar.

Em um primeiro momento, faremos uma breve exposição sobre o conceito do instituto e suas classificações, com especial ênfase nas principais características do litisconsórcio necessário, e suas hipóteses de formação, quais sejam: por decorrência expressa de lei, ou quando a natureza do direito material assim exigir.

[1] Graduada em Direito pela PUC-RJ (2011). Pós graduada em Direito Processual Civil pela PUC-RJ (2014). Advogada e Juíza Leiga do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. E-mail: patriciasolino@tjrj.jus.br.

Ressaltaremos, então, que, em ambos os casos, para que a decisão final produza seus regulares efeitos, é indispensável que todos os legitimados estejam integrados à demanda, ainda que não recebam, necessariamente, tratamentos uniformes quando do provimento final.

Tendo tal premissa em vista, e diante da problemática da renitência de um dos titulares do direito de litigar, traremos à discussão um importante conflito de princípios constitucionalmente previstos.

De um lado, a liberdade do renitente de não querer ingressar em um litígio, garantida pelo artigo 5º, inciso II, da CF, que dispõe que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"; de outro, o direito do futuro demandante de ver seu direito tutelado pelo Judiciário, em consonância com o princípio constitucional de acesso à justiça, previsto, por sua vez, no artigo 5º, inciso XXXV da CF.

Exporemos, então, as principais soluções encontradas pela doutrina especializada, destacando existirem tanto vozes no sentido de que deve prevalecer a liberdade de agir, de forma que o litisconsórcio necessário, em sua modalidade ativa, não encontraria espaço na legislação vigente e, se encontrasse, levaria, necessariamente, à extinção do feito, sem resolução do mérito, quanto no sentido de que a integração "forçada" do litisconsorte renitente é plenamente possível, bastando a sua citação ou intimação.

Seja como for, o litisconsorte renitente deverá ser integrado na relação processual, oportunidade na qual, conforme demonstraremos, poderá adotar um dos seguintes posicionamentos: (i) assumir o polo ativo e, assim, litigar em conjunto, como se visava desde o princípio, podendo aditar a inicial; (ii) rejeitar sua condição, seja por discordar da formação do litisconsórcio necessário propriamente dito, seja porque discorda do mérito da pretensão ou; (iii) quedar-se inerte, em que pese sua inclusão na demanda.

No primeiro caso, assumirá a posição de autor e, como tal, terá prerrogativa de aditar a petição inicial e, como de praxe, será atingido pela coisa julgada material.

Já na segunda hipótese, se o litisconsorte mantiver sua posição de resistência, fundada na alegação de que a situação colocada em juízo não se trata de hipótese de litisconsórcio necessário, caberá ao juiz avaliar a pertinência de sua exclusão. Em tal situação, caso entenda ser, de fato, hipótese de litisconsórcio ativo, será tratado como

se autor fosse. Caso, contudo, pugne pela improcedência do pedido, formará litisconsórcio unitário passivo ulterior como o demandado originário.

Caso decida, contudo, permanecer na inércia, não sofrerá os efeitos da revelia (pois, a rigor, não é réu), mas estará submetido à coisa julgada material, não podendo, assim, buscar, posteriormente, novo pronunciamento jurisdicional, ou buscar a desconstituição do anterior, por meio de ação rescisória.

2. O INSTITUTO DO LITISCONSÓRCIO E SUAS MODALIDADES

2.1. Panorama geral do instituto do litisconsórcio

A Teoria Geral do Processo atual funda-se em três elementos principais, quais sejam: a jurisdição, a ação e o processo.

Em linhas gerais e breves, "jurisdição é a função; ação é o direito de exigir do Estado o exercício da jurisdição; e o processo é o meio, o instrumento através do qual se exerce a jurisdição".[2]

Dessa forma, percebe-se que, em regra, a relação processual se sustenta sobre uma estrutura tríplice, na qual:

> "aparece o Estado (juiz) no exercício da jurisdição, poder do qual mantém o monopólio; o autor, exercendo a ação porque a autotutela lhe é vedada e porque o exercício da jurisdição não se faz espontaneamente (princípio da inércia da jurisdição, ou princípio da demanda); e o réu, finalmente, a quem é franqueada a defesa através da qual ele se ombreia ao autor em oportunidades, nesse palco da atividade dos três, que é o processo".[3]

Percebe-se, então, que o processo, em sua essência, nada mais é do que uma relação entre partes, ou seja, entre interessados no direito discutido, existindo, em regra, quatro formas principais de aquisição da qualidade de parte, quais sejam: (i) pela demanda; (ii) pela citação; (iii) pela intervenção espontânea e; (iv) pela sucessão.

Por outro lado, e por consequência lógica de raciocínio, será considerado como terceiro todo aquele que não se encontrar em uma das situações acima descritas, sendo caracterizado, portanto, como aquele que "não tem a titularidade das situações processuais ativas e passivas, e integrantes da relação jurídica processual, que caracterizam e dão corpo a essa qualidade [de parte]".[4]

---

[2] GREGO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol.01, p.56.
[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.17.
[4] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.27.

Muito embora prevaleça, na maioria das vezes, a dualidade de partes, determinadas situações de direito, em razão de sua complexidade, exigem ou recomendam que mais de duas pessoas (autor e réu) participem da relação processual, sendo a principal hipótese a de formação de litisconsórcio, objeto do presente estudo.

Assim, em linhas gerais, resta caracterizado o litisconsórcio diante da coexistência simultânea de duas ou mais pessoais, seja no polo ativo, seja no polo passivo, ou seja, na posição de autor ou de réu. Contudo, assevera Cândido Dinamarco que:

> "Para tanto, é indispensável que os co-litigantes guardem certa posição em relação ao objeto do processo, ou seja, da pretensão deduzida em juízo, seja porque propuseram uma demanda, seja porque em relação a eles foi proposta e eles vieram a ser citados, ou porque o juiz mandou citá-los como litisconsortes necessários, ou ainda porque o réu os chamou ao processo, ou sucederam a alguma das partes, ou intervieram eles próprios, voluntariamente, como litisconsortes". [5]

Entretanto, ao contrário do que possa parecer, a pluralidade derivada da formação do litisconsórcio não implica, necessariamente, na chamada "comunhão de sortes", ou seja, para que se configure o litisconsórcio, não é necessário que seus integrantes recebam o mesmo tratamento e, principalmente, o mesmo resultado, quando do julgamento da demanda na qual estão envolvidos.

Esse resultado será guiado, na verdade, de acordo com a classificação que lhe for atribuída.

3. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO E NECESSÁRIO

3.1. O litisconsórcio necessário e o litisconsórcio unitário

A essência do litisconsórcio facultativo "retira-se por exclusão à de litisconsórcio necessário. Facultativo é o litisconsórcio que pode ou não se formar, trata-se de litisconsórcio cuja formação fica a critério dos litigantes".[6]

Assim, com o perdão da simplicidade do raciocínio, o litisconsórcio será facultativo sempre que a situação não exigir que seja necessário.

---

[5] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.30.
[6] JÚNIOR, Fredie Didier. **Litisconsórcio necessário ativo (?).** In: Panorama atual das tutelas individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p.333.

Tarefa mais complexa, por outro lado, era conceituar e definir o campo de incidência do litisconsórcio necessário, seja na sua forma passiva (mais comum), seja na sua forma ativa (controvérsia).

O art.47 do CPC de 1973 assim preconizava:

> "Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo."

Em um primeiro momento, pela interpretação literal do supracitado artigo, chegou-se a entender que o litisconsórcio unitário seria, na verdade, uma subespécie do litisconsórcio necessário, de forma que este poderia ser simples ou unitário.

Todavia, muito embora, de fato, exista uma estreita ligação entre a necessariedade e a exigência de solução homogênea, a ideia foi rapidamente superada, tendo o CPC de 2015 colocado fim na controvérsia, pois regulou separadamente os institutos.

De acordo com o artigo 114:

> "Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes".

Já de acordo com o artigo 117:

> "Art. 117. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes".

Assim, ultrapassada tal questão, passa-se a analisar os casos que levam à indispensabilidade da presença de duas ou mais pessoas, na qualidade de autor ou réu, no processo.

3.2. A problemática do litisconsórcio necessário ativo

Da leitura do dispositivo legal vigente, extraem-se duas hipóteses de litisconsórcio necessário: a) quando o exigir a própria natureza da relação jurídica e; b) quando a lei assim o exigir.

Assim, conclui-se facilmente que o litisconsórcio será necessário sempre que unitário, mas também quando a lei assim dispuser.

O que o dispositivo não esclarece muito bem é que "o que em certos casos deriva de específica disposição de lei é, portanto, a necessariedade do litisconsórcio e não sua unitariedade".[7]

Logo, percebe-se que, em que pese seja a regra geral de que o litisconsórcio será necessário sempre que unitário, o ordenamento jurídico comporta demais hipóteses, como o litisconsórcio unitário facultativo e litisconsórcio necessário simples.

Obviamente, a maior problemática ocorre quando o litisconsórcio é necessário e unitário, ou seja, exigem que todas as pessoas estejam incluída na demanda e que, uma vez integradas, recebam o mesmo julgamento.

No caso do litisconsórcio necessário passivo, caso o autor não se atente para essa indispensabilidade quando do ajuizamento da demanda, não há maiores problemas, pois o juiz determinará, em observância ao art.115, §único do CPC, que providencie a inclusão dos faltantes.

Apenas na hipótese do autor não cumprir tal exigência é que estará autorizado o magistrado a extinguir o feito, sem resolução de mérito, por ausência de uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade, nos moldes do art.485, inciso VI, do CPC.

A maior problemática, contudo, encontra-se no litisconsórcio necessário na modalidade ativa, sendo este o objeto do presente ensaio.

Isso se dá, pois a figura do litisconsórcio necessário ativo ensejaria, em tese, o conflito entre dois princípios constitucionais que regem o direito processual atual: de um lado, o direito de acesso à justiça (art.5°, inciso XXV da CF88) do litisconsorte que pretende ajuizar a demanda e, portanto, ver seu direito tutelado; de outro, a liberdade de agir, consubstanciada na premissa de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

A partir da aparente colisão de garantias, surgiram diversos posicionamentos na doutrina sobre a figura do litisconsórcio necessário ativo, variando desde a sua absoluta inexistência, até o seu pleno cabimento, com a consequente inclusão forçada do litisconsorte renitente, podendo este sofrer, inclusive, os efeitos da revelia.

[7] JÚNIOR, Fredie Didier. **Litisconsórcio necessário ativo (?)**. In: Panorama atual das tutelas individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p.335.

O ilustre jurista Barbosa Moreira defendia a inexistência da modalidade ativa do litisconsórcio necessário, sob o fundamento de que:

> "Não há como forçar alguém a demandar, da mesma sorte que não há como forçar alguém a endereçar a demanda à pessoa diversa daquela em face da qual queria demandar. Tanto é assim que, mesmo em se tratando de litisconsórcio necessário, o máximo que fica ao alcance do juiz é ordenar ao autor que promova a citação de quem deve figurar como litisconsorte necessário, 'sob pena de declarar extinto o processo (CPC, art, 47, par.ún). Não lhe é dado, por si só envolver outra pessoa na chamada relação processual, investi-la na posição de parte. Particularizando o discurso para o polo ativo, que é o que interessa aqui: salvo o caso de sucessão, ninguém se torna autor por vontade própria".[8]

No mesmo sentido, posicionou-se Cândido Rangel Dinamarco, em extenso e detalhado ensaio sobre o instituto do litisconsórcio. Em tal oportunidade, assim ponderou:

> "A cada um é dado escolher o momento para demandar, pondo em ato a estratégia de ataque que lhe pareça mais oportuna. Virá à juízo apenas quando estiver seguro dos meios e provas que dispõe, evitando despesas ou o risco de suportá-las, escolhendo patrono e sua preferência etc. Não é lícito violar essa liberdade toda que tradicionalmente se outorga ao demandante e que, afinal, é a expressão do princípio da iniciativa da parte, inerente ao sistema".[9]

Em que pese o eminente doutrinador assuma ser cabível, em tese, a instituição de litisconsórcio necessário também no polo ativo da demanda, declara que, diante de tal situação, não existiria nenhum mecanismo processual apto a solucionar a resistência de um dos cotitulares (como o chamamento deste ao processo), pois:

> "compelindo o co-legitimado a aderir a um pedido que não quis fazer, estaria o juiz, com a violação perpetrada contra a sua liberdade de agir, afrontando a garantia da liberdade e legalidade estabelecida no art.5°, inciso II, da Constituição Federal. Considerá-lo integrado na relação processual a partir de quando citado (podendo, inclusive, fazer-se revel e amargar as consequências disso) violaria de maneira muito mais grave as normas de um sistema solidamente apoiado na iniciativa da parte (CPC, arts.2°, 128, 262, 460) e, com isso, a garantia constitucional do due process of law".
> (...)
> "Apenas em nome da garantia constitucional da ação, não se poderia entregar a um só (ou alguns) a legitimatio para tanger todos aos riscos do litígio judicial e talvez a resultados jurídico-substanciais que talvez não queiram nem lhes seja conveniente. (...) Se a ação (conquanto garantia constitucional) é subordinada às clássicas condições; se entre elas está a legitimatio ad causam; e se a legitimidade ordinária decorre de dados

[8] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.129.
[9] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.243.

> fornecios pelo direito substancial -, seria aberrante do sistema levar essa garantia ao ponto de permitir o julgamento de uma pretensão, pelo mérito, nos casos em que o resultado a produzir só seja permitido, no plano do direito material, mediante o consenso e participação de todos os interessados".[10]

Em sentido diametralmente oposto, discorre José Miguel Garcia Medina que:

> "[Sobre o art.5", II] Verifica-se que, além da garantia do direito de liberdade do cidadão, o preceito constitucional também coloca que esta liberdade tem um limite, qual seja, aquele disposto pela própria lei. [Já o art.5°, XXV], além de garantir ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário, determina a norma constitucional que o direito de acesso à justiça não deve ser restringido por lei, não abrindo, o referido preceito constitucional, qualquer exceção a tal garantia".[11]

Assim, após o cotejo de ambos os preceitos constitucionais, acaba por defender que o conflito suscitado entre as normas seria, na verdade, meramente aparente, tendo em vista que:

> "Verifica-se que, enquanto a lei pode restringir a liberdade de agir, determinando ações ou inações, o direito de invocar a tutela jurisdicional não pode ser impedido pela lei. Deflui que a lei não pode afastar a tutela jurisdicional, mas pode restringir a liberdade daquele que pretendia manter-se inerte."[12]

Na mesma linha, recorrendo, por sua vez, ao princípio da proporcionalidade para a solução do embate, entende Maria Conceição Alves Dinamarco que deve prevalecer o direito do litisconsorte que deseja recorrer ao Judiciário, sob o fundamento de que:

> "Se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art.5°, inc.XXXV), e ao Poder Judiciário é conferida a jurisdição (dizer o direito), a fim de resguardar a ordem social e a sua pacificação, a recusa de uma pessoa de participação do contraditório (seja como autor seja como réu) não pode ser óbice a que se ponha em risco o bem-estar da sociedade que é finalidade precípua do Estado. A liberdade daquele que convida a participar do contraditório, mas se recusa a assim agir, não pode de forma alguma obstar que um direito maior, representado pelo restabelecimento do direito, a pacificação e a segurança jurídica, fique abalado".[13]

---

[10] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.225.
[11] MEDINA, José Miguel Garcia. **Litisconsórcio necessário ativo – interpretação e alcance do art. 47, parágrafo único do código de processo civil.** In: Revista dos Tribunais, vol.777, jul-2000, p.47.
[12] MEDINA, José Miguel Garcia. **Litisconsórcio necessário ativo – interpretação e alcance do art. 47, parágrafo único do código de processo civil.** In: Revista dos Tribunais, vol.777, jul-2000, p.50.
[13] DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **O princípio da proporcionalidade como meio para solucionar as questões do litisconsórcio necessário ativo.** In: Panorama atual das tutelas individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p.556.

Isto posto, entende que a inclusão "forçada" do litisconsorte renitente também não configuraria qualquer lesão, "pois ao contrário do que se pode alegar, esse litisconsorte ativo continua tendo toda a liberdade, pois ele tem ônus diante do processo e por isso ficará a seu critério participar ou não do contraditório".[14]

Também discorrendo sobre a evidenciada polêmica, Teresa Arruda Alvim Wambier vai mais além ao afirmar que, diante do aparente conflito, entender, nesse caso, pela prevalência da liberdade de agir, seria optar por solução flagrantemente inconstitucional:

> "Nestas situações, que considera especiais, dá, o sistema, prevalência à proteção ao exercício do direito da ação que não pode ser obstado pela vontade de outrem), sucumbindo o princípio dispositivo em relação àquele que não quer ingressar em juízo. Interpretação diversa da lei conduz a inegável inconstitucionalidade, pois a vontade de alguém (que deveria agir como litisconsorte ativo de outrem) teria o condão de obstar que lesão ou ameaça de lesão de direito (afirmação) fosse apreciada pelo Poder Judiciário, o que é, juridicamente, inadmissível, eis que toda interpretação que conduz a absurdo deve ser afastada, como também prefere a interpretação constitucional à inconstitucional".[15]

Entendemos assistir melhor sorte àqueles que prezam pela liberdade do autor de provocar o Judiciário e, consequentemente, ter seu direito tutelado, independentemente da anuência dos demais cotitulares.

Assim, em que pese possa ser admitida a dispensa da anuência do litisconsorte renitente para o ajuizamento da ação, o mesmo não pode ser dito de sua presença no trâmite, tendo em vista que, conforme dispõe a parte final do art.116 do CPC, a eficácia da sentença a ser proferida dependerá, invariavelmente, "da citação de todos que devam ser litisconsortes".

Muito embora não haja, até hoje, solução definitiva para a questão, passa-se a expor e analisar os diversos mecanismos e técnicas processuais invocados pela doutrina e jurisprudência objetivando a solução de tal imbróglio jurídico, defendendo-se, ao fim, a opção que nos parece mais adequada.

---

[14] DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **O princípio da proporcionalidade como meio para solucionar as questões do litisconsórcio necessário ativo.** In: Panorama atual das tutelas individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p.503.
[15] WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.p.321.

4. OS MECANISMOS DE INTEGRAÇÃO DO LITISCONSORTE RENITENTE

4.1. Da existência do litisconsórcio necessário na modalidade ativa

Diante de toda problemática envolvida por trás do fenômeno do litisconsórcio necessário, aponta-se que a tendência é cada vez maior no sentido de, caso a caso - papel de grande importância exercido pelos magistrados-, ser afastado o elemento da necessariedade sempre que a natureza do direito material assim comportar.

Além disso, há casos em que, em caráter excepcional, confere-se a cada um dos titulares a legitimidade de demandar individualmente, evitando-se, assim, prejuízo de ambas as partes, tendo em vista que o litisconsorte ausente não será atingido pela coisa julgada em caso de sentença desfavorável, aproveitando-se, por outro lado, dos efeitos de sua procedência.

Para fins elucidativos, Candido Dinamarco apresenta três casos em que tal manobra processual se mostraria possível, quais sejam, nas ações de anulação de deliberação de assembleia societária, nos casos em que se configura a solidariedade ativa entre credores e na propositura de ação popular.

Sobre a primeira hipótese, explica o autor que:

> "(...) sem que se possa falar em autoridade da coisa julgada projetada além das partes e secumdum eventum litis, o que acontece é a perda de interesse de agir pelos legitimados não demandantes, uma vez que já produzido o resultado a que sua eventual futura demanda poderia conduzir. Sendo julgada improcedente a demanda, não ficam os demais legitimados atingidos nem pela coisa julgada, nem por essa situação de carência de ação apontada, sendo-se lícita a propositura de demanda para o mesmo fim não obtido (CPC, art. 472)."[16]

Já sobre os casos de constituição de solidariedade entre credores, indica que:

> "Existe na lei uma solução pragmática que permite superar eventuais dificuldades, porque, proposta a demanda condenatória por apenas um dos credores solidários, "aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito (CPC, art.291); Também aqui, como parece óbvio, deixa de ser necessário o litisconsórcio ativo entre credores".[17]

Por fim, sobre a possibilidade de propositura de ação popular por apenas um autor, representando, contudo, uma coletividade, indica ser "mais um caso que, incindível embora a situação posta em juízo e sendo mais de um os legitimados,

[16] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.216.
[17] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.217.

necessário não é o litisconsórcio ativo, sendo a necessariedade do litisconsórcio substituída por outra técnica igualmente eficaz".[18]

Entretanto, a par de tais "soluções", ainda persistem situações em que é inegável a configuração de litisconsórcio necessário ativo, circunstância reconhecida pelo próprio autor. Colhem-se, aqui, dois exemplos por ele fornecidos, que concretizam a inevitabilidade de sua formação.

O primeiro se refere à hipótese de dois ou mais proprietários de determinado imóvel, em regime de condomínio, que se atentam para o fato de que suas dimensões reais não correspondem às anteriormente especificadas quando do momento da compra, situação regulada pelo art.500 do CC, que assim dispõe:

> "Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço."

Em tal situação, a lei apresenta aos compradores três opções, quais sejam, a complementação da área, o abatimento do preço pago ou a resolução do contrato. Em todos os cenários, principalmente no mais gravoso, ou seja, no caso do término da relação contratual, obviamente é inconcebível que somente um dos titulares da propriedade possa tomar uma posição.

Nas palavras de Dinamarco:

> Se o direito substancial repugna a eficácia de um ato de vontade unilateral em casos como esse, sem o consenso geral dos compradores, como poderia um deles, sem o outro, obter pela via do processo isso que lhe é defeso realizar sem o processo e sem o consenso dos demais? Daí decorre que, na *actio redhibitoria*, sendo dois ou mais dos compradores, o litisconsórcio ativo é desenganadamente necessário, especialmente se suscetível de divisão o bem comprado. Estão presentes os requisitos do art. 47 do Código de Processo Civil e disposição alguma de lei dispensa especificamente, sendo palpável que a legitimidade individual poderia ser prejudicial ao comprador não-signatário da demanda.[19]

O segundo trata da pretensão de anulação de determinado contrato, celebrado por uma ou mais pessoas, quando verificado vício de consentimento, conforme

[18] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.218.
[19] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.234.

autoriza o art.138 do CC. Em tal situação, também não seria possível a atribuição de legitimidade individual, pois:

> "Toda anulação de ato jurídico depende sempre da vontade do sujeito possivelmente lesado pela causa de anulabilidade, tanto que pode ele ratificar o ato ou cumprir a obrigação dele emergente, e isso tem sua razão de ser na possibilidade de, apesar do vício, o ato ser-lhe conveniente, ninguém mais podendo arvorar-se em juiz dessa conveniência senão em própria pessoa".[20]

Dessa forma, nada obstante as diversas tentativas de contornar os embaraços da figura do litisconsórcio necessário em sua modalidade ativa, não é possível bani-la de nosso sistema, ou simplesmente ignorá-la em determinados casos, como os acima expostos.

Tendo isso em vista, nos deparamos com novo desafio: como integrar o litisconsorte renitente na relação processual que se pretende criar?

4.2. Das formas de integração do litisconsorte renitente

Sobre a absoluta inexistência de regulação dessa hipótese específica pelo legislador, discorre Dinamarco:

> "A começar da própria configurabilidade dessa figura, em tese, já se ouvem vozes que vão desde a peremptória negativa, até as exposições francamente favoráveis. Nem há firmeza quando às consequências da instauração do processo mediante demanda não subscrita por todos os legitimados indispensáveis, ou quanto às medidas ao alcance do juiz em casos assim. Extingue-se o processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa ad causam do autor singular? O juiz, a requerimento de uma das partes ou de ofício, manda integrar no processo o legitimado faltante? Não comparecendo, sofre os efeitos da contumácia?"[21]

Para que a sentença proferida ao final do processo possua eficácia, exige se, em observância ao art.114 do CPC, que todos os litisconsortes sejam citados, sob pena de extinção do feito, sem resolução do mérito, por falta de legitimidade ad causam.

Veja-se que a redação do supracitado artigo é bastante ampla, de forma que a expressão "todos os que devam ser litisconsortes" só pode ser interpretada como admissão da modalidade de litisconsórcio necessário em ambos os polos da relação, seja passivo ou ativo. Pois bem.

[20] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.234.
[21] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.234.

Assentada em tal premissa, assim como o litisconsorte passivo, será o cotitular do direito que se busca tutela citado para compor a demanda? Pode um autor em potencial ser citado e, quem sabe, sofrer as pesadas consequências da revelia, caso deseje manter-se inerte, em consonância com o seu comportamento inicial de não querer demandar?

Cândido Dinamarco, embora reconheça (ressalvando, sempre, sua excepcionalidade) a existência do litisconsórcio necessário ativo, não apresentou solução para o problema de como integrar o litisconsorte renitente, pois a ideia de citar alguém que não seja o réu lhe parece absolutamente inconcebível:

> "a citação do co-legitmado indispensável só se fará quando passivo for o litisconsórcio necessário. Sendo ativo, o autor deverá conformar-se com a omissão ou mesmo negativa do co-titular da situação jurídica e, em virtude da ausência deste, o processo se extingue sem resolução do mérito."[22]

Em sentido diametralmente oposto, o ilustre processualista Homero Freire, um dos primeiros a escrever sobre o tema, não enxergava qualquer empecilho no fato de ocorrer, excepcionalmente, a citação de um autor, e sobre ele recaírem, inclusive, os efeitos da revelia (como se réu fosse), pois entendia que:

> "A ad-citação das demais pessoas componentes do sujeito da relação jurídica material (sujeito coletivo) sobre que vai se ferir a luta judicial, é sempre necessária, pouco importando o atendimento ou desatendimento por parte delas aquele chamamento. Comparecendo, integram a demanda e participam do desenvolvimento dialético do processo: não comparecendo, tornam-se revéis. De qualquer modo, sujeitam-se aos efeitos autoritários da sentença que, assim, vê realizado cabalmente o fim a que é destinado o processo e ela mesma: solucionar questões".[23]

Sabe-se que as bases do Direito não são construídas a partir de extremos, e sim de consensos e meios-termos, logo, nos parece demasiadamente cruel esperar que aquele que entende que seu direito está sendo lesionado, ou sob risco iminente, simplesmente se conforme em ter sua tutela negada, pois a lei processual não lhe confere a opção de regularizar sua situação, nem pode o magistrado fazê-lo por iniciativa própria.

[22] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.244.
[23] FREIRE, Homero. **Estudo sobre o litisconsórcio necessário ativo.** In: Revista dos Tribunais, vol.348, nov-1964, p.28.

Por outro lado, também não aparenta ser adequado que um indivíduo, inicialmente detentor de um direito, seja integrado ao processo, contra sua vontade, e seja obrigado a agir, sob pena de igualar-se a um réu revel.

Assim, como alcançar o meio-termo? Como assegurar o direito de ação, integrando o litisconsorte renitente para que a sentença tenha plena eficácia sem, contudo, submetê-lo ao tratamento de réu, obrigando-o, ainda que indiretamente, a demandar?

Em um primeiro momento, chegou-se a defender que o magistrado, diante da lacuna legal, devesse recorrer ao direito comparado, mais especificamente ao Direito Processual Alemão, que contém, em seu ordenamento jurídico, o instituto da *adcitatio*, que se caracteriza, em linhas gerais, como "ato da parte, destinado a atrair ao processo quem ali não estava por força da propositura da demanda inicial, fazendo-o parte também".[24]

Entretanto, logo se concluiu que o instituto germânico não se adequaria ao ordenamento jurídico ou à exigência feita pelo art.114 do CPC, pois, no processo alemão, o destinatário da *adcitatio* é, na verdade, um interessado, ou seja, não é uma parte necessária, de forma que sua ausência não compromete o julgamento do feito.

Trata-se, a rigor, de demanda incidental, na qual o autor da ação visa a integração de um terceiro no feito apenas para atender interesses secundários, assemelhando-se, dessa forma, à nossa intervenção de terceiros, como é o caso do contratante de um contrato de seguro, que deseja incluir a seguradora na demanda, na qualidade de denunciada à lide (art.125, inciso I do CPC), para que possa resguardar seu direito de regresso, caso necessário.

Já o art.114 do CPC, ao condicionar a eficácia da sentença à presença de todos os litisconsortes, concretiza o princípio do *exceptio plurium litisconsortium*, de forma que, não sendo possível a integração de todas as partes legítimas, não haverá outro remédio processual que não a extinção do processo, sem resolução de mérito.

Sobre a aludida técnica processual germânica, e sua incompatibilidade com o ordenamento pátrio, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

> "Difere a adcitatio da exceptio plurium litisconsortium na medida em que visa esta a apontar ao juiz a ausência de co-legitimado indispensável, com o ônus que tem o autor de diligenciar sua vinda ao feito como parte e a sanção da absolutio ab instantia em caso de descumprimento do ônus; e a adcitatio

[24] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.225.

> destina-se a ampliar subjetivamente o processo, com a inclusão de outra parte, não necessária, mas cuja presença é reputada útil e conforme com os interesses de quem a provoca. A falta de integração do terceiro no feito não tem para o autor, aqui, aquela grave consequência que teria o caso da exceptio plurium litisconsortium."[25]

Excluída a possibilidade de se recorrer ao direito estrangeiro, diante da falta de clareza contida em nossos dispositivos legais sobre o tema, coube a melhor doutrina desmembrar o conceito de citação, em busca de uma solução que viabilizasse a figura do litisconsórcio necessário ativo.

Sobre a citação, o CPC de 1973 dispunha que:

> "Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo **o réu** a fim de se defender"

À luz de tal redação, defendia uma das componentes da corrente processualista moderna, Márcia Conceição Alves Dinamarco, que:

> "Tendo o autor procedido à ampliação subjetiva, com a inclusão da parte faltante mencionada pelo juiz, seja ela no passivo ou no ativo, não existe na nossa sistemática processual outro meio para comunicar a pendência de uma demanda que o envolve, inclusive para convidá-lo a participar em contraditório, que não seja a citação. Caso essa ampliação subjetiva se refira ao polo ativo litisconsórcio necessário ativo), esse autor será citado sim, e isso não acarreta qualquer violação ao sistema processual."[26]

> "Apesar de encontrar-se expresso na lei que a citação é o ato pelo qual se chama a juiz o réu ou interessado a fim de se defender, temos que analisar o instituto com os olhos voltados à sua finalidade. Se o instituto da citação tem por finalidade dar ciência a alguém que existe uma demanda em curso que o envolve, dando-lhe oportunidade do contraditório, a menção no dispositivo supra de que esse chamar é direcionado ao réu, é exatamente pelo fato de que em regra a surpresa e a novidade (aqui no caso a demanda) é para aquele em face de quem é movida a demanda, caso ocorra um situação em que esse "aviso" tem que ser feito a uma pessoa que obrigatoriamente integra o polo ativo, esse "chamar" será realizado através da citação."[27]

Na mesma linha, José Miguel Garcia Medina defendia

> "Não vemos como o art. 213 não pode ser pertinente ao réu bem como a qualquer outro interessado no desfecho da lide (...) Desse modo, citação deve

[25] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.218.
[26] DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **O princípio da proporcionalidade como meio para solucionar as questões do litisconsórcio necessário ativo.** In: Panorama atual das tutelas individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p.557.
[27] DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **O princípio da proporcionalidade como meio para solucionar as questões do litisconsórcio necessário ativo.** In: Panorama atual das tutelas individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p.559.

> ser considerada como o "ato pelo qual se chama a juízo todo aquele que deve figurar na relação jurídica processual, como parte, integrando-se, assim, a relação processual para que a sentença seja proferida eficazmente."[28]

A citação passaria a ser, portanto, um ato processual de integração de determinado indivíduo (não necessariamente o réu), de forma a garantir a plena eficácia de futuro pronunciamento judicial.

Nesse passo, poderia se concluir que, para que se atenda à necessariedade imposta por lei, ou decorrente da própria relação material deduzida, basta que o litisconsorte ativo renitente seja citado, ou seja, seja integrado ao processo, em respeito ao princípio constitucional do contraditório:

> "A 'citação' a que a lei se refere pode ser entendida como mera integração de alguém à relação processual, sem que isto signifique qualquer prejuízo para o sistema. É suficiente para alguém seja dada a ciência de que há uma ação pendente para que esteja a ela vinculado. Basta esta providência para que a relação processual fique completa e isenta de qualquer espécie de vício ou defeito (parte plúrima). O agir em juízo deste autor, o litisconsorte necessário faltante, ademais, é como todo agir, ônus, faculdade, nunca obrigatoriedade. Neste sentido, afasta-se a queixa de que alguém estaria sendo obrigado a efetiva e concretamente litigar em juízo".[29]

No mesmo sentido, posicionava-se Nelson Ney Júnior, grande defensor do litisconsórcio necessário ativo. Para o brilhante jurista:

> "O que importa para que se cumpra a lei e se atenda aos preceitos do sistema jurídico brasileiro, é que os litisconsortes necessários - isto é, todos os participes da relação jurídica material discutida em juízo - integrem a relação processual, seja em que polo for."[30]

Tais posicionamentos foram, então, corroborados pelo CPC de 2025, pois, em seu artigo 238, passou a definir a citação como "ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual".

A partir de tais ensinamentos, questiona-se, então: o autor, ao indicar a citação do litisconsorte renitente, deve indicá-lo como um dos réus, eis que, de certa forma,

---

[28] MEDINA, José Miguel Garcia. **Litisconsórcio necessário ativo – interpretação e alcance do art. 47, parágrafo único do código de processo civil.** In: Revista dos Tribunais, vol.777, jul-2000, p.48.
[29] BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003. p.117.
[30] JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.318.

está indo contra a sua pretensão ou, uma vez integrado ao processo, poderá o litisconsorte escolher a posição que irá assumir ao longo da instrução processual?

4.3. As opções do litisconsorte renitente

Para o aludido processualista paulista, a partir de uma visão bastante prática do ponto de vista processual, diante da resistência de um dos cotitulares do direito a ser tutelado pela futura ação:

> "O autor deve movê-la, sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no polo passivo da demanda, como réu, pois existe lide entre eles, porquanto esse citado está resistindo à pretensão do autor, embora por fundamento diverso da resistência do réu.
> (...)
> Estando no processo, o potencial litisconsorte necessário ativo que não quis promover a ação em conjunto com o autor, é inexoravelmente réu e, nessa continuação, pode continuar se opondo à pretensão do autor, justificando a lide que o tornou réu, agindo, por exemplo, de forma a ajudar o réu contra o autor".[31]

Na mesma linha, porém um pouco mais genérica, entende Leonardo Greco que o autor não deve indicar, de pronto, a posição a ser assumida pelo litisconsorte renitente, mas tão somente requerer sua integração ao processo.

Sobre o tema, discorre que:

> "não se pode impedir alguém de ingressar em juízo isoladamente porque outrem, que é cotitular do seu direito, não quer propor ação conjuntamente com o primeiro. Então, o que este tem de fazer é promover a citação do litisconsorte necessário, quando a s u a presença se fizer necessária ao julgamento da ação jurídica de que fazem parte. Então, da mesma forma que ninguém pode ser obrigado a vir a juízo contra a sua vontade na posição de autor de uma demanda, ninguém pode ser impedido de acessar a justiça porque o cotitular do seu direito não quer ingressar em juízo.
> (...)
> Será citado para figurar como parte, vale dizer, como sujeito principal da demanda, podendo aderir à postulação do autor, tornando-se litisconsorte ativo deste, ou repudiar a sua postulação, tornando-se litisconsorte passivo do alienante".[32]

Concordamos que a melhor conduta a ser adotada é, certamente, preservar, dentro do possível, a liberdade de agir do litisconsorte renitente, tendo em vista que, de jeito ou de outro, está integrado em uma demanda que inicialmente não desejava.

---

[31] JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.319.
[32] GREGO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol.01, p.403.

Todavia, enxergamos que, além de aderir o lado do réu, contra o autor, ou simplesmente aceitar a demanda e litigar na posição que anteriormente se desejava (caso em que, sem dúvidas, poderá aditar a inicial), o litisconsorte omisso poderá adotar, ainda, outros comportamentos.

Por exemplo, poderá continuar rejeitando a posição de autor, mas não porque seus interesses coincidem com os do réu originário, mas apenas porque questiona a necessariedade do litisconsórcio. Nesse caso, "caberá ao juiz analisar a impugnação e verificar se procede ou não. Se sim, o juiz determinará sua exclusão, se não, o manterá no polo ativo".[33]

Ainda, pode o litisconsorte renitente simplesmente manter-se na inércia, contudo, "apesar disso, está integrando a relação processual como parte (coautor) e sofrerá os efeitos da sentença como se parte fosse"[34].

Em tal caso, portanto, não sofrerá as consequências inerentes à revelia, mas estará submetido aos efeitos da sentença, plenamente válida, eis que respeitados a exigência legal e o princípio do contraditório, bem como à coisa julgada material, não podendo, dessa forma, buscar novo provimento jurisdicional, caso não concorde com o resultado final, nem desconstituí-la, por meio de ação rescisória.

4.4. O litisconsórcio necessário ativo no novo CPC

Na vigência do CPC de 73, exigia-se, nos casos de litisconsórcio necessário, que fosse promovida a citação de todos os litisconsortes, sob pena de extinção do processo.

Como visto acima, tal exigência gerava enorme controvérsia doutrinária sobre a questão do litisconsórcio necessário ativo.

Em razão disso, o Anteprojeto do CPC de 2015 tratou de inserir algumas ressalvas no já novo art.115, incluindo dois parágrafos inéditos, visando, primordialmente, estabelecer a diferença de tratamento entre o litisconsórcio necessário passivo e ativo, *in verbis*:

> §1°: Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, no prazo que designar, sob pena de extinção do processo.

[33] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2004, vol.01, p.156.
[34] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2004, vol.01, p.156.

> §2°: **O juiz deve determinar a convocação de possível litisconsorte unitário ativo para, querendo, integrar o processo**.

Todavia, infelizmente, o §2º foi excluído da redação final, de modo que, diante da ausência de previsão legal de solução do litisconsórcio necessário ativo, volta a ser dos magistrados a responsabilidade de definir, caso a caso, a melhor solução do caso concreto.

5. CONCLUSÃO

Como visto, o instituto do litisconsórcio é um campo bastante rico do nosso Direito Processual Civil, possuindo inúmeros desdobramentos doutrinários e práticos, que, embora já conhecidos e vastamente explorados pela melhor doutrina, ainda dão ensejo a novos debates, pois, como se sabe, o direito material, assim como o processo, está em constante evolução, e nem sempre as situações fáticas encontram respaldo (e solução) no texto legal.

É o caso do litisconsórcio necessário ativo e a problemática da integração do litisconsorte que não deseja litigar.

Como vimos, o tema suscita uma enorme discussão, pois exige que se decida pela prevalência de um princípio constitucional sobre outro, quais sejam, o de acesso à justiça e o da liberdade de agir. Deve-se preservar o direito daquele que deseja acessar o Judiciário para ver direito seu tutelado, ou daquele que prefere quedar-se inerte?

Buscando solucionar tal impasse, diversos argumentos foram desenvolvidos pela doutrina especializada, mas nem um consenso foi atingido, tendo em vista a existência de inúmeros pontos favoráveis e pertinentes a cada um dos lados.

Dessa forma, para uma parte da doutrina, a liberdade de agir (em juízo) do indivíduo sempre deve prevalecer, sendo que tal vertente acaba se subdividindo em duas, haja vista que há quem entenda que, por tal motivo, a figura do litisconsórcio ativo necessário simplesmente não existe no nosso ordenamento jurídico, e aqueles que aceitam sua existência, argumentando, contudo, que a legislação, tal como hoje escrita, não fornece meios processuais adequados para que a integração do litisconsorte seja possível sem que a liberdade de agir seja desrespeitada, culminando na extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência de uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade ad causam.

De outro lado, há os que defendem que o direito à tutela pelo Judiciário não pode ser obstado pela conduta de outrem, de forma que o litisconsorte renitente deverá integrar a demanda, ainda que não haja o desejo de litigar, através de sua citação.

Para alguns, haverá a citação e o litisconsorte se tornará, necessariamente, réu, podendo, inclusive, sofrer as consequências de possível contumácia (revelia). Para outros, para que se evite a estranheza de um autor em potencial ser citado faz-se necessária uma interpretação extensiva do instituto da citação, de forma que passa a ser vista, nesse caso, como um ato processual de comunicação e não de inclusão em determinado polo da demanda.

Em consonância com tal entendimento, há quem defenda, ainda, que o litisconsorte será intimado da existência da demanda, como já ocorre em alguns casos previstos em legislação esparsa, como a intimação da pessoa de direito público, cujo ato se questiona na ação popular, e das vítimas tuteladas em ação de consumo coletiva.

Seja como for, para que a exigência da necessariedade seja atendida e, consequentemente, torne eventual sentença plenamente eficaz, basta que o litisconsorte renitente componha a demanda, seja em que posição for, logo, uma vez integrado, estará livre para agir de acordo com sua melhor conveniência.

Poderá: (i) optar por ceder à pretensão do autor e litigar ao seu lado, podendo, assim, aditar a inicial; (ii) continuar resistindo a pretensão do autor originário, auxiliando o réu, formando, nesse caso, um litisconsorte unitário ulterior passivo; (iii) questionar apenas a formação do litisconsórcio ativo necessário propriamente dito, situação em que caberá ao juiz decidir. Se entender pela inexistência, de fato, de litisconsórcio necessário, providenciará sua exclusão; em caso negativo, o litisconsorte será colocado no polo ativo ou; (iv) quedar-se inerte, sem que sofra as severas consequências da revelia.

Destaca-se, por fim, que o legislador teve a oportunidade de pôr fim a tal problemática quando da elaboração do Anteprojeto do CPC de 2015, mas, infelizmente, acabou suprimindo a previsão expressa quanto ao litisconsórcio necessário ativo, deixando a cargo da jurisprudência (nem sempre uniforme) a solução da questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: abril de 2023.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: abril de 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003. 323p.

CORREIA, André de Luizi. **A citação no direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. 414p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** São Paulo: Malheiros, 1994. 415p.

DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **O princípio da proporcionalidade como meio para solucionar as questões do litisconsórcio necessário ativo.** In: Panorama atual das tutelas individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p.556-562.

FREIRE, Homero. **Estudo sobre o litisconsórcio necessário ativo.** In: Revista dos Tribunais, vol.348, nov-1964, p.14-32.

GREGO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol.01, 474p.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2004, vol.01, 415p.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil.** Salvador: JusPodivm, 2012, vol.01, 593p.

_____. **Litisconsórcio necessário ativo (?).** In: Panorama atual das tutelas individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p.401-410.

_____. **Litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário.** In: Revista de Processo, vol.208, jun-2012, p.407-421.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol.01, 585p.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 788p.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Litisconsórcio necessário ativo – interpretação e alcance do art. 47, parágrafo único do código de processo civil.** In: Revista dos Tribunais, vol.777, jul-2000, p.41-55.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário.** Rio de Janeiro: Forense, 1972. 365p.

SANTOS, Silas Silva. **Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo.** São Paulo: Atlas, 2013.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 318p.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: GARANTIA DA EFICÁCIA DA PENA OU VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE: GUARANTEE OF THE EFFICACY OF THE SENTENCE OR VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE?

Amanda Varginha Salgado[1]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância, e antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, são apresentados casos nos quais os tribunais superiores se manifestaram sobre a questão, demonstrando as divergências jurisprudenciais acerca do tema. O estudo também aponta as principais correntes doutrinárias que permeiam a discussão, bem como a legislação aplicável ao caso, de modo a fornecer argumentos suficientes para a formação da análise crítica apresentada acerca do assunto, na qual é defendida a constitucionalidade da previsão de que a pena somente pode ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação penal.

Palavras-chave: Segunda instância. Trânsito em julgado. Divergência.

Abstract: This article aims to analyze the possibility of imprisonment after the judgment in the second instance and before the final judgment of the criminal conviction within the scope of the national legal system. To this end, cases in which the higher courts have expressed their views on the matter are presented, demonstrating the jurisprudential divergences on the topic. The study also highlights the main doctrinal currents that permeate the discussion, as well as the applicable legislation, in order to provide sufficient arguments for the critical analysis presented on the subject, in which the constitutionality of the provision that the penalty can only begin after the final judgment of the criminal conviction is defended.

Keywords: Imprisonment. Second instance. Final judgment. Divergence.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar as diversas decisões em sede de habeas corpus e controle de constitucionalidade (ADC's 43, 44 e 54) da prisão após condenação em segunda instância, bem como suas consequências no âmbito jurídico.

O tema foi escolhido devido ao forte apelo social que o permeia, ensejando divergências sobre sua constitucionalidade. Visa o trabalho desmistificar a ideia comum de que a decisão do Supremo Tribunal Federal de impossibilitar a execução da pena após condenação em segunda instância de forma automática inviabiliza por

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada Vianna Júnior. Pós-Graduada em Direito Processual pela PUC Minas Virtual. Analista Judicial – Oficial de Justiça Avaliador da Justiça Federal do TRF3.

completo a prisão do réu já condenado diante dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais.

Além disso, o estudo tem como escopo apresentar os argumentos jurídicos de doutrinadores e juristas, expondo a dicotomia existente no assunto, estando de um lado os que entendem ser constitucional e necessária a prisão do condenado em segunda instância, independentemente do trânsito em julgado da decisão, e de outro lado os que entendem ser tal prisão violadora da Constituição da República e de seus princípios.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO

A decisão analisada no presente estudo foi proferida em Habeas Corpus pelo Superior Tribunal de Justiça e demonstra duas dentre as diversas decisões divergentes já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da prisão após condenação em segunda instância (BRASIL, 2020).

A ré do processo foi condenada em primeiro grau pelo crime de homicídio à pena de 14 anos em regime fechado. Ao interpor recurso perante o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas foi dado parcial provimento, porém o Tribunal determinou que fosse expedido mandado de prisão para iniciar o cumprimento da pena. Na decisão, o Tribunal de Justiça utilizou como argumento o acórdão do STF que permitiu a execução provisória da pena.

A ré, inconformada com a determinação, impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, visando garantir sua liberdade até o trânsito em julgado da decisão. No momento em que o remédio constitucional foi julgado, o STF já adotava outro posicionamento diante da execução provisória da pena, determinando que apenas poderia iniciar o cumprimento da sentença após o trânsito em julgado.

Dessa forma o STJ, apesar de reconhecer que não caberia habeas corpus no caso, entendeu tratar-se de flagrante violação do direito da ré, decidindo que o mandado de prisão fosse revogado, visto que o atual entendimento do STF não permite a execução provisória da pena, e não havia nos autos fundamentação da prisão preventiva.

Vejamos a decisão analisada:

> HABEAS CORPUS Nº 549032 - AM (2019/0358652-1) RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS IMPETRANTE : JOSEMAR BERCOT RODRIGUES E OUTRO ADVOGADOS : JOSEMAR BERÇOT RODRIGUES

- AM005935 JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR - AM007557 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS PA- CIENTE : MARIA JOSE SILVA DE SOUZA CORRÉU : OS- VALDO SILVA BENTES CORRÉU : JANE DA SILVA SAN- TOS CORRÉU : LENILSON BRAGA DA SILVEIRA INTERES.
: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS.
DESPACHO. Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de MARIA JOSE SILVA DE SOUZA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Extrai-se dos autos que a paciente foi condenada pela prática dos crimes dos arts. 121, § 2º, inciso I, c/c o art. 14, inciso II, e art. 288, parágrafo único, c/c o art. 69, todos do Código Penal, à pena total de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado. A defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu parcial provimento, nos termos do acórdão de fls. 6-34 (e-STJ) e determinou, ainda, que "A par da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, determino, tão logo esgotada a presente instância, que se inicie o cumprimento provisório das penas, expedindo-se, para tanto, os competentes mandados de prisão e comunicando-se ao juízo de origem acerca do resultado deste julgamento, a fim de que expeça, oportunamente, a devida guia de execução provisória" (e-STJ, fl. 34). Neste writ, a defesa alega, em suma, que não houve trânsito em julgado da sentença penal condenatória, na medida em que se encontra tramitando o AREsp 1514998/AM, razão pela qual não é possível a decretação de prisão automática tão somente em virtude da confirmação da sentença em segunda instância. Requer a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que seja imediatamente expedido contramandado de prisão, para que a paciente aguarde em liberdade até o trânsito em julgado da sentença. A liminar foi indeferida (e-STJ, fl 61). Prestadas as informações (e-STJ, fls. 61-112 e 121-128), o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do writ e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 132-152). É o relatório. Decido. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício. Extrai-se do acórdão que deu provimento ao apelo defensivo, verbis: "A par da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julga- mento do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, determino, tão logo esgotada a presente instância, que se inicie o cumprimento provisório das penas, expedindo-se, para tanto, os competentes mandados de prisão e comunicando-se ao juízo de origem acerca do resultado deste julgamento, a fim de que expeça, oportunamente, a devida guia de execução provisória" (e-STJ, fl. 34). Embora tenha sido invocado a possibilidade de execução provisória da pena após a esgotadas as instâncias ordinárias, entendimento este já superado com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54 do STF, verifica-se que não foi declinado pelo acórdão a motivação para a prisão preventiva da ora paciente, nos termos do art. 312 do CPP. Assim, a prisão, antes de esgotados todos os recursos cabíveis, apenas poderá ocorrer por decisão individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Confiram-se: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS COR- PUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. IM- POSSIBILIDADE. NOVO

> ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RÉU QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. SENTENÇA CONFIRMADA EM RECURSO DE APELAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Supremo Tribunal Federal, julgando definitivamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, firmando nova orientação, erga omnes e com efeito vinculante, no sentido de que a execução da pena privativa de liberdade só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação. 2. No caso, a concessão da ordem de habeas corpus suspendendo a execução provisória da reprimenda se afigura correta, dado que o ora agravado respondeu solto à acusação e a prisão foi determinada pelo Tribunal de origem, exclusivamente, com base na execução provisória da pena em virtude da confirmação da sentença em segundo grau. Ademais, verifica-se que ainda não houve o trânsito em julgado da condenação, porquanto consta a interposição de agravo em re- curso extraordinário ainda pendente de julgamento. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."(AgRg no HC 545.264/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 18/05/2020)"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. NEGATIVA DO RECURSO EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E SUFICIENTE DE FATOS CONTEMPORÂNEOS. EXECUÇÃO AUTOMÁTICA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. NÃO POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O STJ não admite a execução automática da sentença condenatória do Tribunal do Júri e a prisão preventiva, nessa circunstância, somente poderá ser decretada se houver justificativa em fatos concretos suficientes e contemporâneos. Precedentes. 2. A custódia do acusado, após sua condenação pelo Tribunal de Júri, foi fundamentada apenas na possibilidade abstrata de risco à aplicação da lei penal em função da sanção imposta, o que não é suficiente. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 565.921/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 28/05/2020) Na espécie, verifica-se que o acórdão deter- minou a expedição de mandado de prisão apenas com base no HC 126.292/SP do STF, e ainda pende de julga- mento o ARESp 1514998/AM. Ante o exposto, não conheço do habeas corpus, contudo, concedo a ordem de ofício para assegurar à paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a existência de motivos concretos, novos ou contemporâneos que justifiquem a necessidade da prisão preventiva. Publique-se. Intime-se. Brasília, 09 de setembro de 2020. Ministro Ribeiro Dantas Relator (STJ - HC: 549032 AM 2019/0358652-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 10/09/2020).

Para compreender a discussão acerca da possibilidade de prisão em segunda instância, bem como as duas decisões citadas no acórdão, é necessário entender não apenas as posições jurisprudenciais sobre o tema, mas também as divergências doutrinárias.

3. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

O tema acerca da execução provisória da pena sempre ensejou debate no âmbito jurídico e social. Isso porque é comum ver réus condenados em segunda instância, que cometeram crimes bárbaros, mas que continuam em liberdade devido

à morosidade do processo. É cediço que o Poder Judiciário, há muito tempo, encontra-se abarrotado de processos, não havendo estrutura, física e material, para o julgamento rápido de todos eles.

Dessa forma, diversos réus acabam permanecendo soltos devido à prescrição, consequência da demora do poder punitivo do Estado, o que acarreta senti- mento de injustiça e impunidade na sociedade. Assim, parte da jurisprudência e da doutrina defende há muito que o grande número de recursos existentes no Brasil, junto com a demora processual, inviabiliza a plena sanção vinda do Estado aos corruptores.

Acompanhando esse entendimento, durante anos foi adotada pelos Tribunais a corrente doutrinária de que os recursos especial e extraordinário não possuíam efeito suspensivo, devendo o réu condenado em segunda instância ser preso automaticamente, independe dos requisitos da prisão preventiva. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a súmula 267, que ditava que a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obstava a expedição de mandado de prisão (BRASIL, 2002).

Em 2009, no julgamento do habeas corpus 84.078, houve mudança de entendimento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, concluindo que a execução da pena somente poderia ocorrer com o trânsito em julgado da condenação. Na época o STF afirmou que:

> A ampla defesa não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão (HC 84.078, BRASIL, 2009).

Em 2016, no julgamento do HC 126.292, o STF modificou sua posição, entendendo ser possível a execução provisória da pena, mesmo quando ausente os requisitos da prisão preventiva, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário. Para o Supremo, tal prisão não violava o princípio da presunção de inocência, já que é possível fixar limites às garantias constitucionais (BRASIL, 2016).

Os fundamentos da decisão se basearam no fato de que nos recursos especial e extraordinário não há reanalise fática probatória, mas apenas questões de direito. Ou seja, a análise da própria responsabilização criminal do acusado, de acordo com a Corte, ocorre em instâncias ordinárias. Com a decisão, o Supremo Tribunal Federal

buscou alcançar o equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetiva função jurisdicional penal.

O julgado ressaltou que a não execução provisória da pena faz com que o acusado, em muitos casos, interponha diversos recursos protelatórios, visando a prescrição da pretensão punitiva ou executória. Por outro lado, em caso de flagrante violação ao direito do réu pelas vias ordinárias, o réu poderia, ainda, interpor medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário e interpor o próprio habeas corpus.

No mais, foi usado como argumento a favor da execução provisória o fato de, na maior parte dos países, depois da condenação em segundo grau de jurisdição, o réu já iniciar o cumprimento da pena, independentemente de manifestação da Corte Superior. É importante ressaltar que o HC 126.292 ocorreu na mesma época do julgamento do denominado “mensalão”, momento em que a sociedade começou a acompanhar de forma mais ativa os julgamentos proferidos pela Corte. Além disso, neste momento histórico, diversos casos de corrupção haviam sido julgados, e a maior parte da população cobrava por efetiva punição.

No dia 07/11/2019 a Suprema Corte novamente modificou sua posição ao julgar as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54, voltando a afirmar que o cumprimento da pena somente poderá ter inicio com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Na ação era discutida a constitucionalidade do artigo 283 do CPP que dita, *in verbis*:

> Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso de investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 2011).

No julgamento, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo supracitado, afirmando ser completamente compatível com a Carta Magna. Ao proferir a decisão, o Supremo reafirmou que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição é claro, não deixando margem para controvérsia, ditando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por fim, afirmou o Tribunal que o Poder Público não poderia embasar suas decisões no clamor popular.

É importante ressaltar que a decisão proferida em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade possui força vinculante e eficácia geral, devendo ser

observada por todos os juízes no momento de aplicação do artigo. Dessa forma, com a decisão proferida pelo Supremo na Ação Declaratória de Constitucionalidade não podem os Tribunais determinar de imediato o inicio do cumprimento da pena, após condenação em segundo grau.

O tema está longe de ser pacificado, tendo em vista que a decisão proferida em 2019 foi tomada com a diferença de apenas um voto. Além disso, existem propostas de emenda à constituição visando possibilitar a prisão após condenação em segunda instância, como a PEC 05/19, que ainda não foi votada.

No caso escolhido para análise, é possível perceber duas dentre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A ré, ao interpor recurso de apelação, teve acórdão proferido durante o entendimento do STF de que era constitucional e devida a execução provisória da pena. Porém, no momento em que houve a impe- tração do Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, já era outro o entendimento adotado, ou seja, a pena apenas deveria ser iniciada após o trânsito em julgado, o que ensejou o levantamento do mandado de prisão.

4. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Diversas são as correntes doutrinárias acerca do tema. No presente projeto serão apresentados alguns doutrinadores com posições divergentes, que representam os posicionamentos antagônicos e seus argumentos.

Para o processualista Renato Brasileiro (2019) há flagrante violação da Constituição da República, especialmente em seu artigo 5º, LVII, bem como à lei infraconstitucional, na decisão que permite a execução provisória da pena, visto que tanto a Constituição quanto o Código de Processo Penal preveem a prisão apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De acordo com o doutrinador, apesar de a Convenção Americana de Direitos Humanos prever que o princípio da presunção de inocência se estende até a comprovação legal da culpa - que ocorre com a prolação de acórdão condenatório - a Constituição Federal de 1988 dispõe claramente que somente o trânsito em julgado afasta o estado inicial de não culpabilidade. Neste caso, a Carta Magna deve prevalecer sobre o tratado internacional (BRASILEIRO, 2019).

Ademais, no que tange a previsão infraconstitucional, também não há dúvidas para o autor acerca da opção do legislador em prever a prisão apenas após o trânsito em julgado. Isto porque a lei 12.403/11 conferiu redação ao artigo 283 do CPP ditando

que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASILEIRO, 2019).

Para Renato Brasileiro (2019), a nova redação do artigo supracitado revogou tacitamente o artigo 637 do CPP, que previa que aos recursos extraordinários não se aplicava o efeito suspensivo. Dessa forma afirma o autor, *in verbis*:

> Logo, o caráter extraordinário dos recursos especiais e extra- ordinários, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena. Isso porque o caráter "extraordinário" desses recursos não afeta o conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido pelo art. 283 do CPP como marco final do processo para fins de execução penal (BRASILEIRO, 2019, p. 51).

Além disso, o processualista explicita que é um erro entender que as previsões do Novo Código de Processo Civil (NCPC) tenham revogado artigos do Código de Processo Penal (CPP). A discussão surge visto que alguns doutrinadores defendem que a previsão do CPC de que os recursos extraordinários e especiais não possuem efeito suspensivo teria revogado a previsão do artigo 283 do CPP. Renato Brasileiro (2019) defende que é premissa básica do direito processual penal que a aplicação do CPC é apenas subsidiária e supletiva, ou seja, quando restar evidenciada lacuna na lei, o que não é o caso. Assim afirma, *in verbis*:

> Não bastasse isso, é fato que o artigo 283 do CPP consiste em mera reprodução da cláusula pétrea do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, cujo núcleo essencial jamais poderá sofrer qualquer restrição, quer por parte de uma lei ordinária (Lei nº 13.105/15 – NCPC), quer pelo próprio Poder Constituinte (BRASILEIRO, 2019, p. 52).

Por fim, o doutrinador defende que para solucionar o imbróglio deve ocorrer mudança legislativa, e não jurisprudencial, como já tentou fazer o STF, para que assim seja antecipado o momento do trânsito em julgado, modificando a natureza jurídica dos recursos especiais e extraordinário. No mais, cabe ao Tribunal analisar de forma mais severa os recursos nitidamente protelatórios, determinando, nesses casos, o início da execução da pena.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Acompanhando o posicionamento de Renato Brasileiro, Eugênio Pacelli (2017) entende que a execução provisória da pena enseja em clara violação à constituição e ao princípio da presunção de inocência. Para o doutrinador:

> A menos que se modifique a Constituição, como assim queria a conhecida proposta de Emenda Constitucional designada por Emenda Peluso, não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser por essa via (constitucional) (PACELLI, 2017, p.39).

Para Pacelli (2017) a lei brasileira veda expressamente a prisão antes do trânsito em julgado de forma automática, a não ser quando amparada por medidas cautelares. Em suma, entende o autor:

> Exceções ao princípio, é claro, até poderão ocorrer, sem qualquer mácula ao pensamento garantista, como, de resto, comprova-o o direito comparado, mundo afora. Em situações e contexto absolutamente excepcionais. O Direito é regra, mas é, também exceção (PACELLI, 2017, p.39).

Apesar de alegar compreender as dificuldades enfrentadas pelo sistema processual penal no Brasil, devido a grande morosidade do judiciário, bem como ao grande número de recursos protelatórios, o doutrinador entende que a decisão do STF viola a Constituição. De acordo com Pacelli, seguindo a mesma linha de raciocínio de Renato Brasileiro, para haver a possibilidade legal de execução provisória da pena, é necessária mudança na Constituição:

> De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar; jamais descumprir. Assim não pareceu ao Supremo Tribunal Federal, todavia, que nas ADC nos 43 e 44 (julgadas pelo Plenário em 5.10.16) fixou a execução provisória como regra, após condenação em segundo grau. Não vemos como defender a decisão, posto que diametralmente oposta ao texto de lei (CPP) e à norma constitucional, muito embora endossemos as críticas feitas à opção do legislador (PACELLI, 2017, p. 235).

Por fim, insta salientar que o doutrinador Fernando Capez (2019), penalista, também defende ser equivocado que o Poder Judiciário determine a execução provisória da pena, logo após condenação em segunda instância. Os argumentos utilizados pelo autor são os mesmo já indicados acima. Nas palavras do autor “a justa indignação popular com a ineficiência do Estado em garantir a proteção de valores

fundamentais, não serve de justificativa para buscar, como paliativo, o ultraje à CF" (CAPEZ, 2019, Estado de inocência e execução provisória da pena).

Apesar do exposto, há diversos doutrinadores que entendem ser possível e constitucional a execução provisória da pena. Dentre eles há Rogério Sanches que defende em seu livro que o princípio da presunção de inocência é dinâmico, diminuindo sua incidência ao longo do julgamento, com as provas produzidas e o julga- mento em segunda instância (SANCHES, 2019).

Além disso, para o autor o conceito de trânsito em julgado no processo penal não deve ser o mesmo adotado no processo civil. No processo penal a decisão transita em julgado com o esgotamento da análise fática, e não dos recursos possíveis. Nas palavras do penalista (2019, p.114), "não fosse isso o bastante, pressupor, no processo penal, o encerramento de todas as formas recursais tornaria inalcançável o trânsito em julgado porque a revisão criminal está elencada entre os recursos".

No mais, Rogério Sanches (2019) entende que a execução provisória da pena não viola princípios garantistas, mas sim assegura o postulado de proteção para que se evite a insuficiência de tutela dos bens jurídicos.

Para o autor, impedir a execução provisória da pena ocasiona a seletividade penal, visto que não são todos os réus que possuem condições financeiras de pagar todos os custos do processo até o tribunal superior, além de alegar o doutrinador que as Defensorias Públicas não possuem condições de atender a todos os seus assistidos. No mais, defende que a impossibilidade da prisão após condenação em segunda instância enseja a proliferação de recursos especiais e extraordinários com o intuito meramente protelatório. Por fim, aponta como consequência a sensação de impunidade na sociedade e de descrédito do poder judiciário e do próprio direito (SANCHES, 2019).

No mais, entende o autor que o fato de as penitenciárias brasileiras se encontrarem em "estado de coisa inconstitucional", conforme ADPF 347, não impossibilita e nem influencia na execução provisória da pena. Veja o texto:

> No entanto, embora se reconheça a existência de graves problemas estruturais no sistema penitenciário, deve ser ressalta- do que isso não guarda relação direta com a execução da pena, mas decorre da multiplicação de prisões cautelares sobre fatos que, não raras vezes, carecem de maior importância. Não se justifica que, em virtude de decisões judiciais reversíveis, de natureza precária, impeça-se o cumprimento de outras decisões que, sobre os fatos e as provas, são definitivas. (SAN- CHES, 2019, p. 116)

5. NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA

Diversas são as normas jurídicas e princípios que fazem parte da controvérsia acerca da execução provisória da pena. Inicialmente, o artigo 5º em seu inciso LVII da Constituição é a principal norma a ser analisada, visto estar prevista na Carta Magna e ser considerada cláusula pétrea (BRASIL, 1988).

De acordo com a norma constitucional, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tal previsão é a definição basilar do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade. De acordo com Fernando Capez (2011, p.44), o princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos, sendo eles, na instrução processual, na avaliação do ônus da prova e no curso do processo penal e como parâmetro de tratamento ao acusado.

O artigo supracitado, bem como o princípio da presunção de inocência, são os principais fundamentos utilizados pela doutrina e pelo próprio Supremo Tribunal Federal para impossibilitar o início da execução da pena logo após a condenação em segunda instância.

Além do artigo previsto na constituição, há diversos artigos infraconstitucionais presentes na discussão, entre eles o artigo 283 do Código de Processo Penal, e o 995 e 1.029, §5º, do Código de Processo Civil. O debate acerca destes dispositivos ocorre devido ao fato de que o CPC prevê expressamente que os recursos especiais e extraordinários não são dotados de efeito suspensivo. Ou seja, o acórdão proferido em segunda instância permanece produzindo seus efeitos quando há a interposição de tais recursos.

Por outro lado, o artigo 283 do CPP dita que o réu somente pode ser preso após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, para alguns doutrinadores, como já analisado acima, a previsão do CPC teria revogado tacitamente a previsão do CPP, tendo em vista que seus efeitos são divergentes. Apesar de parte da doutrina defender a revogação tácita da previsão do Código de Pro- cesso Penal, o Supremo não adotou esse posicionamento (BRASIL, 2011).

No mais, o artigo 283 do CPP também possui grande relevância no tema ora debatido, visto que foi o objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, 44 e 54, tendo seu conteúdo sido declarado constitucional. A partir dessa decisão, inclusive, passou-se a adotar o posicionamento atual de que a prisão somente pode ocorrer após o trânsito em julgado (BRASIL, 2011).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

6. ANÁLISE CRÍTICA

Diante de todo o exposto, entendo ser correta a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADC's 43, 44 e 45, ou seja, que é constitucional a previsão de que a pena somente pode ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação penal. Consequentemente, compreendo que o acórdão apresentado no início desse trabalho também foi correto, determinando a soltura da ré, para que assim, pudesse recorrer em liberdade, visto a inexistência de execução provisória após decisão da segunda instância.

Inicialmente, é importante ressaltar que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição é claro ao afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não deixando brechas para interpretações. Conforme afirma o Ministro Marco Aurélio no acórdão proferido das ADC's 43, 44 e 45, com o qual concordo, "há uma máxima em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional".

Dessa forma, entendo que, antes de qualquer discussão, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição da República, devendo zelar por suas regras e princípios, garantindo sua máxima aplicabilidade. Entendo que não cabe ao Supremo tentar encontrar interpretações inexistentes em regras claras, para atender as pressões sociais.

No mais, o objeto da análise das Ações Declaratória de Constitucionalidade 43, 44 e 45, qual seja, o artigo 283 do CPP, apenas se limitou a transcrever os preceitos constitucionais, sendo nítida a sua conformação com a Carta Maior. Portanto, antes de adentrar nos pormenores jurídicos da decisão, entendo não ser função constitucional do Supremo Tribunal Federal a modificação do ordenamento jurídico, devendo, qualquer mudança, principalmente as mais bruscas como no caso, ser feita pelo Poder Legislativo e não pelo Judiciário.

Passando aos demais pontos, o princípio da presunção de inocência é direito basilar do Estado Democrático de Direito, garantindo a todo cidadão que apenas será tratado como culpado por determinado crime, quando esgotados todos os recursos que lhes são garantidos. O trânsito em julgado da sentença é o marco processual que efetivamente define o réu como culpado pelo que lhe é imputado. Qualquer forma anterior ao trânsito em julgado que presume sua culpa, principalmente limitando um dos seus principais direitos que é a liberdade, fere a Constituição.

Outra questão que me parece relevante ao tema, é o reconhecimento do "estado de coisa inconstitucional" das penitenciárias brasileiras. Em minha opinião, é no mínimo temerário permitir que um cidadão permaneça em estados degradantes a sua integridade, sem ao menos ter a certeza (jurídica) de sua culpa por determinado crime. Apesar de, realmente, a análise fática e probatória dos crimes findar no acórdão proferido em segundo grau, os recursos especiais e extraordinários podem possibilitar a absolvição do acusado.

Por outro lado, é cediço que a morosidade processual ocasiona diversas impunidades no Brasil. Tanto é que o Brasil já foi condenado, mais de uma vez, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelas falhas na aplicação de punições aos autores de crimes. O Ministro Fachin trouxe tal argumento para seu voto das ADC's, dando como exemplo o caso da Maria da Penha, que sofreu tentativa de homicídio por seu cônjuge, e após 17 anos de processo, ainda não tinha sido punido.

Apesar de ser nótorio os problemas que acarretam a morosidade processual, concordo com os posicionamentos de Renato Brasileiro, Pacelli e Capez de que a melhor forma para resolver tais empasses seriam através de emenda constitucional ou de mudanças infraconstitucionais, modificando o termo final dos processos penais. Ou seja, as mudanças acerca do tema devem surgir do Poder Legislativo, e não do Judiciário, a quem cabe apenas a aplicação das normas.

Por fim, é de suma importância ressaltar que o fato de a execução provisória da pena ser afastada de forma automática pelo STF, não quer dizer que pessoas condenadas em segunda instância necessariamente recorrerão em liberdade. É importante analisar o tema sob outra perspectiva, e não apenas sobre a análise comum de impossibilidade definitiva e irrestrita da prisão antes do trânsito em julgado.

Nos casos em que o acusado preencher os requisitos da prisão preventiva, o réu poderá ser preso cautelarmente, mesmo antes do trânsito em julgado. Dessa forma, nos casos em que o acusado trouxer riscos a alguém, ou ao normal desdobramento do processo, poderá ser recolhido a prisão preventivamente. Por exemplo, no caso apresentado para embasar este estudo, a ré foi posta em liberdade devido às mudanças de interpretação da lei feita pelo STF. Porém, caso ela se encaixe dentre os requisitos necessários para a prisão preventiva, ela poderá ser recolhida a prisão, mesmo antes do trânsito em julgado. Ou seja, a prisão não será automática com o acórdão proferida em segunda instancia, mas sim fundamentada e justificada diante de fatos concretos.

7. CONCLUSÃO

Em suma, o presente projeto apresentou os argumentos jurídicos que envolvem a discussão acerca da prisão após condenação em segundo grau. O tema é de grande complexidade e possui diversos desdobramentos, o que o torna de grande relevância social. É indiscutível que mudanças no ordenamento jurídico devem ser feitas para que o Estado consiga alcançar efetiva proteção social, e punição dos delinquentes. Dessa forma, é plenamente justificável o grande apelo social que per- meia tal discussão.

O escopo do estudo foi apresentar um parâmetro geral do tema, as diversas modificações jurisprudenciais que já ocorreram, e que também são explicáveis visto a dificuldade de solucionar o problema da sensação de impunidade existência em nossa sociedade.

Além de um parâmetro geral das jurisprudências, também foi apresentado posições divergentes de grandes processualistas e penalistas do Brasil, como Renato Brasileiro, Pacelli, Fernando Capez e Rogério Sanches.

Por fim, como já afirmado, atualmente a decisão prevalecente determina que os acusados não podem ser presos de forma automática após a condenação em segundo grau, devendo ser aguardado o transito em julgado para o inicio da execução da pena. Porém, ainda não se pode falar que houve a pacificação da discussão, visto existirem diversas ações que ainda tramitam no Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, e propostas de emendas à constituição e de leis visando a modificação da regra aplicada na jurisprudência.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 out 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 18 out 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 18 out 2020.

BRASIL. Senado. **Proposta de Emenda à Constitucional, nº 5 de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>. Acesso 18 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **HC 84.078**, Rel. Min. Eros Grau. Informativo nº 534 do STF - Brasília, 2 a 6 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087551&bas e=baseAcordaos>. Acesso em: 06 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **HC 126.292/SP**, Rel. Min, Teori Zavascki, j. 17/02/2016, DJE 100 16/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 09 out 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **HC: 549032** AM 2019/0358652-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 10/09/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924569469/habeas-corpus-hc-549032-am-2019-0358652-1?ref=serp>. Acesso em: 09 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43**. Relator: Min. Marco Aurélio, 07 nov 2019. Distrito Federal, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 267: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Diário da Justiça: Terceira Seção, em 22.05.2002 DJ 29.05.2002, p. 135. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em 18 out 2020.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal simplificado: parte geral**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ. Fernando e Hans Robert. **Estado de Inocência e Execução Provisória Da Pena**. 2019. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/capez-robert- estado-inocencia-execucao1.pdf>. Acesso 18 out 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 7. Ed. Ver. Ampl e atual – Salvador. Ed. Juspodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima – 7.ed.rev., ampl. e atual – Salvador. Ed. Juspodivm, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**/ Eugênio Pacelli. - 21. Ed. rev., ampl e atual – São Paulo: Atlas, 2017.

STF decide que o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos (é proibida a execução provisória da pena). Dizer o Direito, 2019. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/11/stf-decide-que-o-cumprimento-da-pena.html>. Acesso 18 out 2020.

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

THE MEDIATION INSTITUTE: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE

Mariana Haefliger Reineri[1]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise sobre o instituto da mediação, tendo em vista que o Novo Código de Processo Civil, em vigência a partir do ano de 2016, trouxe disposições consideráveis sobre a mediação, que não era tratada no antigo Código de Processo Civil de 1973. Neste norte, o foco do trabalho é expor quais foram as principais alterações trazidas pela nova legislação, no que tange o instituto da mediação judicial. No entanto, não é possível deixar de analisar a mediação extrajudicial, que já era tratada pela Resolução n. 125/10 do CNJ e pela Lei n. 13.140/15 – Lei da Mediação. Além disso, será traçada uma breve evolução histórica da mediação no Brasil, visando demonstrar que, atualmente, referido instituto atingiu seu ápice legislativo, mediante imposição do legislador à prática da técnica resolutiva de conflitos nos Tribunais pátrios. Por fim, busca-se concluir se a obrigatoriedade da implantação da mediação será de fato eficaz, acelerando a resolução de conflitos dentro dos órgãos do Poder Judiciário e diminuindo com o volume de processos de maneira rápida, ou se não passará de um atraso processual, considerando o tempo necessário para cada sessão de mediação e o dispêndio para as partes envolvidas.

Palavras-chave: Mediação. Novo Código de Processo Civil. Evolução. Método alternativo.

Abstract: This article aims to carry out an analysis of the institute of mediation, considering that the New Code of Civil Procedure, in force from 2016, brought considerable provisions on mediation, which was not dealt with in the old Code of Civil Procedure of 1973. In this sense, the focus of the work is to expose what were the main changes brought about by the new legislation, with regard to the institute of judicial mediation. However, it is not possible to fail to analyze extrajudicial mediation, which was already addressed by Resolution no. 125/10 of the CNJ and by Law no. 13,140/15 – Mediation Law. Furthermore, a brief historical evolution of mediation in Brazil will be outlined, aiming to demonstrate that, currently, this institute has reached its legislative peak, through the imposition of the legislator to practice the conflict resolution technique in the Brazilian Courts. Finally, we seek to conclude whether the mandatory implementation of mediation will in fact be effective, accelerating the resolution of conflicts within the bodies of the Judiciary and reducing the volume of processes quickly, or whether it will be nothing more than a procedural delay, considering the time required for each mediation session and the expense for the parties involved.

Keywords: Mediation. New Code of Civil Procedure. Evolution. Alternative method.

[1] Graduada em Direito pela UNIOESTE. Pós-graduada em Direito Processual Civil na Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança do Centro Universitário UNINTER. Pós-graduada em Direito Privado na LEGALE. Assistente de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: mari.01@hotmail.com.br.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

1. INTRODUÇÃO

Cumpre observar que, segundo relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, todo ano, para cada dez novas demandas que são ajuizadas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Neste norte, os Tribunais pátrios deparam-se hoje com um grande déficit operacional, necessitando de medidas urgentes e eficazes para diminuir o volume processual em tramitação (AZEVEDO, 2015, p. 13).

Dessa feita, o instituto da mediação judicial aparece como uma forma de resolução de conflitos apta a solucionar questões que demorariam anos, no caso de instrução do processo. Ademais, referido instituto visa, além de um desfecho rápido, a eficácia do resultado, no sentido de contentar ambas as partes, fazendo com que estas reestabeleçam vínculos e passem a ter um convívio saudável após o deslinde do processo.

No entanto, para alcançar o fim almejado, muitas vezes as sessões de mediação perduram por horas, de modo extremamente desgastante para os envolvidos no conflito. Ainda, em alguns casos, o mediador necessita do apoio de equipe técnica especializada, como psicólogos e assistentes sociais, para possibilitar que a contenda seja resolvida. No final, corre-se o risco de o resultado não ser positivo e haver necessidade de instrução processual.

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, a partir de março de 2016, os Tribunais viram-se obrigados a designar audiência preliminar de mediação, logo após o recebimento do pedido inicial, antes mesmo da oferta de contestação pela parte contrária (PINHO; SOUZA, 2016, p. 321).

Neste contexto, depara-se com um problema: se a obrigatoriedade da implantação da mediação no Poder Judiciário será algo que vai acelerar o andamento processual e diminuir o volume de demandas, com solução rápida dos conflitos; ou se a referida imposição será algo dispendioso para os auxiliares da justiça, exigindo muito tempo e trabalho, por vezes desperdiçados, haja vista a possibilidade de não obtenção de êxito, além de causar dano para as partes, que participam de várias sessões, com afloramento de sentimentos, possivelmente prejudiciais.

Para tanto, faz-se necessária uma análise das legislações que positivaram o instituto da mediação, principalmente do Código de Processo Civil, que regulamentou a mediação judicial, buscando averiguar os benefícios e malefícios que está imposição legislativa pode trazer aos Tribunais pátrios.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Não é de hoje que vem se pensando em um meio alternativo de solução de conflitos que vise, além da conciliação entre as partes, atingir a satisfação dos interesses e das necessidades dos envolvidos. A história da mediação está ligada ao movimento de acesso à justiça iniciado na década de 70, sendo que, a busca por formas de solução de disputas que auxiliassem na melhoria das relações sociais foi um fator que influenciou significativamente esse movimento (AZEVEDO, 2015, p. 30).

Foi neste período que se optou por incluir a mediação como fator preponderante no ordenamento jurídico, tendo em vista o início da percepção da relevância de técnicas e processos autocompositivos como meio de efetivamente realizar os interesses das partes (AZEVEDO, 2015, p. 30).

No entanto, foi apenas com o Projeto de Lei n. 4.827/98 que a mediação começou a ganhar forma legislativa no Brasil. Referido projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados, no ano de 2002, pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PCL 94, de 2002 (PINHO, 2011, p. 3). Apesar dos esforços em aprovar o projeto, no ano de 2004 foram apresentados diversos projetos de lei para modificar o Código de Processo Civil, o que acabou dificultando o andamento do PCL 94.

Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça, por meio de seu então presidente, Ministro Joaquim Barbosa, aprovou a Resolução n. 125/2010, a qual dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Mencionada Resolução foi um passo gigantesco para a regulamentação e efetivação da mediação nos tribunais brasileiros, considerando que os compeliu a criar Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pela realização das sessões de audiências de conciliação e mediação.

Mas a positivação legislativa da mediação somente começou a tomar forma quando da apresentação do Projeto de Lei n. 166/10, no ano de 2009, com o objetivo de editar um Novo Código de Processo Civil. O texto foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, local no qual recebeu o número de Projeto de Lei 8.046/10 (PINHO, 2011, p. 3/4).

O Projeto de Lei n. 8.046/10 foi instituído em 16 de março de 2015, pela Lei n. 13.105/15, a qual estabeleceu o Novo Código de Processo Civil, amplamente preocupado em efetivar o instituto da mediação nos tribunais brasileiros (BRASIL, 2015a).

Além das alterações no Código de Processo Civil, que visaram implantar a mediação, tem-se que no mesmo ano de 2015 foi sancionada a Lei n. 13.140/15, que dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Referida legislação regulamentou tanto a mediação judicial como a extrajudicial (BRASIL, 2015b).

Em 2012, a Secretaria de Reforma do Judiciário criou a Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM), com a finalidade de capacitar tecnicamente mediadores e conciliadores para atuar no Judiciário. Na atualidade tradicionais centros privados de Arbitragem passaram a incorporar a Mediação dentre suas atividades, bem como as principais faculdades do país passaram a oferecer a disciplina de Mediação em seus cursos de Direito, Psicologia e Negócios (MAIA; BIANCHI, GARCEZ, 2016, p. 49).

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) instituiu um Colégio de Presidentes das Comissões de Mediação e Arbitragem, com a intenção de fomentar a utilização desses métodos de resolução de conflitos no âmbito nacional. Ainda, vale destacar o projeto da Casa da Mediação no Rio Grande do Sul, a qual oferece atendimento gratuito de solução de conflitos às pessoas hipossuficientes, bem como o trabalho da Câmara de Mediação de Conflitos do Rio de Janeiro, que tem por competência a condução de casos que envolvem advogados e estagiários no exercício de suas funções (MAIA; BIANCHI, GARCEZ, 2016, p. 49).

Dessa feita, verifica-se que a mediação, como meio alternativo de solução de conflitos, atinge hoje seu ápice histórico no Brasil, haja vista que duas importantes leis entraram em vigor entre os anos de 2015 e 2016, de modo a regulamentar e implantar totalmente o procedimento da mediação judicial e extrajudicial, além de todo o apoio que a técnica está recebendo das mais variadas instituições, a fim de que se torne completamente efetiva.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO

Para a aplicabilidade da medição, se faz necessária a observância de alguns princípios, tanto por parte dos envolvidos, como por parte do mediador, auxiliares e magistrado, visando atingir sua finalidade, nesse sentido:

> Para que a mediação possa concretizar seus escopos e atender às expectativas daqueles que a adotam como método autocompositivo de solução de seus conflitos e interesses, é indispensável que se desenvolva segundo princípios que orientam a atividade do mediador e a postura dos participantes, e preservam as características essenciais do instituto (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 101).

Desse modo, dentre os princípios que norteiam o instituto da mediação no direito brasileiro, é possível destacar os seguintes:

3.1 Imparcialidade

A imparcialidade se aplica ao mediador da mesma maneira que se aplica ao Juiz da causa, cabendo a esse o dever de compreender a realidade dos mediados, sem que algum preconceito ou valor pessoal interfira na sua intervenção. O mediador tem que se abster de qualquer ação ou conduta que aparente preferência ou favoritismo entre os mediados (SAMPAIO; NETO, 2007, p. 35/36). A doutrina informa que “Mediadores e conciliadores devem atuar de maneira equidistante e livre de quaisquer comprometimentos, sejam de que ordem forem, com relação às partes envolvidas na disputa e jamais devem aceitar qualquer espécie de favor ou presente” (MARTINS, 2016).

No entanto, inevitavelmente, ao ouvir os relatos dos mediados, o mediador faz juízos de valor e considera mais justa ou razoável a pretensão de um deles, haja vista que sua natureza humana o impele para tanto. Por isso, o que se exige do mediador é que ativamente se esforce para se manter imparcial e equidistante (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 108).

3.2 Oralidade

A mediação possuí um procedimento informal e simples, valorizando extremamente a oralidade e o diálogo. O objetivo é que as partes compreendam as visões e perspectivas umas das outras, discutindo seus interesses, a fim de que as opções possam ser exploradas até o alcance do acordo final (MARTINS, 2016);

3.3 Informalidade

Se constituí a mediação em um processo construído pelas próprias partes, com a ajuda de um mediador. Neste norte é que os envolvidos devem focar nos seus

interesses e soluções para o conflito, ao invés de expor o problema formalmente e convencer a outra parte sobre suas posições jurídicas (MARTINS, 2016).

É de se consignar, doutro vértice, que a informalidade, por vezes, acaba por esbarrar nos demais princípios que estruturam a mediação. Note-se que algumas formalidades ainda devem ser observadas para o pleno desenvolvimento do instituto, como, por exemplo, a autoria e protagonismo dos participantes, bem como o sigilo pactuado antes do início das sessões. Ademais, para que o acordo tenha plena eficácia, devem ser preenchidos alguns requisitos estabelecidos em lei, o que relativiza o princípio da informalidade (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 107);

3.4 Autonomia da vontade das partes

A autonomia da vontade das partes significa "garantir às partes o poder de optarem pelo processo uma vez conhecida essa possibilidade, administrar o conflito da maneira que bem desejarem ao estabelecer diferentes procedimentos e total liberdade de tomar as próprias decisões" (SAMPAIO; NETO, 2007, p. 35).

Desta forma, é certo que a atuação dos mediadores deve respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos no conflito, dando-lhes liberdade o suficiente para chegarem às suas próprias decisões, em qualquer momento processual, facultando-lhes, inclusive, a desistência ou interrupção da mediação, quando assim desejarem (MARTINS, 2016);

3.5 Confidencialidade

O princípio da confidencialidade opera no sentido de que o mediador deverá manter sob sigilo "todas as informações, fatos, relatos, situações, documentos e propostas, não podendo fazer uso deles para proveito próprio ou de outrem.". (SAMPAIO; NETO, 2007, p. 37).

Além disso, as informações constantes nos diálogos realizados ao longo da sessão de mediação não poderão ser ventiladas para fora desse processo, impossibilitando que sejam apresentadas como provas no eventual julgamento da lide ou em outros processos judiciais, de modo que o mediador não poderá servir como testemunha acerca dos fatos mediados, oportunizando, assim, um clima de confiança e respeito, necessários para um diálogo franco a embasar as negociações.

Ainda, visando a confidencialidade da sessão de mediação, vislumbra-se que as audiências não são abertas ao público em geral, só podendo participar o mediador,

os interessados, seus advogados e outras pessoas expressamente autorizadas. “Os atos não são públicos, nem registrados, salvo para fins estatísticos, preservando o anonimato” (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 106);

3.6 Independência

O princípio da independência preceitua que o mediador atue de forma livre e autônoma, sem qualquer espécie de vínculo, como subordinação ou pressão com as partes (MARTINS, 2016). O mediador fica impossibilitado de levar adiante a mediação quando existem ligações anteriores com as partes, devendo revelar a estas a existência de fato anterior que permita eventual dúvida sobre sua independência, antes mesmo de aceitar o encargo (SAMPAIO; NETO, 2007, p. 36);

3.7 Decisão informada

O princípio da decisão informada “Estabelece como condição de legitimidade para a autocomposição a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram” (TJSC, 2015, p. 250).

Por isso, somente será legítima a resolução de um conflito por meio de autocomposição se ambas as partes tiverem plena consciência quanto à existência de seus direitos. É sabido que frequentemente os envolvidos têm suas percepções quanto aos fatos ou interesses completamente alteradas, em razão do envolvimento emocional de uma disputa. Desta feita, cabe ao mediador aplicar técnicas específicas para que as partes possam resolver o problema da melhor maneira possível (AZEVEDO, 2015, p. 250).

4. RESOLUÇÃO N. 125/10 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

Conforme já explanado, a Resolução n. 125/10 do CNJ foi de grande valia para a efetivação dos meios alternativos de resolução de conflitos, dentre eles, a mediação, abordada no presente trabalho. Aludida resolução estabeleceu uma política pública de disseminação da mediação e da conciliação no Brasil, orientando os tribunais em como proceder para implementar referidos métodos alternativos de modo eficaz.

Com a Resolução n. 125 o Conselho Nacional de Justiça buscou mudar o modo como o Poder Judiciário é visto, não apenas de forma mais ágil e como solucionador de conflitos, mas também como um centro de soluções efetivas para os jurisdicionados (AZEVEDO, 2013, p. 28).

A Resolução n. 125/2010 estabeleceu que cada Tribunal deverá possuir dois órgãos voltados à prática da autocomposição, quais sejam, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos, sendo que, o primeiro será responsável pelo fomento dos meios alternativos de solução de contendas, propondo políticas internas e qualificando a equipe técnica, conquanto o segundo irá funcionar como câmara para a administração dos conflitos (FARIAS, 2015, p. 9).

Em 2010 a Resolução foi considerada inovadora, pois, estabeleceu outros meios de administração do conflito, ao lado do processo judicial, de modo a garantir o acesso à justiça. Entre esses meios destaca-se a mediação, que se apresenta como um processo justo, adequado, devido, com garantia a direitos e deveres, e atenção à satisfação do mediado. Citada resolução influenciou de modo considerável o início de uma cultura de consenso e diálogo, voltada a resolver conflitos dentro do Poder Judiciário (FARIAS, 2015, p. 9/10).

Com o fito de auxiliar os tribunais de justiça a estruturarem seus núcleos permanentes e seus centros judiciários, o Concelho Nacional de Justiça acompanhou o planejamento estratégico para a implantação, inclusive fazendo contato com os respectivos presidentes para sensibilização da necessidade de suporte orçamentário, capacitou instrutores em mediação e conciliação e prestou consultoria na estruturação de núcleos e centros, mantendo o diálogo com os coordenadores de núcleos. O CNJ ainda envolveu os instrutores em formação para contribuírem com a elaboração de novos materiais pedagógicos e auxiliou os tribunais a treinarem empresas para que estas treinem seus prepostos, a fim de melhor negociarem (AZEVEDO, 2013, P. 33).

No entanto, por ser uma resolução interna do Poder Judiciário, e não uma lei federal, muitos tribunais não realizaram as atualizações recomendadas, de modo que, lamentavelmente, a Resolução n. 125/10 encontrou forte resistência e não teve a aplicabilidade desejada (FARIAS, 2015, p. 10).

5. LEI N. 13.140/15 – LEI DA MEDIAÇÃO

Em 26 de junho de 2015 foi sancionada a Lei n. 13.140/15, dispondo sobre mediação entre particulares, judicial e extrajudicialmente, como forma de solução de controvérsias e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A proposta foi elaborada com a participação do Conselho Nacional de Justiça e tem por

finalidade resolver conflitos de forma simplificada e rápida (AZEVEDO, 2015, apud FARIAS, 2015, p. 12).

Referida legislação é de suma importância no contexto social da atualidade, pois o sistema vigente vem se tornando cada vez mais insustentável, clamando por mudanças, considerando o exorbitante volume de processos ajuizados diariamente no Brasil, que abarrotam o Judiciário e tornam completamente inviáveis soluções rápidas e eficazes (ASSED; DAVIDOVICH, 2016, p. 333/334).

Em outra linha, verifica-se que a regulamentação normativa da mediação chegou praticamente junto com o Novo Código de Processo Civil, o qual contempla 18 artigos sobre os temas Mediação e Conciliação. Neste sentido, alguns autores defendem a ideia de que melhor seria se houvesse uma separação metodológica entre mediação judicial e extrajudicial, neste sentido:

> Permita-se uma breve reflexão crítica apontando para o dato de que teria sido mais pertinente a separação metodológica dos temas, ou seja, a Lei de Mediação tivesse tratado especificadamente de Mediação Extrajudicial, enquanto que a prática judicial ficaria a cargo exclusivo do novo Código de Processo Civil. Dessa maneira, teria se evitado a existência de duas normas que regulam a mesma matéria de formas distintas, entrando em vigor quase que concomitantemente (interregno de três meses). (ASSED; DAVIDOVICH, 2016, p. 337).

De toda forma, a Lei n. 13.140/15 conferiu um novo status à Mediação, aumentando as possibilidades de uso efetivo do mencionado instituto, tornando-o mais conhecido e acessível às pessoas. Tal acessibilidade consiste no efeito secundário da norma - repercussão social – que traz mudança cultural e ruptura de paradigmas sedimentados na sociedade (ASSED; DAVIDOVICH, 2016, p. 335). Dessa forma, devidamente regulamentada, acredita-se que haverá uma expansão do uso da Mediação no país, tendo em vista que a regulamentação concedeu uma maior segurança jurídica aos usuários (FARIAS, 2015, p. 14).

A mediação foi conceituada pela norma legal como “atividade técnica”, tendo por objetivo fazer com que as partes desenvolvam soluções consensuais, por meio da figura do mediador. O instituto ultrapassa os limites da simples solução de controvérsias, pois, tem como finalidade reestabelecer ou preservar a comunicação e o diálogo entre os envolvidos, reforçando a ideia de que as relações humanas não precisam ser destruídas pela existência de desavenças (ASSED; DAVIDOVICH, 2016, p. 335).

O capítulo I da Lei, em sua Seção I, acende disposições gerais que serão aplicadas à Mediação Judicial e Extrajudicial. Já a Seção II trata dos mediadores, definindo requisitos que devem ser preenchidos para que uma pessoa possa realizar os serviços de mediação de conflitos, sendo que, referidos requisitos são diferentes para mediadores judiciais e extrajudiciais. (ASSED; DAVIDOVICH, 2016, p. 337-342).

O procedimento, tratado na Seção III, do capítulo II, poderá ser livremente desenvolvido pelo mediador, que deverá desenhar o melhor formato para cada caso, observando questões peculiares, como o tempo necessário para cada reunião, a necessidade ou não de sessões privadas e o auxílio de suporte técnico especializado, entre outros fatores que possam ajudar a alcançar os objetivos finais, que são necessariamente o restabelecimento da comunicação entre as partes e soluções para a controvérsia (ASSED; DAVIDOVICH, 2016, p. 342).

No entanto, apesar dessa discricionariedade atribuída aos mediadores, que podem conduzir as negociações da forma que julgarem mais eficiente, a Lei estabeleceu três procedimentos comuns que o mediador deve seguir, tanto na mediação judicial quanto na extrajudicial. Sobre o assunto, argumentam Alexandre Servino Assed e Larissa Davidovich, que se tratam de mecanismos mínimos que o mediador deve seguir:

> [...] (i) o alerta, na primeira reunião de Mediação, acerca das regras de confidencialidade; (ii) a anuência das partes para a marcação de horário e data das reuniões posteriores à primeira; (iii) a lavratura de termo final para o encerramento da Mediação quando houver acordo ou não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, podendo esse termo se dar por declaração do mediador ou por manifestação de qualquer das partes (ASSED; DAVISOVICH, 2016, p. 343).

Além disso, a Lei dispôs que a mediação pode ser feita por entes privados, como é o caso das câmaras privadas de mediação, ou por entes públicos, através da criação de centros judiciários de resolução de conflitos. Ainda, é possível que contratos privados disponham de cláusula de mediação como opção prévia ao ingresso com processo judicial. A referida legislação ainda informou que nos casos em que a demanda já foi instaurada, caso a mediação se realize antes da citação do requerido, as custas finais não serão devidas, tudo visando estimular a prática do instituto (FARIAS, 2016, p 13).

Uma sublime inovação trazida pela Lei n. 13.140/15 foi a possibilidade de mediações judiciais e extrajudiciais serem realizadas pela internet ou outros meios de

comunicação que permitam a transação à distância, conforme preceitua seu artigo 46 (ASSED; DAVIDOVICH, 2016, p. 344).

Por fim, cumpre ressaltar que o diploma legal ora analisado expressamente definiu o momento em que se considera instituída a Mediação, que será o da primeira reunião marcada, o que é de suma importância para o processo, uma vez que o prazo prescricional ficará suspenso a partir dessa data até o termo que coloca fim à Mediação (ASSED; DAVIDOVICH, 2016, p. 343).

6. LEI N. 13.105/15 – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil, publicado em 17 de março de 2015, em vigor somente 1 (um) ano após a publicação, preocupou-se de maneira especial com os institutos da conciliação e da mediação, principalmente em seus artigos 165 a 175. Através desse diploma legal houve a institucionalização da mediação judicial, sendo o principal objetivo desta inovação conferir celeridade à resolução dos conflitos. Por isso o NCPC traz dentre as suas principais mudanças o amplo incentivo aos métodos autocompositivos (FARIAS, 2015, p. 10).

O legislador regulamentou especificadamente a mediação dentro do Poder Judiciário, não excluindo, no entanto, a mediação prévia, ou até mesmo a utilização de outros meios para solucionar o conflito (PINHO; SOUZA, 2016, p. 319).

O tema é tratado na Parte Geral, Título IV, Capítulo III, Seção V, como “auxiliares da justiça”. Vale destacar que a mediação apareceu de forma pioneira no Novo CPC, uma vez que o Código de Processo Civil de 1973 só previa sobre a conciliação, meio consensual mais tradicional e conhecido popularmente. Outra novidade foi à inserção, na rubrica dos auxiliares da justiça, de uma seção destinada exclusivamente a mediadores e conciliadores judiciais (TARTUCE, 2015, p. 520).

Pois bem, o artigo 165 desse Novo Código de Processo Civil reconhece a função de estímulo aos Centros Judiciários, repetindo dispositivo da Resolução n. 125/10 do CNJ, já analisada, anotando, ainda, que a conciliação e a mediação devem ser amplamente estimuladas por todas as figuras do processo. A previsão legal reconheceu que a composição e a organização dos Centros Judiciários serão definidas pelo respectivo Tribunal (TARTUCE, 2015, p. 522).

Dito isso, a Comissão de Juristas faz uma distinção objetiva entre as figuras do mediador e do conciliador, nos §§ 2º e 3° do art. 165, diferenciando-os pela postura do terceiro e pelo tipo de conflito a ser resolvido. Segundo o texto legal “a conciliação

é ferramenta mais adequada para os conflitos puramente patrimoniais ao passo que a mediação é indicada nas hipóteses em que se deseje preservar ou restaurar vínculos" (PINHO; SOUZA, 2016, p. 321).

De acordo com Fernanda Tartuce (2015, p. 523) "a mediação merecia ser diferenciada por inaugurar uma forma peculiar de fomentar o consenso preservando a autoria da resposta dos envolvidos com maior chance de satisfação e cumprimento espontâneo".

Já no artigo 166 do Código em questão, o legislador apontou os princípios pelos quais a conciliação e a mediação são regidas. Referidos princípios já foram devidamente abordados em título anterior, oportunidade em que restou verificada sua importância para evitar possíveis desvios verificados na atuação de pessoas empenhadas a obter acordos sob qualquer custo, não merecendo maiores explanações no momento (BRASIL, 2015a).

Seguindo, no artigo 167, o Novo CPC tratou dos cadastros nacionais e locais de conciliadores e mediadores, bem como do registro de profissionais habilitados, com a respectiva indicação de sua área profissional e especialização. Tal registro também conterá informações sobre a performance do profissional, sendo os referidos dados periodicamente publicados e sistematizados, a fim de gerar estatísticas atualizadas (PINHO; SOUZA, 2016, p. 324).

Ainda, pelo § 5° do citado dispositivo legal, restou nítida a vedação de o conciliador/mediador judicial cadastrado exercer a advocacia nos Juízos em que exerçam suas funções, visando evitar qualquer forma de favoritismo indevido, considerando que, por atuar como auxiliar da justiça em algumas oportunidades, o conciliador/mediador poderia encontrar menos dificuldades em sua atividade advocatícia (TARTUCE, 2015, p. 532).

O artigo 168 do NCPC dispõe que as partes podem escolher o conciliador, mediador ou câmara privada de conciliação e de mediação, de comum acordo. No âmbito do Poder Judiciário é assegurada a escolha às partes interessadas, que poderá recair sobre profissional que já esteja ou não cadastrado perante o Tribunal. Ainda, caso não haja consenso entre as partes, um profissional que esteja regularmente inscrito no âmbito da Corte respectiva será indicado para realizar as sessões (PINHO; SOUZA, 2016, p. 325).

Verifica-se que essa escolha conjunta do facilitador promove confiança e prestigia a vontade dos envolvidos, de modo a viabilizar um bom início para as

tratativas, tendo em vista que o ambiente judicial se demonstra um local apto a respeitar as opções e escolhas das partes. O § 3° do artigo 168 faz menção à possibilidade de se designar uma equipe multidisciplinar, que combine conhecimentos para encaminhar mais adequadamente o conflito, principalmente quando a controvérsia for complexa (TARTUCE, 2015, p. 534/535).

Na sequência, o legislador tratou de regulamentar a remuneração dos conciliadores e mediadores, estabelecendo no artigo 169 do Código de Processo Civil que cada Tribunal disporá de tabela atualizada com os valores a serem pagos, nos parâmetros definidos pelo Conselho Nacional de Justiça, fazendo-se ressalva ao trabalho voluntário (PINHO; SOUZA, 2016, p. 325).

Por óbvio que conciliadores e mediadores serão remunerados pelo exercício de suas valiosas funções, entrementes, a legislação abre a possibilidade de realização de trabalho voluntário, o qual não será remunerado, bastando que o Tribunal regulamente referida prática. Ressalte-se que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, devendo ser exercido mediante a celebração de termo de adesão entre a entidade e o prestador do serviço voluntário (TARTUCE, 2015, p. 536).

Por serem auxiliares do Juízo, de acordo com o artigo 170 do CPC, serão aplicadas as hipóteses de impedimento elencadas no artigo 144 do mesmo diploma legal aos conciliadores e mediadores. Embora a legislação restrinja a aplicação apenas dos impedimentos, também serão aplicáveis os casos de suspeição, senão vejamos:

> Embora o art. 170 do NCPC mencione apenas o impedimento, cremos que podem ser aplicáveis também os casos de suspeição, previstos no art. 145 do mesmo diploma legal. Em ambos os casos, o profissional deve comunicar o fato ao juiz da causa ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, para fins de nova distribuição (PINHO; SOUZA, 2016, p. 326).

A identificação do impedimento deve ser constatada desde logo, preferencialmente antes mesmo de iniciar a primeira sessão, no entanto, pode ocorrer que a identificação do impedimento seja constatada durante o procedimento. Nesse caso recomenda-se a imediata interrupção da atividade, com a devida lavratura do fato em ata e posterior encaminhamento para a distribuição de um novo mediador/conciliador (TARTUCE, 2015, p. 538).

Conquanto o artigo 170 do Código de Processo Civil trata do impedimento em sentido lato, o artigo 171 do mesmo Códex estabelece uma forma inovadora de afastamento do mediador/conciliador, chamada de "impossibilidade temporária". Referido afastamento pode ocorrer em diversas hipóteses, como, por exemplo, por sobrecarga de procedimentos ao profissional (PINHO; SOUZA, 2016, p. 326).

Já o artigo 172 do NCPC prevê a chamada "quarentena", que impede que conciliadores/mediadores atuem em atividades de assessoramento, representação e patrocínio de qualquer das partes envolvidas no conflito, pelo prazo de 1 (um) ano, desde o término da última audiência conciliatória ou desde a última sessão de mediação. Essa disposição também se encontra prevista no artigo 6º da Lei de Mediação (PINHO; SOUZA, 2016, p. 327).

O impedimento de atuação futura visa evitar eventuais comprometimentos de ordem ética, objetivando coibir possíveis aproveitamentos de dados ou informações obtidas durante as sessões consensuais, para finalidades diferentes em relação aos quais foram fornecidos, criando vedação de atuação temporária (TARTUCE, 2015, p. 539).

O artigo 173 do Novo Código de Processo Civil dispõe sobre as sanções aplicáveis aos conciliadores/mediadores, nos casos em que agirem com dolo ou culpa na condução dos atos para os quais foram designados, bem como na hipótese de violarem os princípios que regem os institutos da conciliação e da mediação e, ainda, nas situações que atuem, mesmo impedidos ou suspeitos (BRASIL, 2015a).

A pena mais severa é a exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores, que apenas poderá ser determinada após procedimento administrativo. Em outros casos menos graves, o juiz da causa ou coordenador do centro de conciliação/mediação pode determinar o afastamento do punido por até 180 (cento e oitenta) dias (PINHO; SOUZA, 2016, p. 327).

Em seu artigo 174 o CPC de 2015 trouxe dispositivo tratando especificadamente da mediação e da conciliação no âmbito administrativo da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, buscando solução consensual para os mais diversos tipos de demanda envolvendo o Poder Público. Isso se deu pelo fato de o Estado ser apontado como o maior litigante do país, em pesquisas judiciárias (TARTUCE, 2015, p. 542).

Vale frisar que o uso da mediação pelo Poder Público é uma realidade atualmente, conforme se denota da Câmara de Conciliação e Arbitragem da

Administração Federal – CCAF, criada em 2010 pelo Decreto n. 7.392/10, que atua em diversos acontecimentos de grande relevância, mediando casos complexos e que envolvam entes da Administração Pública (PINHO; SOUZA, p. 328).

Por fim, encerrando a seção V do capítulo em comento, o artigo 175 previu que o regramento dos meios consensuais judiciais não excluirá mecanismos extrajudiciais de autocomposição da esfera privada, veja-se:

> [...] entidades que se dedicam aos meios consensuais e câmaras de arbitragem que tenham espaço destinado a práticas de medicação seguem autônomas e independentes em sua atuação. O dispositivo destaca que poderá haver regulamentação por lei própria, o que confirma que definitivamente o CPC não é o *locus* apropriado para promover tal normatização. (TARTUCE, 2015, p. 543).

Ainda, merece especial destaque o artigo 334 do NCPC, que estabelece a possibilidade de realização de audiência de conciliação ou mediação antes mesmo da resposta do réu, enaltecendo os mecanismos de solução de conflitos e interesses autocompositivos. Segundo Eduardo Cambi (2015, p. 884) o Código estabelece alguns requisitos para que a solenidade se realize, dentre eles, o juízo competente, a petição inicial apta, não ser o caso de improcedência liminar do pedido, a citação válida do réu, não ter havido convenção de arbitragem entre as partes e ambas as partes não terem se manifestado pelo desinteresse na realização da composição consensual.

Como já observado no tópico que tratou dos princípios que regem a mediação, a autonomia da vontade das partes é característica notável neste instituto, por isso o § 4° do artigo 334 do Código de Processo Civil dispôs que a audiência de conciliação/mediação não se realizará se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na autocomposição. No entanto, caso uma das partes pretenda se submeter à conciliação ou mediação, a audiência deverá ser marcada (CAMBI, 2015, p. 885).

Além do mais, de forma totalmente moderna e inovadora, o § 7° do artigo 334 do CPC trouxe a possibilidade de utilização de mecanismos tecnológicos que permitam que as partes, advogados e mediadores, comuniquem-se virtualmente, visando evitar a necessidade de deslocamento até os fóruns, com visível ganho de tempo, sem prejuízo dos diálogos necessários à composição consensual (CAMBI, 2015, p. 887)

Dessa restrita análise à mediação dentro do Novo Código de Processo Civil, vislumbra-se que referida legislação apostou veemente em meios alternativos de resolução de controvérsias, por serem mais adequados, rápidos, baratos e eficientes, além de evitarem uma decisão imposta pelo Estado-juiz, favorecendo o bom-senso das partes e contribuindo para a pacificação social (CAMBI, 2015, p. 876).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo aparato realizado neste trabalho, conclui-se que o instituto da mediação trouxe diversos benefícios para a sociedade em geral, por ser, como já dito, um meio adequado, rápido, barato e eficiente de resolver conflitos.

Ainda, percebe-se que a regulamentação legislativa da mediação foi algo necessário, uma vez que o instituto já era amplamente utilizado, mesmo sem norma legal que o regesse, em que pese haver regulamentação extralegal, desde 2010, consistente na Resolução n. 125 do CNJ.

Conforme demonstrado, o legislador de 2015, ao estabelecer a nova lei processual civil e a lei da mediação, não afastou o protagonismo do Conselho Nacional de Justiça, mantendo os termos regulamentados pelo referido Conselho na Resolução n. 125/10.

Entrementes, vislumbra-se que, somente após a imposição legal, é que a mediação passou a ser adotada em todos os Tribunais Pátrios, precipuamente como tentativa de prévia resolução do conflito, antes da efetiva judicialização, na forma do art. 334 do CPC.

Destarte, após tal marco legislativo, comprovando a efetividade da conciliação/mediação prévia, o CNJ, no Relatório Justiça em Números de 2020 (ano-base 2019), informou que em 3 (três) anos da entrada em vigor do CPC/2015 o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu 5,6%, passando de 3.680.138 para 3.887.226, o que é bastante positivo e evidencia um cenário de evolução dos institutos conciliatórios que, inegavelmente, tendem a ser muito mais efetivos do que a imposição de uma decisão pelo Estado-Juiz (CNJ, 2016, p. 171).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo A. Rezende; PAIVA, Fernanda. Princípios da Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes.** Salvador: Jus Podivm, 2016.

ASSED, Alexandre Servino; DAVIDOVICH, Larissa. A nova lei de mediação: comentários e reflexões. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes.** Salvador: Jus Podivm, 2016.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial** (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2013.

_____. **Manual de Mediação Judicial**, 5ª Edição, (Florianópolis/SC: TJSC), 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 de jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015b. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 08 de jul. 2017.

CAMBI, Eduardo. Audiência de conciliação ou de mediação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; [et al.] (coord.) **Breves Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020. Portal CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 25 de out. 2020.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da Mediação no Brasil: Avanços e Fatores Críticos Diante do Marco Legal. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 188, fev. 2016. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0DP4mwarFZ0J:www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4099/2812+&cd=2&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br >. Acesso em: 25 de out. 2020.

MAIA, Andrea; BIANCHI, Angela Andrade; GARCEZ, José Maria Rossani. Origens e Norteadores da Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes.** Salvador: Jus Podivm, 2016.

MARTINS, Renan Buhnemann. **Conciliação e Mediação na ótica do Novo CPC**: Uma Visão Mais aprofundada do tema de acordo com as disposições do CPC/2015. Mar. 2016. Disponível em: <http://rbmartins1992.jusbrasil.com.br/artigos/309063697/-conciliacao-e-mediacao-na-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 15 de out. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e mediação – Reflexos e Ponderações. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 190, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/-000923117.pdf?sequ>.Acesso em: 15 de out. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SOUZA, Mariana Freitas de. O Tratamento Legal da Mediação no Código de Processo Civil de 2015 – Lei n. 13.105/15. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes.** Salvador: Jus Podivm, 2016.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

TARTUCE, Fernanda. Conciliadores e mediadores judiciais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; [et al.] (coord.). **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O ABUSO DE DIREITO NAS DEMANDAS DE INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

THE ABUSE OF RIGHTS ON DEMANDS OF IMPROPER REGISTRATION IN CREDITS PROTECTION AGENCIES

Barbara Paula Resende Nobre[1]

Resumo: A questão do abuso de direito tornou-se uma constante na atual realidade do Poder Judiciário. O fato é que, conquanto a criação dos Juizados Especiais tenha democratizado o acesso ao Judiciário, também fez desencadear um efeito contrário, qual seja, o abuso do direito de ação. Isso porque não é de todo difícil encontrar, nas demandas nos Juizados Especiais Cíveis, litigantes aventureiros que, valendo-se do direito de ação de forma abusiva e desarrazoada, amparados pela desnecessidade de representação por advogado e a dispensa de pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, alteram a verdade dos fatos, e por meio de ações inidôneas, buscam a obtenção de vantagens indevidas. Desta feita, procura-se estabelecer, ao longo da pesquisa, a responsabilidade dos litigantes nas demandas temerárias pelo abuso de direito. A discussão, no entanto, reside na carente aplicação da medida penalizadora aos litigantes temerários, especialmente quando se trata da aplicação da multa por litigância de má-fé nos Juizados Especiais Cíveis, o que se mostra ainda escasso. Analisa-se, assim, a efetiva aplicação de uma punição ao abuso de direito, precisamente nas demandas de inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito, onde se verifica um recorrente número de casos.

Palavras-chave: Abuso de direito. Juizados Especais Cíveis. Inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito.

Abstract: The abuse of rights question has become a constant in nowadays on Justice System. The fact is, although the creation of Special Courts has democratized access to justice, it has also triggered an opposite effect, that is the abuse of the right to action. This is because, it is not at all difficult to find in the demands of the Special Civil Courts, adventurous litigants who use the right of action, in an abusive and unreasonable way, supported by the unnecessary lawyer's representation and the exemption from paying procedural costs and attorney's fees, change the truth of the facts, and through untrue actions, seek to obtain undue advantages. On this way, it is sought to establish throughout the research, the litigants' accountability on reckless demands for abuse of rights. The discussion, however, rests in the lack of application of the penalty measure to reckless litigants, especially when it comes to the application of fine for litigation on bad faith in the Special Civil Courts, which is still short.Therefore, the effective application of a punishment to abuse of rights is analyzed, precisely on the demands of improper registration on credit protection agencies, where is a recurring number of cases.

Keywords: Abuse of Rights; Special Civil Courts; Improper Registration on Credit Protection Agencies.

[1] Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-graduada em Residência Judicial pela Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte. Juíza Leiga do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). E-mail: barbara-nobre@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

É cediço que o surgimento dos Juizados Especiais inseriu dentro da seara judicial um cenário desburocratizado e acessível, consagrando uma maior efetividade a garantia do acesso à justiça. Nesse sentido, possibilitou-se, por meio do direito de ação, um encorajamento ao exercício da litigância.

No entanto, ainda que tal garantia tenha ganhado contornos democráticos, sobretudo, em decorrência da facilitação no ajuizamento processual, haja vista a desnecessidade da capacidade postulatória e a gratuidade nas custas processuais, também favoreceu uma massificação de demandas lançadas à sorte. Isso porque, não é de todo difícil encontrar litigantes aventureiros que se valendo do direito de ação, de forma abusiva e desarrazoada, alteram a verdade dos fatos, e por meio de ações inidôneas, buscam a obtenção de vantagens indevidas.

Relatos distorcidos, fatos omitidos e a ausência mínima de prova tornaram-se uma constante na sustentação da atuação processual nas causas de menor complexidade, calcadas, principalmente, na presunção de hipossuficiência financeira e jurídica dos consumidores. É nesse sentido, então, que se observa a existência de um efeito contrário ao previsto em lei, qual seja, o abuso de direito.

Nesse contexto, quando se trata de abuso de direito, as demandas de inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito tornaram-se um dos grandes instrumentos de tal exercício, pois, diante da produção negativa da inexistência da relação contratual pelo consumidor e da possibilidade de inversão do ônus da prova nas relações consumeristas, são recorrentes nessas demandas a atuação marcada pelo abuso processual e, ante a deficiente defesa instruída das rés, a recorrente chancela pelo Poder Judiciário, baseada, precipuamente, no princípio da boa-fé objetiva do consumidor.

Com efeito, é possível verificar, nas mesmas demandas, a comprovação da relação contratual e a legitimidade da inscrição do nome do consumidor nos cadastros restritivos ao crédito pelas partes rés, o que enseja, muitas vezes, por parte dos litigantes, o mero pedido de desistência da ação ou a alegação de complexidade da causa, de modo a provocarem a prematura extinção do processo sem resolução do mérito.

É sob esta perspectiva que se constata a conduta abusiva dos litigantes, através do uso desvirtuado dos benefícios legais, cujo único objetivo é a locupletação ilícita à custa as rés.

Em face disso, a pesquisa buscará inferir o que caracterizaria o abuso de direito, analisando, ainda, quais condutas perpetradas no seio da relação processual podem ser consideradas temerárias ou de má-fé. Assim, comprovada a existência de um comportamento abusivo ou desleal, faz-se pertinente explorar a responsabilidade dos litigantes.

Logo, a presente pesquisa terá como ponto crucial a necessidade de compreensão do combate às demandas abusivas que envolvem os serviços de proteção ao crédito nos Juizados Especiais Cíveis, enfatizando a necessária aplicação da multa por litigância de má-fé aos litigantes temerários, como forma de inibir a utilização do processo como instrumento para obtenção de resultados ilícitos.

2. TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

É fato que o processo de neoconstitucionalização consagrou amplamente o acesso à justiça ao dispor expressamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. No entanto, ainda que tal garantia assuma um caráter democrático, é notório que o exercício do direito de ação possui limites fundamentais em razão da coexistência de outros direitos.

Isso posto, ainda que a disposição legal preveja a ampla prestação jurisdicional aos cidadãos, tem-se que, em sua previsão, não se trata de um direito absoluto, devendo seu exercício observar limites legais e constitucionais, sob pena de incorrer-se em desvio de direito.[2] É nesse sentido, então, que desponta a noção de abuso de direito.

Quando analisada sob uma perspectiva histórica, a teoria do abuso de direito tem sua existência acreditada a um passado ainda distante, não podendo ser considerada nova no Direito. No entanto, ainda que observada ao longo dos anos e até séculos, não se tem como definir com precisão sua origem perante o sistema jurídico.

Almeida e Lamêgo retratam a imprecisa existência de suas raízes. Segundo estes, há quem acredite que a teoria do abuso de direito tenha suas raízes fincadas no direito romano, tendo como base a aplicação de sanções às condutas de emulação, em que era possível observar o uso do direito com o fim de gerar prejuízo a outrem.

[2] MARCHER, 2010, p. 149.

Assim, a aplicação das sanções não seria senão um modelo de restrição ao exercício abusivo do direito de ação.[3]

Helena Abdo, citada por Macher, traz um brocardo romano atribuído a Cícero e compreendido por muitos como o germe da teoria do abuso processual, qual seja, "*summum jus, summa injuria*"[4], que, segundo tradução do latim, significa "excesso de direito, excesso de injustiça".[5]

Marcher ainda menciona a existência de diversas regras existentes no direito romano como premissas indiciadoras da existência de uma teoria geral de abuso, como a proibição de maltratar os escravos e as regras vigentes sobre a interdição dos pródigos.[6]

No entanto, para os que não atribuem sua existência à origem romana, o inexpressivo número de casos de excesso do exercício do direito de ação e a ausência de conhecimento da noção de direito subjetivo seriam obstáculos a acreditar sua origem à sociedade romana. Assim, tais premissas seriam apenas sentimentos de proibição, não podendo ser caracterizados como uma teoria propriamente dita.[7]

Em uma outra vertente, há quem remonte sua existência ao final do século XIX e início do século XX. Cunha explica que, até o final do século XIX, o individualismo jurídico era vigorante, assim, os direitos subjetivos eram tidos como absolutos. Desta forma, o único limite ao direito seria apenas o que fosse estabelecido ou implícito nos seus poderes. Nesse contexto, em face da inexistência de restrições ao uso do direito subjetivo, não se tinha como reconhecer a figura do abuso em seu exercício.[8]

Para os adeptos da teoria moderna, o abuso de direito representaria uma forma de frear os excessos proporcionados pelo individualismo jurídico, emergidos após a Revolução Francesa. Segundo Almeida e Lâmego, esta teria sido a forma encontrada pela burguesia, chegada recentemente ao poder, de não ver seus direitos até então conquistados suprimidos.[9]

Por conseguinte, Marcher ressalta que, no processo de industrialização, despontaram, perante os tribunais franceses, novos anseios e preocupações. Relata,

[3] ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 314-315.
[4] ABDO, 2007, p 26-27 apud MANCHER, 2010, p. 152.
[5] Dicionário de latim online: significados de palavras e expressões em latim. Disponível em: <https://www.dicionariodelatim.com.br/busca.php?search=summum+jus%2C+summa+injuria>. Acesso em: 09 mar. 2020.
[6] MARCHER, 2010, p. 152.;
[7] ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 315.
[8] CUNHA, 2003, p. 428.
[9] ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 315-316.

consoante ensinamentos de Charmont, que os novos anseios influenciados pela solidariedade social teriam concedido espaço ao desenvolvimento de uma concepção do uso indevido do direito, a partir da existência de situações em que era possível enxergar o exercício do direito sem utilidade, apenas com o intuito de prejudicar o outro. Emergiu desses novos anseios o desenvolvimento de uma Teoria sobre o Abuso do Direito.[10]

Com efeito, os períodos de Guerra teriam fomentado a noção de relativização dos direitos, saindo de uma concepção rígida e absoluta, conhecida ao longo dos anos, para um instituto restringível e relativo. Desta forma, surgem as primeiras obras a dissertar sobre o tema, como *De l'abus des droits*, do autor Louis Josserand, datado de 1905, e *Abus* ou *relativité des droits*, de Georges Ripert, datado de 1929.[11]

Fatos posteriores se apresentaram como tendentes à prevalência da noção de limitação ao direito subjetivo, despontando, perante a sociedade, o caráter relativo ao exercício do direito de ação. Almeida e Lamêgo explicam, para citar como exemplo, a implantação do Estado do Bem Estar Social nos Estados Unidos, através do *Welfare State*, o qual foi marcado pela intervenção estatal e pelo prevalecimento do interesse coletivo sobre o individual. Ademais, ressaltam que a positivação de princípios norteadores à interpretação das normas, tais como o princípio da dignidade e solidariedade, teriam também intensificado a ideia de limitação ao direito.[12]

Sendo assim, o que se verifica ao longo dos anos é o desenvolvimento de teorias que, ainda que situadas em momentos históricos distintos, esbarram na necessidade de limitação ao exercício do direito subjetivo como preceito fundamental a consagrar sua legitimidade. Assim, ainda que o exercício ao direito subjetivo tenha ganhado contornos cada vez mais dignos e justos, não é escusado reconhecer que o uso anormal e desarrazoado tende a comprometer os postulados constitucionais existentes em todo o sistema jurídico.

Portanto, tem-se que a inevitabilidade de enfrentamento aos limites e restrições ao exercício do direito subjetivo, precisamente diante das transformações havidas ao longo dos anos do direito privado, necessário para a consagração da noção de direito público, foi capaz de desenvolver teorias que procuraram estabelecer a harmonia

[10] MARCHER, 2010, p. 154.
[11] ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 316.
[12] Ibid., p. 317.

entre os interesses individuais e sociais então vigentes na sociedade, de modo a garantir o exercício do direito subjetivo de forma ética e justa.

Constatada a possibilidade do exercício abusivo do direito subjetivo, passou-se a perquirir quais elementos caracterizadores evidenciariam sua existência. Nesse sentido, surgiram três teorias aptas a explicar sua descrição, quais sejam: a teoria subjetivista, a objetivista e a mista.[13]

Para a teoria subjetivista, o abuso de direito estaria caracterizado a partir do caráter subjetivo, isto é, no elemento volitivo do dolo ou culpa. Assim, para sua existência, seria necessário identificar a intenção em prejudicar o outro, uma breve alusão à teoria dos atos ilícitos. Adotaram essa teoria as codificações cíveis da Polônia, Alemanha e Áustria.[14]

A tese objetivista, por sua vez, segundo Levada, pode ser explicada por duas teorias. A primeira, defendida por Saleilles, defende que o abuso de direito está presente quando perceptível o desrespeito à finalidade para a qual foi criada, essencialmente econômica e social. E a segunda, sustentada por Josserand, estaria presente quando da observância da contrariedade às regras sociais.[15] Países como Portugal, Paraguai, Bolívia e Venezuela acabaram por adotar tal tese em seus códigos civis.[16]

Por fim, a tese mista teria consagrado os elementos das duas teses como caracterizadores do abuso de direito. Para essa teoria, o critério subjetivo da investigação da conduta e o critério objetivo da interpretação da norma em sua função social acabariam por evidenciar a existência ou não do abuso de direito.[17]

Superados os critérios definidores da teoria do abuso de direito, perante o ordenamento jurídico, o abuso de direito, para alguns autores, foi observado pela primeira vez no Código Civil de 1916, implicitamente no artigo 160, inciso I. Isso porque o referido artigo estabelecia que não constituíam atos ilícitos os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito. Assim, tudo aquilo que fosse considerado exercício irregular de um direito não seria senão ato ilícito, abusivo.[18]

[13] MARCHER, 2010, p. 154.
[14] Ibid., p. 155.
[15] LEVADA, 2003, p. 9-10.
[16] MARCHER, 2010, p. 156.
[17] Ibid., p. 157.
[18] LUNARDI, 2006, p. 13.

Há quem defenda, no entanto, que a teoria do abuso de direito tenha aparecido, na verdade, na Lei de Introdução ao Código Civil, precisamente no artigo 5º, ao prever: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".[19]

No entanto, foi com o Código Civil de 2002 que se observou expressamente a Teoria do Abuso do Direito como tese adotada na legislação pátria. O artigo 187 do referido diploma passou a dispor que "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."[20]

Segundo Lunardi, o Código Civil de 2002 teria adotado a teoria objetivista, uma vez que não há previsão da intenção em prejudicar o outro, prevendo tão somente o exercício de um direito com o desvio a finalidade econômica ou social, da boa-fé e dos bons costumes, e por fim, o dano.[21]

Em face disso, tem-se a positivação do abuso de direito como correspondência ao exercício anormal do direito que lhe é conferido, sobretudo, a partir da violação dos limites impostos ao seu exercício, tais como os fins econômicos e sociais, a lealdade e boa-fé esperados por aqueles que se socorrem à prestação estatal na justa solução do conflito.

Soares afirma que o abuso de direito se manifestaria por "aquele que extrapola os limites de atuação do direito subjetivo, ou seja, o abuso da faculdade ou ao poder conferido ao indivíduo pela norma de direito positivo". Assim, elenca três elementos caracterizadores ao abuso de direito, quais sejam, a aparência da legalidade, a existência de um direito subjetivo e o fato de que o abuso se refere ao exercício do direito, e não ao direito propriamente dito.[22]

Concordando com os dizeres de Lunardi, constata-se que o abuso de direito restaria aferido quando do exercício do direito de ação se constatasse, perante a prestação jurisdicional, a atuação abusiva e desleal, a partir do desvio de suas finalidades e princípios norteadores, tais como a boa-fé e a lealdade.

Caracterizado e definido, cumpre, por oportuno, analisar o abuso de direito dentro da esfera processual. Quando analisada dentro do exercício da tutela

[19] Ibid., p.13.
[20] LUNARDI, 2006, p. 13.
[21] Ibid., p. 21.
[22] SOARES, 2014, p. 9.

jurisdicional, é possível constatar a atuação temerária por aqueles que se socorrem à justiça mediante a invocação do princípio da inafastabilidade da jurisdição. É nesse contexto, então, que se verifica o uso do processo judicial como instrumento a atuação abusiva ao direito de ação.

Para Almeida e Lâmego, é a partir da existência deste princípio que "o titular do direito pode acionar o aparato estatal para fazer valer supostos direitos."[23] Soares disserta que abusa do direito processual aquele que aparentemente exerce o contraditório e a ampla defesa, mas, na verdade, busca com tal instrumento causar prejuízos à prestação jurisdicional e aos interesses da parte adversária em nítida deslealdade processual.[24]

Malcher cita diversos mecanismos processuais através dos quais é possível verificar o uso desvirtuado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a simulação processual e a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.[25]

Registra-se que, seja qual for o mecanismo utilizado pelos sujeitos, o que se observa é a utilização de práticas excessivas e desarrazoadas que se baseiam, sobretudo, na violação dos princípios norteadores do processo, tais como boa-fé e lealdade, como meio para obtenção de resultados egoísticos.

Lima disserta que a repressão ao abuso de direito passa, na verdade, da impossibilidade de se conceber a liberdade de conduta absoluta no processo, mas tem como cerne a necessidade de conhecimento da existência de valores morais dentro do direito processual civil.[26]

Tem-se, portanto, que a Teoria do Abuso de Direito decorre da tomada de consciência quanto à existência de limites ao exercício do direito subjetivo, sobretudo, em decorrência da necessidade de imprimir à sociedade o caráter público e relativo do direito, frente a mudanças sociais. Assim, visando coibir os eventuais excessos nas relações jurídicas, tornou-se necessário positivar, no ordenamento jurídico, noções de ética e probidade, essenciais à justa solução do conflito.

[23] ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 329.
[24] SOARES, 2014, p. 13.
[25] MARCHER, 2010, p. 160.
[26] LIMA, 2006, p. 132.

3. DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Ante a análise da influência ética e moral sobre o Direito, percebe-se que o exercício abusivo ao direito de ação assenta sobre o Poder Judiciário consequências que afetam diretamente sua estrutura, seja em relação à prestação jurisdicional, seja no que diz respeito aos sujeitos integrantes da relação processual, como as partes e o magistrado.

Nesse viés, surge perante o ordenamento jurídico a necessidade de sistematização de condutas que conduzam a atuação ética das partes no seio da relação jurídica. Em face disso, observa-se a positivação de dispositivos que buscam estabelecer limites de probidade dentro do processo. Almeida e Lâmego afirmam que tal previsão, na verdade, "representa a coroação nas leis modernas do primado da ética sobre a conduta das partes".[27]

No âmbito do processo civil, o Código de Processo Civil de 1973 trouxe diversos artigos em que é possível verificar a previsão de condutas inibitórias ao exercício abusivo do direito de ação.[28] O artigo 14 elencou diversos deveres a serem seguidos pelas partes e por todos aqueles que de alguma forma participem do processo, tais como, a exposição dos fatos conforme a verdade; a atuação com boa-fé e lealdade; a não formulação de alegações destituídas de fundamento; a não produção de provas ou atos inúteis à declaração ou defesa do direito e o cumprimento com exatidão dos mandamentos judiciais, de forma a não criar embaraços à efetivação judicial.[29]

Constata-se, portanto, a positivação de condutas que prescrevem a atuação honesta e proba dentro do processo, os quais buscavam, sobretudo, a cooperação dos sujeitos para com o Judiciário. Nesse sentido, Cunha afirma que a relação jurídica não gera direito e obrigações recíprocas entre as partes, mas o que se tem é um dever das partes para com o Estado, da atuação de probidade para com este.[30]

Logo, o que se percebe é a previsão de uma atuação minimamente leal para garantir a efetiva prestação jurisdicional, calcando-se, essencialmente, na exposição dos fatos conforme a verdade, sem qualquer alteração ou omissão, ainda que a

[27] ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 325-326.
[28] ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 325.
[29] Art. 14: São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.
[30] CUNHA, 2003, p. 430.

pretensão que se pleiteie não seja juridicamente favorável. Além do mais, enfatiza a atuação pautada pela lealdade e boa-fé, através de comportamentos éticos e morais em que não se intentem formulações ilegítimas, inúteis ou desnecessárias, que maculem ou retardem a marcha processual.

O artigo 17, por sua vez, positivou quem seria considerado litigante de má-fé perante a lei. Nos termos do artigo, aquele que deduza pretensão ou defesa contra lei ou fato incontroverso, que altere a verdade dos fatos, que utilize o processo para se obter objetivos ilegais, que oponha resistência injustificada ao andamento do processo, que proceda de modo temerário, que provoque incidentes infundados e interponha recurso meramente protelatório, será considerado litigante temerário.[31] Verifica-se, assim, que a litigância de má-fé se encontrava intimamente influenciada pela noção de lealdade processual.

Registra-se, no entanto, que, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro tenha buscado elucidar a figura do litigante de má-fé, preveem-se, na verdade, condutas genéricas aptas a serem valoradas pelo magistrado de acordo com o caso concreto. Assim, seu reconhecimento será fruto de um trabalho conjugado da legislação com a valoração ética diante da situação fática, não possuindo, portanto, uma definição precisa.

Reconhecida a obrigação de uma atuação ética dentro do processo como um dever ético-jurídico, surge a necessidade da previsão de uma sanção quando se está diante de sua violação. Criaram-se, assim, mecanismos de responsabilização em que se estabeleceu a aplicação de multa pelo exercício da litigância de má-fé, e, diante de casos de ocorrência de dano, a previsão de uma indenização por danos morais e/ou materiais.

Nesse sentido, o artigo 16 previu a responsabilidade por perdas e danos dos sujeitos que atuem de má-fé, seja como partes, réus ou intervenientes, quando da verificação de danos.[32] Assim, para a eventual identificação do litigante de má-fé, não seria necessário a comprovação de prejuízos, mas tão somente a violação as condutas éticas legalmente previstas.

[31] Art. 17: Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.
[32] Art. 16: Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

O artigo 18, por oportuno, estabeleceu a condenação do litigante de má-fé ao pagamento de uma multa não excedente a um por cento do valor da causa, bem como, em caso de prejuízo a parte contrária, à indenização em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, além do pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.[33]

O mesmo foi previsto quando da interposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios, em que o litigante seria condenado ao pagamento de multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa, e, em caso de reiteração, à elevação da multa a dez por cento, conforme previsto no parágrafo único, artigo 538, do referido diploma legal.[34]

Analisando tais dispositivos, pode-se inferir, portanto, o instituto da litigância de má-fé como um ilícito processual, e, como qualquer ilícito, tornou-se passível de responsabilização, haja vista a compreensão de que a norma cria uma obrigação processual, mas não impede sua violação. Nesse contexto, Borges disserta que o "instituto da litigância de má-fé visa, efetivamente, sancionar comportamentos contrários ao princípio da boa-fé processual".[35]

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, ratificou em sua codificação a grande maioria dos artigos trazidos pelo antigo código, estando positivados agora entre os artigos 77 a 81. No entanto, também é possível observar algumas mudanças legislativas.[36]

A *priori*, observa-se que fora suprimida da norma, como dever das partes, a atuação conforme a lealdade e a boa-fé, antes prevista no inciso II, do artigo 14. Almeida e Lâmego afirmam, entretanto, que a supressão dos princípios éticos não

[33] Art. 18: O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. §1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. §2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.
[34] Art. 538, parágrafo único: Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.
[35] BORGES, 2014, p. 39.
[36] ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 327.

elimina a obrigação de se agir com probidade, uma vez que é pacífico na doutrina sua obrigatoriedade, mesmo sem a taxatividade expressa.[37]

Em contrapartida, constatou-se um maior rigor por parte do legislador quanto à aplicação da multa e à indenização pelos danos causados.[38] No arbitramento do valor da indenização, a quantia deixou de ser limitada a vinte por cento sobre o valor da causa, conforme previsto no segundo parágrafo do artigo 18, do antigo diploma processual cível, não existindo agora limite à sua fixação.[39]

Além do mais, a multa prevista em virtude da interposição de embargos declaratórios protelatórios foi elevada, deixando de ser não excedente a um por cento do valor da causa, nos termos do 538, passando a ser não superior a dois por cento do valor da causa, conforme parágrafo único do artigo 1026.[40]

Não obstante, em que pese toda carga legislativa trazida pelo ordenamento jurídico, o principal obstáculo a conter a atuação abusiva dos sujeitos reside, na verdade, na aplicabilidade da norma. Humberto Theodoro Júnior, citado por Almeida e Lâmego, afirma que os deveres processuais e suas respectivas infrações estão claramente definidas, razão por que o problema para seu combate está na aplicação da lei.[41] Para este, a complacência do Judiciário com os abusos seria uma das dificuldades sofridas à sua aplicação. Nesse sentido, retrata que a precariedade do aparelhamento judicial, seja em relação a questões quantitativas, seja diante da formação de seus operadores, por exemplo, acaba por disseminar práticas antiéticas.[42]

Outro fator a contribuir com a omissão na aplicação das sanções encontra amparo no princípio da inafastabilidade de jurisdição, isto é, na proposição de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Isso porque é notório o postulado constitucional que todos possuem o direito de invocar a prestação jurisdicional, mesmo que sua pretensão não lhe assista razão, uma vez que é apenas na prolação da sentença que ocorre o juízo de valoração da causa. Assim,

[37] Ibid., p. 327.
[38] ALMEIDA; LAMÊGO, Op. cit., p. 327-328.
[39] Art. 81, §3º: O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.
[40] Art. 1026, §2º: Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.
[41] THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 127 apud ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 328.
[42] THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 127 apud ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 329.

tal previsão, quando invocada desarrazoadamente, acaba por acionar direitos que na verdade não existem.

Em razão disso, ante a conduta omissiva por parte do Poder Judiciário, são perceptíveis os diversos danos ocasionados à máquina judicial e à sociedade como um todo. Inicialmente, tem-se que, ao acionar o Judiciário para fazer valer supostos direitos, desviam-se os esforços que deveriam ser destinados à apreciação de uma demanda efetivamente legítima para uma demanda ilegítima. Evidente, portanto, a contribuição para o congestionamento processual.

Nesse diapasão, afeta-se a celeridade processual, isto é, o razoável lapso temporal esperado para a duração do processo, tendo em vista que tal fato reflete nitidamente nos prazos processuais, acabando por retardar a marcação de audiências, o cumprimento de atos, dentre outros. Assim, tal morosidade fomenta a precariedade da efetivação do acesso à justiça, bem como potencializa a insatisfação e o descrédito da sociedade para com o sistema jurídico.

Noutro pórtico, verifica-se o dispêndio demasiado de recursos públicos com pretensões desnecessárias e irrelevantes. Assim, tais recursos poderiam ser canalizados no Poder Judiciário para outras demandas e serviços forenses. Por fim, tem-se o estímulo da proposição de frequentes demandas temerárias, haja vista a recorrente chancela do Judiciário junto a estas ações.

Tais fatos refletem, portanto, a necessidade por parte dos magistrados e da comunidade jurídica de uma atuação enérgica quanto à postura abusiva dos litigantes, tais como uma reprimenda que contemple a violação aos deveres ético-jurídicos consagrados ou a efetiva aplicação da multa por litigância de má-fé. Humberto Theodoro Júnior, citado por Almeida e Lâmego, afirma que para ser obter a possível solução do problema “haverá de ocorrer novos métodos de administração e desempenho dos serviços forenses”.[43]

Desta feita, constata-se que a positivação da litigância de má-fé assume perante o ordenamento jurídico o *status* de ilícito processual, restando necessária tão somente a aplicação da legislação aos litigantes que abusam do direito de ação. Assim, somente a partir da efetiva responsabilização será possível rechaçar factualmente a prática de condutas desleais e atingir enfaticamente o conteúdo ético-normativo sustentado pela doutrina e pelo Código de Processo Civil.

[43] TEODORO JÚNIOR, 2000, p. 129 apud ALMEIDA; LAMÊGO, 2017, p. 329.

4. DA APLICAÇÃO DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

No que diz respeito à seara dos Juizados Especiais Cíveis, é possível perceber a existência de um cenário favorável ao exercício da litigância de má-fé. Isso porque, ante a facilitação no ajuizamento processual, inclusive com a gratuidade judiciária, observa-se uma proliferação de demandas lançadas à sorte, cujo único objetivo é a obtenção de resultados ilegais.

Hélio David Vieira Figueira dos Santos, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, aduz que é notório perante os Juizados Especiais Cíveis a proposição de ações pela distorção dos fatos, isto é, na tentativa de criar a falsa ilusão ao juízo de uma situação que, se existisse, de fato, justificaria uma indenização. Para este, a alteração da verdade dos fatos e o uso do processo para atingir objetivo ilegal, contidos no artigo 17, incisos II e III, do antigo Código de Processo Civil, são as hipóteses mais comuns ao exercício da litigância de má-fé nos Juizados Especiais Cíveis.[44]

No entanto, é a partir da atuação desvirtuada dos benefícios legais, trazidos pela Lei n° 9.099/95 e pelo Código de Defesa do Consumidor, que se verifica manifestamente a atuação abusiva dos litigantes junto ao rito sumaríssimo.

Infere-se, inicialmente, quando do crescimento das frequentes demandas abusivas, a previsão da desnecessidade da capacidade postulatória e da gratuidade nas custas processuais, previstas nos artigos 54 e 55, da Lei n° 9.099/95.[45]

Cria-se, a partir de tal previsão, um encorajamento à litigância, ou melhor, provoca nos cidadãos um incentivo ao exercício à prestação jurisdicional, o que acaba por veicular, todavia, toda e qualquer pretensão, inclusive as temerárias, o que se dá

[44] SANTOS, 2016. Disponível em: <https://direitomemoriaefuturo.com/2016/02/11/o-litigante-de-ma-fe-nos-juizados-especiais/>. Acesso em: 21 mar. 2020.
[45] Art. 54: O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas. Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita.
Art. 55: A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa. Parágrafo único. Na execução não serão contadas custas, salvo quando: I - reconhecida a litigância de má-fé; II - improcedentes os embargos do devedor; III - tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor.

por via oblíqua. Nesse sentido, Lira afirma que a justiça gratuita, de certa forma, tende a contribuir com a litigância de má-fé nos Juizados Especiais.[46]

Hélio David Vieira Figueira dos Santos afirma que a aventura dos litigantes temerários nos Juizados ocorre principalmente pela falta de preocupação quanto aos pedidos de gratuidade de justiça. Segundo o jurista, tais pedidos são concedidos praticamente de forma automática, e uma vez concedido, se torna mais econômico julgar improcedente do que reconhecer a litigância de má-fé.[47]

Tal fato ocorre, ante a previsão legal que garante a gratuidade judiciária, o qual exige tão somente a simples afirmação de insuficiência em custear as taxas judiciárias, sem prejuízo ao seu sustento e de sua família, prevista inicialmente com a Lei n° 1.060/1950, e acolhida pelo Código de Processo Civil, precisamente em seu artigo 98, *caput*.[48]

Tem-se, portanto, que se presume como verdadeira a mera alegação de insuficiência apontada pelo sujeito. Assim, o deferimento do benefício da gratuidade judiciária se encontra condicionada, corriqueiramente, na simples afirmação de pobreza, salvo prova em contrário.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região no Agravo Interno em Agravo de Instrumento n° 135323 RJ 2005.02.01.001833-0, proferido pelo Relator Desembargador Federal Fernando Marques, julgado em 2005, já assentou que “a afirmação da parte de ser juridicamente pobre é válida e eficaz, devendo ser presumida verdadeira até que se prove o contrário”.[49]

Constata-se, portanto, que a ausência de uma análise prévia e exigente ao pedido de justiça gratuita tende a estimular uma atuação abusiva por partes dos litigantes, haja vista que, se a própria afirmação da condição econômica já se mostra desleal, é inegável a existência de uma possível pretensão temerária.

Por oportuno, percebe-se, ainda, a existência de um baixo número de condenações por litigância de má-fé perante os Juizados Especiais Cíveis. Assim, à medida que se constata a impunidade em torno da causa, evidencia-se uma

[46] LIRA, 2011, p. 3.
[47] SANTOS, 2016. Disponível em: <https://direitomemoriaefuturo.com/2016/02/11/o-litigante-de-ma-fe-nos-juizados-especiais/>. Acesso em: 21 mar. 2020.
[48] Art. 98: A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.
[49] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AGTAMS: 135323 RJ 2005.02.01.001833-0, Relator: Fernando Marques. Rio de Janeiro, 14 de setembro de 2005. Lex: jurisprudência do TRF 2ª Região, Rio de Janeiro.

resistência ao combate à postura abusiva e irresponsável perante o Judiciário, o que estimula, inegavelmente, o ajuizamento de novas ações temerárias.

Todavia, em que pese o reconhecimento de condutas que favoreçam a litigância de má-fé, nos Juizados Especiais Cíveis ainda são encontrados diversos obstáculos próprios do seu procedimento que tendem a dificultar a aplicação da multa por litigância de má-fé.

A *priori*, observa-se que as demandas nos Juizados Especiais Cíveis são orientadas pelos critérios de simplicidade, informalidade, celeridade, conforme artigo 2, da Lei n° 9.099/95.[50] Verifica-se, assim, que o andamento processual nos Juizados deve ocorrer de forma mais célere e ágil, de modo a garantir uma maior prestação jurisdicional a sociedade.

Em razão disso, a eventual aplicação da multa por litigância de má-fé tende a contribuir para a morosidade processual, uma vez que se torna mais prático o reconhecimento da improcedência da ação, acelerando o encerramento do processo, do que a aplicação da multa e sua continuidade na máquina processual. Desse modo, tem-se a falsa perspectiva de que a improcedência da ação, além de reprimir o encorajamento de possíveis novas ações, assume a celeridade esperada pelo procedimento.

Também prejudica sua aplicação o reconhecimento da hipossuficiência financeira, em sua maioria, daqueles que se socorrem, com suas causas, aos Juizados Especiais Cíveis, haja vista que, além da hipossuficiência jurídica e técnica, é notória a carência financeira de muitos consumidores que litigam nos Juizados. Assim, diante da possível insuficiência de recursos dos sujeitos em custear o valor da multa da litigância de má-fé, torna-se mais compreensível sua não aplicação.

O que se observa, então, é a sucessão de fatos que, em conjunto, tendem a obstaculizar todo o andamento processual nos Juizados. Portanto, tem-se que a aplicação da multa por litigância de má-fé não resta oportuno para o Judiciário, motivo pelo qual se pode dizer que existe uma certa resistência à aplicação desse instituto no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Outro fato que tende a obstaculizar a aplicação da multa por litigância de má-fé reside no reconhecimento por parte dos magistrados de recorrentes práticas ilícitas perpetradas pelos advogados, cuja atuação se respalda na captação ilícita de clientes,

[50] Art. 2: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

a partir de falsas promessas de concretização de supostos direitos, sem mencionar, contudo, a existência de uma pretensão judicial como instrumento apto a concretizar tal objetivo.

Nesses casos, é perceptível o desconhecimento da causa levado ao Judiciário pelos autores, fato só conhecido por estes quando da intimação ou audiência de conciliação e mediação, e constatados judicialmente, quando da ocorrência de eventuais audiências de instrução e julgamento. Assim, diante das práticas sabidamente conhecidas pelo Judiciário, a partir das quais é possível constatar o total desconhecimento de causa pelos autores, há uma certa resistência em aplicar a reprimenda àqueles que foram utilizados como instrumento para o ajuizamento de pretensões ilegítimas por causídicos que agem ao arrepio das normas éticas do Estatuto da OAB.

Nessa linha argumentativa, Oliveira citado por Carvalho assevera que os "juízes também resistem em aplicar a sanção porque é a parte a sua destinatária, e nunca o seu procurador, ainda que muitas vezes este tenha sido o causador do ato processual abusivo."[51] Pontes de Miranda, também citado por Carvalho aduz "o espírito de juízes estava, quase sempre, a suspeita de que mais responsáveis eram os advogados, suscitadores das demandas, do que as partes mesmas, e condenar a essas, e não aqueles, orçaria por injustiça social".[52]

Nesse diapasão, desponta a discussão quanto à necessidade de responsabilização dos advogados e defensores. No entanto, nos termos do artigo 77, parágrafo sexto, do Código de Processo Civil[53], a eventual responsabilidade dos advogados e membros da defensoria devem ser apurados pelo respectivo conselho de classe ou corregedoria em ação específica, o mesmo previsto no Estatuto da OAB, consoante artigo 32, parágrafo único.[54]

Surge, a partir de então, uma corrente que defende a possibilidade de condenação do advogado ou defensor e da parte à multa por litigância de má-fé, quando da constatação da solidariedade na conduta. Todavia, em que pese a

[51] OLIVEIRA, 2000, p. 45 apud CARVALHO, 2011, p. 217.
[52] MIRANDA, 1979, p. 392 apud CARVALHO, 2011, p. 217.
[53] Art. 77, §6º: Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.
[54] Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

discussão sobre o tema, tal entendimento ainda é minoritário, tendo o Superior Tribunal de Justiça, através da Quarta Turma, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, decidido em recurso a Mandado de Segurança, que eventuais danos causados pelos advogados públicos e privados devem ser analisados em ação própria.[55]

Registra-se, assim, diante da tímida previsão legal e jurisprudencial, a necessidade da efetiva apuração de responsabilidade dos causídicos, necessitando, para tanto, que os magistrados oficiem aos órgãos de classe e levem ao conhecimento destes e das corregedorias a atuação desleal dos profissionais.

O que se verifica, então, é a existência de um ambiente que utiliza, de forma tímida, os instrumentos legais disponíveis e, ante a omissão do Judiciário, acaba por favorecer a massificação de demandas abusivas. Assim, além da banalização ao direito constitucional de ação, são perceptíveis o caráter prejudicial ao direito do outro e a vulgarização ao dano moral.

Logo, diante da existência de um cenário favorável às demandas temerárias, faz-se necessário a compreensão quanto à aplicação da multa por litigância de má-fé como meio fundamental a desencorajar a atuação desleal de verdadeiros litigantes profissionais. Desta feita, caso venha a se aceitar, de maneira passiva, a postura abusiva dos litigantes dentro dos Juizados Especiais Cíveis, restarão inelutáveis as recorrentes aventuras jurídicas nos Juizados.

5. A ATUAÇÃO TEMERÁRIA DOS CONSUMIDORES NAS DEMANDAS DE INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

É cediço que a Lei n° 9.099/95 democratizou o acesso ao Judiciário ao instituir a criação dos Juizados Especiais Cíveis. A facilidade no ajuizamento processual, a desnecessidade de capacidade postulatória e a dispensa no pagamento das custas processuais foram instrumentos que inegavelmente contribuíram para a efetividade do acesso à justiça. No entanto, conquanto a referida lei tenha inserido um ambiente acessível e desburocratizado, possibilitando um maior exercício ao direito de ação, também fez favorecer uma massificação de demandas pautadas essencialmente no uso desvirtuado dos benefícios legais.

[55] Jurisprudência do STJ delimita punições por litigância de má-fé. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/-Jurisprudencia-do-STJ-delimita-punicoes-por-litigancia-de-ma-fe.aspx>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Mendes relata que os benefícios concedidos em prol dos consumidores, criados de forma a possibilitar demandas céleres e eficientes, “criaram um pequeno monstro, em crescimento, para o qual ainda não foi criada solução: o crescimento assustadoramente desenfreado de demandas aventureiras”.[56]

Nesse contexto, quando o assunto é o exercício abusivo nos Juizados Especiais Cíveis, as demandas de inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito tornaram-se um dos grandes instrumentos para tal exercício. Assim, diante da impossibilidade da prova da existência da relação contratual pelo consumidor, o que implica a possibilidade da inversão do ônus da prova nas relações consumeristas, é recorrente sobre estas demandas a atuação marcada pelo abuso processual, e, ante a deficiente defesa instruída das rés, a efetiva chancela pelo Poder Judiciário.

É sob essa perspectiva, então, que se verificam os frequentes ajuizamentos de ações declaratórias de inexistência de débitos cumuladas com pedidos de indenização por danos morais, decorrentes de uma suposta inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito, sob a alegação de inexistência de relação contratual entre as partes.

Tem-se, inicialmente, que as referidas demandas se mostram como de rápida solução, isto é, demandas que podem ser facilmente resolvidas nas audiências de conciliação e mediação, mediante acordos judicias que necessitarão, tão somente, de homologação judicial. Portanto, uma primeira tentativa de sucesso da demanda se faz presente ainda quando da utilização dos métodos alternativos de resolução do conflito, fato que por si só já desvia a acurada análise da lide aos olhos dos magistrados e, muitas vezes, tais lides passam despercebidas pelas rés, ante o elevado número de ações ajuizadas diariamente em seu desfavor.

Por conseguinte, não realizado um acordo entre as partes, observa-se o primeiro argumento, utilizado pelos litigantes, apto a assegurar a existência e atuação processual da demanda, qual seja, a prova diabólica da inexistência da relação contratual pelo litigante. Nesse contexto, quando o assunto é o exercício abusivo nos Juizados Especiais Cíveis, as demandas de inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito tornaram-se um dos grandes instrumentos para tal exercício. Assim, diante da impossibilidade da prova da existência da relação contratual pelo consumidor, o que implica a possibilidade da inversão do ônus da prova nas relações consumeristas,

[56] MENDES, 2016, p. 623.

é recorrente sobre estas demandas a atuação marcada pelo abuso processual, e, ante a deficiente defesa instruída das rés, a efetiva chancela pelo Poder Judiciário.

É sob essa perspectiva, então, que se verificam os frequentes ajuizamentos de ações declaratórias de inexistência de débitos cumuladas com pedidos de indenização por danos morais, decorrentes de uma suposta inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito, sob a alegação de inexistência de relação contratual entre as partes.

Em face disso, surge para a ré a comprovação de um fato extintivo ao direito do autor, prova esta que poderia ser facilmente produzida pelos fornecedores. No entanto, o que se percebe é que nem sempre as próprias empresas demandadas apresentam oportunamente uma defesa articulada apta a comprovar a relação contratual, seja em decorrência da desorganização das empresas em ofertar meios de defesa aos seus causídicos, seja em virtude de uma visão de mercado que limita sua produção de prova. Assim, infere-se que a própria ré cria obstáculos que conduzem à existência de um exercício abusivo junto ao Judiciário.

Com efeito, tendo em vista a deficiente e até carente defesa apresentada pelas rés, e diante do reconhecimento da hipossuficiência econômica, técnica e jurídica do consumidor, emerge a preponderância do princípio da boa-fé objetiva do consumidor em torno da causa. Tem-se, assim, a constante chancela do Judiciário mediante a desconstituição do débito, a retirada do nome do autor dos órgãos de proteção ao crédito e, por fim, a condenação da ré a uma indenização por danos morais, seja a demanda legítima ou não.

Não obstante, é possível também verificar nessas demandas uma atuação enérgica das partes rés mediante a comprovação da relação contratual, colacionando contratos devidamente assinados, documentos de identificação utilizados na contratação, cópia de gravações telefônicas, dentre outros capazes de comprovar a contratação, e a consequente legitimidade da inscrição do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito. É diante desse cenário que se verifica a conduta dolosa e abusiva dos litigantes através de ações lançadas à própria sorte, cujo único objetivo é a locupletação ilícita à custa das rés.

Nesse sentido, observa-se a existência de dois fenômenos ocorridos após a apresentação da contestação pela ré: se o litigante tem a sorte da apresentação de uma defesa mal instruída por parte da demandada, o normal prosseguimento da demanda; no entanto, se houver uma defesa instruída com a comprovação da relação

contratual, normalmente ocorre a apresentação de pedido de desistência ou alegação de alta complexidade da causa por necessidade de perícia, por parte do litigante, ambos objetivando a extinção do processo sem resolução do mérito, de forma prematura.

No que concerne ao pedido de desistência, o FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) em seu enunciado 90, redigido no XXXVIII Encontro, ocorrido em Belo Horizonte, já assentou que seu pedido implicará a extinção do processo sem resolução do mérito, salvo quando houver indícios de lide temerária e litigância de má-fé.[57] Portanto, é baseado em tal entendimento, que impõe a consequente extinção prematura da demanda, que muitos litigantes demandam, de modo a provocar a extinção do processo sem análise do mérito, e sem que possa a ré manifestar-se, caso aquele perceba que terá sua pretensão frustrada no mérito.

É sobre esse viés, então, que se torna necessária a atuação reflexiva por parte dos magistrados quando do acolhimento desse desenlace jurídico no caso concreto, de forma a evidenciar possíveis lides abusivas, não podendo tal entendimento também ser utilizado de forma desmedida e desvirtuada. Assim, caso sejam constatados indícios de um exercício desleal e abusivo, tais como a similaridade entre as assinaturas, semelhança nos documentos de identificação, indicação correta de endereço residencial, é imprescindível o normal prosseguimento do feito como meio necessário a sanar eventuais dúvidas em relação à situação fática, como a conversão em diligência ou marcação de uma audiência de instrução e julgamento.

Noutro pórtico, em relação aos pedidos de extinção do processo sem resolução do mérito, em decorrência da complexidade da causa, constata-se, na verdade, uma tentativa de afastar a apreciação da demanda junto ao magistrado, sob a alegação da necessidade de realização de perícia, grafotécnica ou audiovisual, o que descaracterizaria a demanda como de menor complexidade. Assim, sob tal justificativa, busca-se criar a necessidade de direcionamento da causa à Justiça Comum, rito com maiores garantias na prática de atos processuais, mas de maneira fraudulenta.

Nesse sentido, frequentemente se invoca o artigo 51, inciso II, da Lei nº 9.099/95, o qual permite a extinção do processo sem resolução meritória quando não

[57] Enunciado 90: A desistência da ação, mesmo sem a anuência do réu já citado, implicará a extinção do processo sem resolução do mérito, ainda que tal ato se dê em audiência de instrução e julgamento, salvo quando houver indícios de litigância de má-fé ou lide temerária.

cabível o procedimento sumaríssimo, sem haver, no entanto, qualquer obrigatoriedade de remessa à Justiça Comum.[58] Portanto, o reconhecimento da extinção do processo sem resolução do mérito, sem a realização de uma apurada investigação que demostre a real necessidade de perícia, de modo a evidenciar possíveis casos de fraude, só corroboraria com a necessidade de subsunção do caso ao procedimento comum, fato que, na verdade, jamais se concretizará, pois a demanda jamais será ajuizada.

Conclui-se, assim, que o acolhimento prematuro da extinção dos processos sem resolução do mérito, seja pela inadmissibilidade do procedimento sumaríssimo, seja pelo acolhimento dos pedidos de desistência, sem uma acurada análise que evidencie factualmente a necessidade de dilação probatória na Justiça Comum ou aprecie a real alegação do pedido de desistência, só atesta a existência de possíveis "saídas" fraudulentas, quando da frustração da pretensão temerária.

6. CONCLUSÃO

Mediante o exposto, é possível concluir que, ante a nova concepção de direito subjetivo, assumida ao longo dos anos, o abuso de direito, como exercício anormal do direito que lhe é conferido, tornou-se elemento preponderante a ser rechaçado nas relações jurídicas. A partir de então, condutas éticas, retas e probas assumem perante o sistema jurídico o status de dever ético-jurídico, as quais podem ser exigidas e valoradas no seio da relação processual.

No entanto, mesmo ante toda a carga normativa que rechace o abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro, é notória, sobre as demandas nos Juizados Especiais Cíveis, sobretudo nas demandas de inscrição "indevida" nos órgãos de proteção ao crédito, a mera improcedência da ação, carecendo por parte dos magistrados a justa aplicação da medida penalizadora ao exercício temerário e abusivo.

Nesse sentido, deve-se inferir que a violação aos deveres ético-jurídicos sustentados pelo Código de Processo Civil, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelos princípios basilares que norteiam o processo civil se mostra não somente como um comportamento desleal e desarrazoado, mas como um ilícito processual, razão pelo qual faz ensejar a necessária responsabilização aos litigantes temerários.

[58] Art: 51: Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: II - quando inadmissível o procedimento instituído por esta Lei ou seu prosseguimento, após a conciliação.

Nesse contexto, tem-se que, constatada a atuação abusiva e fraudulenta dos litigantes mediante o ajuizamento de lides temerárias, cujo único objetivo seja a locupletação ilícita sobre as rés, evidente a necessidade da efetiva penalização, de forma a inibir a utilização do processo como via para obtenção de resultados ilícitos.

Dessa forma, a aplicação da multa por litigância de má-fé se mostra como o instrumento processual hábil a atingir a finalidade de persuadir/dissuadir o litigante temerário. Isso porque, além de reprimir economicamente a atuação desleal do litigante, através do seu efeito punitivo, desestimula que novas pessoas utilizem a prestação jurisdicional de forma excessiva e deliberada, através do seu efeito pedagógico.

No mais, torna-se necessária a atuação prudente e cautelosa por parte dos magistrados, imprescindindo de uma análise acurada da situação posta em julgamento, de modo a constatar que os benefícios legais previstos na codificação consumerista e na lei do rito sumaríssimo estão sendo utilizados desvirtuadamente para a satisfação de demandas abusivas.

Desta feita, devido à expressiva realidade dos casos de abuso de direito nas demandas de inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito, relevante se faz a tomada de consciência quanto à efetiva aplicação da multa por litigância de má-fé, de sorte que sua aplicação não somente impeça a satisfação da demanda, mas garanta uma atuação desencorajadora perante o ambiente jurídico.

Logo, deve-se compreender que a postura abusiva precisa e deve ser rechaçada, necessitando por parte do Poder Judiciário de uma efetiva resposta que repudie as ações que, na realidade dos fatos, não seriam justas. Portanto, aplicar a efetiva multa por litigância de má-fé aos litigantes temerários é garantir a legitimidade ao direito de ação lesionado diariamente.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Alberto; LAMÊGO, Frederico Ribeiro. O papel do juiz no combate ao abuso do direito processual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG,** Belo Horizonte, n. 71, p. 313-339, jul./dez. 2017.

BORGES, Marta Alexandra Frias. **Algumas Reflexões em Matéria de Litigância de Má-Fé**. 2014. 156f. Dissertação (mestrado) - Curso de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código processo civil. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o código de defesa do consumidor. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/-l8078.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13105, de 16 de março de 2015**. 2015. Institui o código de processo civil. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CARVALHO, Gabriel Freitas Maciel Garcia. A aplicabilidade da multa por litigância de má-fé aos advogados atuantes no processo. **Revista Amagis Jurídica – Associação dos Magistrados Mineiros**, Belo Horizonte, n. 6, 203-226, ago./dez. 2011.

CUNHA, Rossane Gay. Do abuso do direito de demandar. **Revista Direito e Democaria**, Canoas, v. 4, n. 2, p. 425-436, 2003.

Dicionário de latim online: significados de palavras e expressões em latim. Disponível em: <https://www.dicionariodelatim.com.br/busca.php?search=summum-+jus%2C+summa+injuria>. Acesso em: 09 mar. 2020.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. **Enunciados**. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>. Acesso em: 20 mar. 2020

GUIMARÃES, Maria Estella Silva. **As ações de defesa do consumidor nos Juizados Especiais Cíveis.** 2011. 82f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Especialização em Direito Empresarial e Negócios, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2011.

Jurisprudência do STJ delimita punições por litigância de má-fé. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 19 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Jurisprudencia-do-STJ-delimita-punicoes-por-litigancia-de-ma-fe.aspx>. Acesso em: 20 mar. 2020.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**, Jundiaí, n. 7, p. 7-17, nov. 2003.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. **Abuso do direito e tutela ética do processo**. 2006. 233f. Dissertação (mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

LIRA, Valéria Negreiros Portugal Calixto de. **Dano Moral nos Juizados Especiais.** 2011. 31f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional:** novos paradigmas para os contratos. Santa Maria: 2006. 38f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Especialização em Direito Civil, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2006.

MARCHER, Wilson de Souza. O abuso processual. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, n. 10, p. 149-168, mai. 2010.

MENDES, Gabriela Riente Lima. A Massificação das Demandas Consumeristas e os Juizados Especiais Cíveis: uma análise prática da "loterização" da Justiça. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 618-633, jan./jun. 2016.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo:** aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Hélio David Vieira Figueira dos. O litigante de má-fé nos Juizados Especiais. **Direito, Memória e Futuro:** temas jurídicos, incluindo contos e memórias. 2016. Disponível em: <https://direitomemoriaefuturo.com/2016/02/11/o-litigante-de-ma-fe-nos-juizados-especiais/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

SOARES, Carlos Henrique. Litigância de Má-fé no Direito Processual Brasileiro. **Revista do Direito de Língua Portuguesa**, Lisboa, n. 3, p. 7-35, jan./jun. 2014.

SOARES, Renata Dominguez Balbino. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTr, 2008.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Direitos básicos do consumidor. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PRESERVAÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO[1]

CONSTITUTIONALITY CONTROL AND ITS IMPORTANCE FOR THE PRESERVATION OF DEMOCRACY IN CONTEMPORARY BRAZIL

Eliseu Lefundes de Souza Junior[2]

Resumo: Este trabalho analisa o controle de constitucionalidade e seu papel na democracia brasileira. Inicialmente, aborda-se o conceito de controle de constitucionalidade e seus tipos no Brasil. Em seguida, discute-se a importância deste mecanismo para a manutenção do Estado Democrático de Direito, bem como as dificuldades contramajoritárias enfrentadas pelas Supremas Cortes. O estudo conclui que o controle de constitucionalidade é fundamental para assegurar que as leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição, protegendo os direitos fundamentais e garantindo a estabilidade jurídica.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade, Democracia, Direito Constitucional, Estado Democrático de Direito, Dificuldade Contramajoritária.

Abstract: This paper analyzes the judicial review and its role in Brazilian democracy. Initially, the concept of judicial review and its types in Brazil are addressed. Then, the importance of this mechanism for maintaining the Rule of Law and the counter-majoritarian difficulties faced by Supreme Courts are discussed. The study concludes that judicial review is essential to ensure that laws and normative acts comply with the Constitution, protecting fundamental rights and ensuring legal stability.

Keywords: Judicial Review, Democracy, Constitutional Law, Rule of Law, Counter-Majoritarian Difficulty.

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é um mecanismo essencial no sistema jurídico brasileiro, responsável por garantir que as leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição. Este trabalho tem como objetivo analisar o papel do controle de constitucionalidade na democracia brasileira, explorando sua importância na proteção dos direitos fundamentais e na manutenção do Estado Democrático de Direito.

A justificativa para este estudo reside na relevância do tema, especialmente em um contexto de crescente judicialização da política e debates sobre a separação dos

[1] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no programa de pós-graduação social em Direito Público da Faculdade Legale Educacional.

[2] Graduado em direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana e Pós-graduado em direito público pela Faculdade Legale. Atualmente é técnico do seguro social no INSS e advogado. E-mail: eliseu.lefundes.jr@gmail.com.

poderes. Além disso, o trabalho discutirá a dificuldade contramajoritária enfrentada pelas Supremas Cortes, um desafio significativo na teoria e prática do direito constitucional.

A metodologia adotada inclui uma revisão bibliográfica abrangente e análise de casos práticos relevantes.

A estrutura deste trabalho está dividida em cinco capítulos principais: a introdução, a revisão de literatura, a metodologia, os resultados e discussão, e as considerações finais.

A metodologia deste trabalho é baseada em uma abordagem qualitativa, com a realização de uma revisão bibliográfica abrangente sobre o tema do controle de constitucionalidade e a dificuldade contramajoritária. Foram analisados livros, artigos acadêmicos, decisões judiciais e legislações pertinentes ao tema. Além disso, foram estudados casos práticos julgados pelo STF para ilustrar a aplicação do controle de constitucionalidade no contexto brasileiro.

O levantamento bibliográfico incluiu autores como Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes, Robert Alexy, entre outros, que fornecem uma base teórica robusta para a análise. Os casos práticos selecionados incluem decisões emblemáticas do STF que refletem a aplicação do controle de constitucionalidade e as implicações contramajoritárias dessas decisões.

2. ASPECTOS PRINCIPAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Conceito de Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é um mecanismo jurídico fundamental que assegura a conformidade das leis e atos normativos com a Constituição. Trata-se de um processo pelo qual se verifica a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição, podendo resultar na invalidação das normas que sejam consideradas inconstitucionais. Este mecanismo é essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito, garantindo que todos os atos do poder público respeitem os princípios e valores constitucionais.

Histórico do Controle de Constitucionalidade no Mundo

A origem do controle de constitucionalidade remonta aos Estados Unidos, com o famoso caso Marbury v. Madison, decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sob a liderança do Chief Justice John Marshall. Nesse caso, a Suprema Corte afirmou o princípio do judicial review, que concede ao Judiciário o

poder de revisar e anular atos do Legislativo e do Executivo que sejam contrários à Constituição. Esse precedente estabeleceu a base para o controle de constitucionalidade nos sistemas jurídicos de diversos países.

Na Europa, o modelo de controle de constitucionalidade desenvolveu-se de maneira diferente. Após a Segunda Guerra Mundial, com a criação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1951 e a Corte Constitucional da Itália em 1956, estabeleceu-se um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, no qual uma corte especializada tem a competência exclusiva para revisar a constitucionalidade das leis. Este modelo, conhecido como sistema de controle concentrado, influenciou a estrutura dos tribunais constitucionais em muitos países europeus e latino-americanos.

Histórico do Controle de Constitucionalidade no Brasil

No Brasil, o controle de constitucionalidade tem suas raízes na Constituição de 1891, a primeira Constituição republicana do país. Inspirada pelo modelo norte-americano, a Constituição de 1891 introduziu o controle difuso de constitucionalidade, permitindo que qualquer juiz ou tribunal pudesse declarar a inconstitucionalidade de uma norma em um caso concreto. Este modelo permaneceu uma característica essencial do sistema jurídico brasileiro ao longo das sucessivas constituições.

A Constituição de 1934 trouxe inovações significativas ao introduzir o controle concentrado de constitucionalidade, permitindo ao Supremo Tribunal Federal (STF) julgar ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) propostas por legitimados específicos, como o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, entre outros. No entanto, essa inovação foi interrompida pela Constituição de 1937, que centralizou o poder e limitou a atuação do Judiciário.

Com a Constituição de 1946, o Brasil retomou o controle concentrado de constitucionalidade, que foi ampliado e consolidado pela Constituição de 1988, atualmente em vigor. A Constituição de 1988 reforçou os mecanismos de controle de constitucionalidade, estabelecendo um sistema híbrido que combina o controle difuso e o controle concentrado. Além das ADIs, a Constituição de 1988 introduziu outros instrumentos de controle concentrado, como as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e as arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs).

2.1.1 Tipos de Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade pode ser realizado de diferentes formas, dependendo do sistema jurídico de cada país. No Brasil, adotam-se principalmente duas modalidades: o controle difuso e o controle concentrado. Além disso, é importante discutir o controle político e o controle judicial de constitucionalidade, que oferecem diferentes perspectivas sobre como garantir a supremacia constitucional.

Controle Difuso

O controle difuso de constitucionalidade, também conhecido como controle concreto, ocorre quando qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma em um caso concreto. Essa forma de controle tem suas origens no sistema norte-americano e foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro pela Constituição de 1891. No controle difuso, a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos apenas entre as partes envolvidas no processo. No entanto, se a decisão for proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ela pode ser submetida ao Senado Federal, que pode conferir-lhe efeitos erga omnes, ou seja, efeitos válidos para todos.

O controle difuso permite uma maior participação do Judiciário na proteção dos direitos constitucionais, uma vez que qualquer cidadão pode questionar a constitucionalidade de uma norma no curso de um processo judicial. No entanto, este modelo pode levar a uma fragmentação das decisões, uma vez que diferentes juízes e tribunais podem ter entendimentos distintos sobre a mesma questão constitucional.

Controle Concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade, ou controle abstrato, é realizado exclusivamente pelo STF. Nesse modelo, a constitucionalidade de uma norma é analisada de forma abstrata, sem vinculação a um caso concreto, e a decisão produz efeitos erga omnes e vinculantes. O controle concentrado foi introduzido no Brasil pela Constituição de 1934 e consolidado pela Constituição de 1988, que ampliou os mecanismos de controle concentrado, incluindo:

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI): Utilizada para questionar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal.

Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC): Visa a declaração de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, com o objetivo de conferir segurança jurídica.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): Destinada a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público.

O controle concentrado garante uniformidade e segurança jurídica, pois as decisões do STF têm efeito vinculante e são aplicáveis a todos. Este modelo é essencial para a estabilidade do sistema jurídico e a proteção dos direitos fundamentais.

Controle Político e Controle Judicial de Constitucionalidade

Além dos modelos de controle difuso e concentrado, é fundamental discutir o controle político e o controle judicial de constitucionalidade, que refletem abordagens diferentes sobre quem deve ter a competência para revisar a constitucionalidade das normas.

Controle Político de Constitucionalidade

O controle político de constitucionalidade é exercido por órgãos políticos, como o Legislativo ou o Executivo. Nesse modelo, a revisão da constitucionalidade das normas é realizada por instituições eleitas, que representam diretamente a vontade popular. Este tipo de controle é comum em sistemas parlamentaristas, onde comissões parlamentares ou conselhos constitucionais podem desempenhar essa função.

O controle político tem a vantagem de estar mais próximo da vontade democrática, pois envolve atores políticos diretamente responsáveis perante o eleitorado. No entanto, essa proximidade pode ser uma desvantagem, pois os órgãos políticos podem estar sujeitos a pressões partidárias e a interesses eleitorais, comprometendo a imparcialidade e a objetividade das decisões.

Controle Judicial de Constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade é realizado pelo Judiciário, especialmente por tribunais constitucionais ou cortes supremas. Este modelo, adotado no Brasil e em muitos outros países, confere aos juízes e tribunais a responsabilidade de verificar a conformidade das normas com a Constituição. O controle judicial pode ser difuso ou concentrado, como já mencionado.

A principal vantagem do controle judicial é a imparcialidade dos juízes, que não estão sujeitos às mesmas pressões políticas que os legisladores ou executivos. O controle judicial garante uma proteção mais robusta dos direitos fundamentais, pois os juízes podem atuar de maneira independente para corrigir abusos e excessos dos outros poderes. No entanto, a atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade

pode levantar questões sobre a legitimidade democrática das decisões judiciais, especialmente em casos de grande impacto social e político.

2.1.2 Dificuldade Contramajoritária das Supremas Cortes

A dificuldade contramajoritária refere-se ao dilema enfrentado pelas Supremas Cortes ao anularem leis ou atos do poder legislativo que foram democraticamente aprovados. Essa questão é amplamente discutida na teoria constitucional e levanta importantes reflexões sobre a legitimidade e os limites do poder judicial.

Barroso (2018) destaca que, ao exercerem o controle de constitucionalidade, as Supremas Cortes podem ser vistas como órgãos contramajoritários, pois suas decisões podem contrariar a vontade da maioria representada pelo legislativo. No entanto, essa função é essencial para a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção do equilíbrio entre os poderes.

Ademais, a legitimidade das decisões das Supremas Cortes está diretamente ligada à fundamentação jurídica sólida e à transparência de seus procedimentos. A dificuldade contramajoritária é, portanto, um desafio que requer um balanço cuidadoso entre o respeito à vontade popular e a defesa dos princípios constitucionais (Alexy, 2002).

3. DESAFIOS DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI E A CONTRIBUIÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Conceito de Democracia

A democracia é amplamente considerada o melhor sistema de governo, permitindo a participação ativa dos cidadãos na escolha de seus representantes e na formulação de políticas públicas. De acordo com Robert Dahl (1998), a democracia é caracterizada por elementos como participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle da agenda e inclusão de adultos. Esses princípios garantem que todos os cidadãos tenham a oportunidade de influenciar as decisões que afetam suas vidas.

Norberto Bobbio (1987) destaca que a democracia é um processo contínuo de negociação e deliberação, onde o pluralismo e o respeito às minorias são essenciais. A separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos são fundamentais para assegurar que nenhuma instituição ou grupo exerça um poder absoluto, promovendo assim a estabilidade e a legitimidade do governo democrático. Nesse contexto, a democracia não é apenas um conjunto de procedimentos, mas também um ideal

normativo que envolve a proteção dos direitos fundamentais e das liberdades civis e políticas.

3.2 Desafios da Democracia no Século XXI e Os Limites do poder Judiciário

No século XXI, a democracia enfrenta uma série de desafios que ameaçam sua eficácia e estabilidade. A intensificação da polarização política, exacerbada pelas redes sociais, tem fragmentado as sociedades, dificultando o diálogo e a cooperação entre diferentes grupos políticos. Cass Sunstein (2017) argumenta que as redes sociais, ao criarem bolhas de informação, contribuem para a polarização e a radicalização das opiniões, tornando mais difícil o consenso em questões públicas.

A disseminação de fake news é outro desafio significativo. A propagação de desinformação e notícias falsas compromete a qualidade do debate público e influencia negativamente a opinião pública e os processos eleitorais. Claire Wardle e Hossein Derakhshan (2017) destacam que a desinformação pode minar a confiança nas instituições democráticas e levar à manipulação dos eleitores, prejudicando a integridade dos processos democráticos.

A judicialização da política é um fenômeno crescente, onde questões políticas e sociais são decididas pelo Judiciário. Luiz Werneck Vianna et al. (1999) apontam que, embora a judicialização possa ser necessária para a proteção dos direitos fundamentais, ela também levanta preocupações sobre a legitimidade e os limites da atuação judicial, especialmente quando o Judiciário se torna um árbitro frequente em questões políticas controversas.

Além disso, a crise de representatividade e a desconfiança nas instituições democráticas refletem a insatisfação dos cidadãos com os políticos eleitos e os partidos. Yascha Mounk (2018) alerta que essa crise tem alimentado o crescimento de movimentos populistas e autoritários, que prometem soluções simples para problemas complexos, mas que frequentemente ameaçam os princípios democráticos e os direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade, deve operar dentro de certos limites para manter sua legitimidade e eficácia. A separação dos poderes, conforme descrita por Montesquieu (1748), é fundamental para preservar o equilíbrio entre os poderes e evitar o abuso de poder. O Judiciário deve atuar em harmonia com os outros poderes, respeitando suas competências e evitando a usurpação de funções legislativas ou executivas.

As decisões judiciais devem ser bem fundamentadas, baseadas em princípios jurídicos sólidos e na interpretação adequada da Constituição. Luís Roberto Barroso (2018) destaca que a clareza e a justificativa robusta das decisões são essenciais para a aceitação e a legitimidade judicial. A fundamentação sólida permite que as decisões sejam compreendidas e respeitadas, mesmo quando são contrárias aos interesses de determinados grupos ou maiorias.

A transparência nos procedimentos judiciais e a acessibilidade das decisões são cruciais para garantir a confiança pública no Judiciário. Procedimentos opacos e decisões incompreensíveis podem minar a legitimidade do sistema judicial. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995) argumentam que a abertura do Judiciário ao escrutínio público é essencial para manter a confiança na imparcialidade e na integridade das decisões judiciais.

3.3 Contribuição do Controle de Constitucionalidade para a Democracia.

O controle de constitucionalidade desempenha um papel crucial na proteção da democracia. Ao assegurar que todas as leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição, o controle de constitucionalidade protege os direitos fundamentais e os princípios democráticos. Robert Alexy (2002) observa que o Judiciário, ao revisar e potencialmente anular legislações que violam direitos fundamentais, protege os direitos das minorias contra a tirania da maioria, promovendo a justiça e a igualdade.

Além disso, o controle de constitucionalidade contribui para a estabilidade jurídica. Decisões bem fundamentadas e consistentes criam um ambiente previsível e seguro para os cidadãos e as instituições. A estabilidade jurídica é essencial para a confiança nas normas e no sistema de justiça, permitindo que os cidadãos planejem suas ações com segurança.

Ao atuar como guardião da Constituição, o Judiciário desempenha um papel vital na manutenção do Estado Democrático de Direito. Ele garante que nenhum poder extrapole seus limites e que os direitos fundamentais sejam respeitados. Dessa forma, o controle de constitucionalidade não apenas protege os direitos individuais, mas também fortalece as bases da democracia, assegurando que o governo opere dentro dos limites da legalidade e da justiça.

Em suma, os desafios enfrentados pela democracia no século XXI exigem um Judiciário robusto e independente, capaz de exercer o controle de constitucionalidade

de maneira eficaz e legítima. O equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e o respeito à vontade popular é delicado, mas essencial para a preservação de um sistema democrático saudável e justo. O controle de constitucionalidade, ao garantir a supremacia da Constituição e proteger os direitos das minorias, desempenha um papel indispensável na promoção de uma democracia vibrante e resiliente.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados deste estudo demonstram que o controle de constitucionalidade é fundamental para garantir a conformidade das normas infraconstitucionais com a Constituição, protegendo os direitos fundamentais e assegurando a estabilidade jurídica. A análise de casos práticos julgados pelo STF revelou a importância deste mecanismo na proteção do Estado Democrático de Direito e na garantia de um sistema jurídico justo e equilibrado.

Exemplos de casos relevantes incluem a ADI 4.650, que julgou a constitucionalidade do financiamento privado de campanhas eleitorais, e a ADI 4.357, que abordou a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Essas decisões ilustram o papel do STF como guardião da Constituição, mesmo diante de pressões majoritárias.

A dificuldade contramajoritária é um aspecto crítico na atuação das Supremas Cortes. Como destaca Alexy (2002), ao protegerem direitos fundamentais contra a vontade da maioria, as cortes desempenham uma função essencial para a manutenção do Estado de Direito. No entanto, essa atuação pode gerar tensões entre os poderes e desafios à legitimidade das decisões judiciais.

A análise dos casos práticos também revela que a fundamentação sólida e a transparência nos procedimentos judiciais são essenciais para mitigar as críticas contramajoritárias e assegurar a aceitação das decisões pelas partes envolvidas e pela sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho demonstrou que o controle de constitucionalidade é um mecanismo essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito no Brasil. Através da análise de conceitos, tipos de controle e a dificuldade contramajoritária enfrentada pelas Supremas Cortes, foi possível compreender a importância deste

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

instrumento na garantia da conformidade das normas com a Constituição e na proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, a discussão sobre os desafios da democracia no século XXI e a contribuição do controle de constitucionalidade revelou que o Judiciário desempenha um papel crucial na defesa da democracia, especialmente em tempos de polarização política e crises institucionais. No entanto, é fundamental que o Judiciário atue dentro dos limites estabelecidos pela separação dos poderes e mantenha a transparência e a fundamentação de suas decisões para garantir sua legitimidade.

Em suma, o controle de constitucionalidade é uma ferramenta indispensável para assegurar a estabilidade e a justiça no sistema jurídico brasileiro, protegendo os direitos dos cidadãos e fortalecendo as bases da democracia.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. (2002). "A Theory of Constitutional Rights." Oxford University Press.

BARROSO, Luís Roberto. (2015). "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro." Saraiva.

BARROSO, Luís Roberto. (2018). "A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria." Fórum.

BOBBIO, Norberto. (1987). "The Future of Democracy." Polity Press. Dahl, Robert A. (1998). "On Democracy." Yale University Press.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. (2015). "Curso de Direito Constitucional." Saraiva.

MONTESQUIEU, Charles de. (1748). "O Espírito das Leis." Edipro.

MOUNK, Yascha. (2018). "The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It." Harvard University Press.

SUNSTEIN, Cass R. (2017). "#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media." Princeton University Press.

TATE, C. Nea; VALLINDER, Torbjörn. (1995). "The Global Expansion of Judicial Power." NYU Press.

VIANNA, Luiz Werneck et al. (1999). "A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil." Revan.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. (2017). "Information Disorder: Toward an Interdisciplinary Framework for Research and Policymaking." Council of Europe Report.

A FALSA MORTE DO LIVRE CONVENCIMENTO DOS MAGISTRADOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE FALSE DEATH OF THE FREE CONVICTION OF JUDGES IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Ana Beatriz Lacorte Araújo da Mota[1]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo expor acerca da relação existente entre a livre convicção do magistrado na resolução da lide, que era contido no CPC/73 e passou a ser disposta no CPC/2015, pois esse último buscou dar fim à discricionariedade, fazendo com que as decisões proferidas sejam devidamente fundamentadas pelos juízes, que deverão vincular-se também aos precedentes, correndo risco de terem suas decisões anuladas caso não obedeçam este requisito.

Palavras-chave: Discricionariedade dos magistrados; Livre convicção; Fundamentação; Decisão.

Abstract: This article aims to explain the relationship between the judge's free conviction in resolving the dispute, which was contained in the CPC/73 and became established in the CPC/2015, as the latter sought to put an end to discretion, ensuring that decisions rendered are duly substantiated by judges, who must also be bound by precedents, running the risk of having their decisions annulled if they do not comply with this requirement.

Keywords: Discretion of judges; Free Conviction; Reasons; Decision.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil, apesar de estar completando 10 anos de sua sanção, trouxe enormes mudanças que, até os dias atuais, estão sendo elogiadas perante o mundo jurídico. Isso porque, em comparação com o CPC/73, trouxe uma enorme evolução para a sociedade.

O CPC trouxe várias mudanças plausíveis, buscando uma maior agilidade para o processo, maior satisfação das partes, onde a conciliação das partes é sempre enaltecida em qualquer fase do procedimento. E, para além disso, trouxe uma das mais importantes inovações: a expressa necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

O CPC objetiva que o magistrado leve em consideração os argumentos das partes, fundamentando, de modo coerente, sua decisão com base nestes, para que esta possa, enfim, ter validade. A decisão deverá ser pautada na racionalidade. Para

[1] Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA) em 2017. Advogada. Pós-Graduanda em Direito Constitucional. E-mail: bilacorte@hotmail.com.

exemplificar tal situação, vamos pensar em uma das partes alegando “A” e a outra alegando “B”, diante destas alegações, não poderá, de modo algum, a decisão ser baseada na alegação “C”.

Em outras palavras, o CPC determina que as decisões tenham coerência com que o que está presente nos autos, devendo ser devidamente fundamentadas. Ocorre que, um grande problema surge a partir dessa fundamentação, em que o atual CPC supervaloriza que os magistrados devem seguir veemente os precedentes, contudo, as situações de mudança de entendimentos dos Tribunais Superiores não trazem uma segurança jurídica para aqueles que as deve cumprir.

Outra crítica vem no sentido de que, por mais que o CPC traga que todas as decisões devam ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade, há uma contradição ao disposto no art. 479, o qual enuncia que o juiz não se vincula ao laudo pericial constante nos autos, revivendo o que estava disposto no CPC de 1973, no art. 436.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CPC

O ordenamento jurídico brasileiro está acostumado com o juiz que decide conforme sua própria convicção, não deixando espaço para a aplicação das leis feitas pelo legislativo que deveriam ser aplicadas pelo Judiciário, para que, mesmo respeitando a autonomia de todos os poderes, evitassem o conflito dos mesmos, bem como, a intervenção de um no outro.

O CPC de 1973 não tratava explicitamente que o juiz deve seguir veemente aquilo que estava no texto da lei, pelo contrário, deixava isto em aberto, fazendo com que o livre convencimento dos magistrados preponderasse nos processos judiciais brasileiros.

Desta forma, decisões em processos tão similares eram proferidas de maneira totalmente diferentes o que fazia com que as partes recorressem e, consequentemente, aumentassem a demanda de recursos perante os Tribunais, bem como, criou-se a expectativa da ‘loteria judiciária’ e a problemática das demandas frívolas, as quais não possuem qualquer fundamento legal, mas, pelo fato de haver uma constância mudança de entendimento ou a possibilidade de um juiz não respeitar a jurisprudência dominante, a parte acaba ajuizando a ação para tentar ter seu pedido julgado procedente.

Como ironiza Lenio Streck (2015, p. 3) quando afirma que:

> "Hoje, se eu tenho certeza de que vou ganhar a causa, prefiro fazer um acordo; e se eu tenho certeza que vou perder, entro em juízo, porque sempre há uma chance de eu ganhar. Vá que eu encontro um juiz que decida conforme a consciência dele e não de acordo com a lei..."

O CPC/73 criou uma certa celeuma que o CPC/2015 tentou corrigir. Isso porque, antes da vigência do referido diploma legal, não havia expressamente um dispositivo legal em seu corpo que dissesse que todas as decisões deveriam ser fundamentadas, sob pena de nulidade, exemplificando o que seria uma decisão não fundamentada, como há, hoje, no art. 489, §1º. Até porque, essa questão de fundamentação somente constava, de forma expressa (como sempre constou) na própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, contudo, de forma genérica.

Um exemplo disso é citado pelo autor Lenio Streck, quando menciona uma decisão proferida nos autos do processo nº 5001367-22.2011.404.7119, no qual o juiz faz a seguinte afirmação:

> "O sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que significa dizer que o magistrado não fica preso ao formalismo da lei nem adstrito ao laudo pericial produzido nos autos, devendo o julgador analisar o caso concreto, levando em conta sua livre convicção pessoal." (STRECK, 2013, p. 1)

E para demonstrar que isso não era caso apenas dos magistrados de primeiro grau, o autor também menciona um recurso julgado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), onde o ministro Humberto Gomes de Barros faz a seguinte narrativa em seu voto:

> "Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém." (STRECK, 2013, p. 5)

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Verifica-se, então, que o livre convencimento (que não era o motivado) era a principal forma de decidir dos magistrados antes do CPC/2015, o que fazia com que aumentasse a quantidade de decisões conflitantes em casos muito semelhantes no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que, como citado acima, haja certa torcida para que a causa seja distribuída para determinada que conhece de uma forma o pedido, em detrimento de outra que não reconhece o mesmo, o que se chama de 'loteria judiciária'.

Assim, observa-se que os juízes não podem seguir seu livre convencimento em detrimento de leis, uma vez que as decisões exigem uma fundamentação e é isto que traz o novo CPC, por exemplo, no art. 11 quando enuncia que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade."

Neste sentido:

> "A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade." (STRECK, 2013, p. 3)

Até porque, como defende Lenio Streck (2013, p. 8):

> "(...) da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja, mas deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni."

Apesar de muitos magistrados seguirem o princípio do livre convencimento, não é isso que acompanha o juiz Fernando Vieira Luiz in Teoria da Decisão Judicial – Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada a Constituição de Lenio Streck (Livraria do Advogado, 2010):

> "(...) sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e jutos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos de decidimos, chegamos a conclusão que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares (...) por isso, cheguei a conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento de justo. Todos,

> eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes... Por isso, fui estudar 'teoria da decisão'." (STRECK, p. 2)

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015, apesar de tentar trazer para o ordenamento jurídico uma forma de obrigar os juízes a fundamentarem suas decisões, ainda trouxe em seu corpo normativo algo que já estava contido no CPC/73 que é a questão de que o juiz não se vincula ao laudo pericial (art. 479, CPC).

Porém, ainda assim, há uma certa obrigatoriedade na fundamentação das decisões judiciais, principalmente utilizando-se dos precedentes dos Tribunais Superiores, bem como, a sua própria, já que o art. 926, CPC enuncia que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."

Ademais, o art. 927, CPC determina que:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II - os enunciados de súmula vinculante;
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Isso implica diretamente no ato de recebimento dos recursos, em que o Relator pode negar provimento aos recursos que não seguem os precedentes pacificados, quais sejam: súmulas do STF, STJ ou do próprio Tribunal, acórdão do STF ou do STJ em recursos repetitivos e entendimento firmado em IRDR e IAC (art. 932, IV, CPC), assim como pode dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em contrariedade aos referidos entendimentos (art. 932, V, CPC), após apresentadas as contrarrazões.

Isso também se repete no ato de recebimento da inicial, quando o juiz pode julgar, liminarmente, improcedente o pedido que contrariar os precedentes acima referidos (art. 332, CPC), na concessão de tutela de evidência (art. 311, II, CPC), no ato de não haver remessa necessária, quando a sentença estiver fundada nesses preceitos (art. 496, §4º, CPC) e, até mesmo, na dispensa de caução para cumprimento provisório da sentença, quando a sentença "estiver em consonância com súmula da

jurisprudência do STF ou do STJ ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos" (art. 521, CPC).

O respeito aos precedentes ajuda diretamente na diminuição dos processos que tramitam de forma infundada perante o Judiciário brasileiro, já que há mecanismos em que se pode evitar a tramitação dessas demandas desde o início.

Vale dizer, inclusive, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 159/2024, a qual dispõe acerca mecanismos para a prevenção da litigância abusiva que é:

> [...] o desvio ou manifesto excesso dos limites impostos pela finalidade social, jurídica, política e/ou econômica do direito de acesso ao Poder Judiciário, inclusive no polo passivo, comprometendo a capacidade de prestação jurisdicional e o acesso à Justiça. (art. 1º, Recomendação nº 159/2024, CNJ)

Assim, o magistrado pode, por exemplo, determinar a emenda da petição inicial para apresentação de documentos que demonstrem interesse de agir e verossimilhança das alegações não viola o princípio do acesso à justiça, desde que esteja devidamente fundamentada e proporcional.

De acordo com o julgamento do Tema 1198 do STJ (REsp 2.021.665-MS), o juiz pode exigir a apresentação de elementos mínimos para aferição da seriedade da demanda e prevenção de fraudes processuais ou litigância abusiva. Isso é compatível com os princípios da boa-fé processual, do dever de cooperação (art. 6º, CPC), da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), o que também está previsto no art. 3º, Recomendação nº 159/2024 do CNJ.

Essa atuação judicial não impede o direito de ação, mas qualifica o seu exercício responsável, sobretudo quando há reiteradas ações infundadas, como no caso descrito. A medida é especialmente importante diante da crescente prática de litigância predatória, que compromete a boa administração da Justiça e pode configurar abuso do direito de ação.

A Litigância predatória, conforme já mencionado acima, é o uso abusivo e massivo do Poder Judiciário, com o ajuizamento de ações judiciais infundadas, repetitivas ou simuladas, com a finalidade de obter vantagem econômica indevida ou gerar pressão indevida sobre o réu. Trata-se de prática nociva que sobrecarrega o sistema de justiça, afronta a boa-fé e compromete a credibilidade do Judiciário.

Há, ainda, a litigância predatória reversa ocorre quando empresas ou instituições demandadas de forma reiterada tentam impedir ou dificultar o ajuizamento de ações legítimas pela parte mais vulnerável, bem como protelam as ações, utilizando-se de argumentos genéricos de má-fé ou de defesa institucional para afastar a análise do mérito. Ela também é observada na recusa sistemática ao cumprimento de decisões judiciais, súmulas e entendimentos vinculantes ou no seu injustificado retardamento a partir do tumulto processual e apresentação de recursos protelatórios.

Ambas as formas causam impactos negativos no Poder Judiciário, como o aumento da litigiosidade artificial, a sobrecarga das Varas, a obstrução da prestação jurisdicional efetiva e o desperdício de recursos públicos. Para o seu combate, o Judiciário pode se valer de medidas como: - Exigência de documentos complementares na petição inicial, tema trabalhado na questão; - Aplicação de multa por litigância de má-fé (art. 81, CPC); - Aplicação de multa por embargos de declaração protelatórios (art. 1.026, §2º do CPC) - Comunicação a órgãos de controle, como OAB e MP.

Por outro lado, outro ponto que merece destaque e que está intimamente ligado à importância dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro é a questão da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, fazendo com que 'decisões vestidinho preto' deixem de ser consideradas válidas, pois o art. 489, §1º, CPC obriga os magistrados a enfrentarem as teses suscitadas pelas partes (inciso IV), bem como, não pode invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (inciso III).

Isso evita, também, a massiva quantidade de recursos interpostos perante os Tribunais Superiores questionando decisões que são completamente genéricas e que se prestariam a serem proferidas em outros processos por conta de sua generalidade.

Nesse sentido, em um caso concreto, que chegou até o Supremo Tribunal Federal, o juiz da 1ª Vara Criminal de Primavera do Leste, interior de Mato Grosso absolveu o réu acusado de posse irregular de arma de fogo, sob o pretexto de que consideraria o art. 12 da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) inconstitucional.

Ocorre que, o ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal entendeu da seguinte forma:

> "O ministro Luiz Fux entendeu que o ato questionado afrontou a autoridade da decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3112, que julgou válido o artigo 12. Assim, o relator julgou procedente o pedido formulado pelo MP-MT para cassar a sentença absolutória." (STRECK, 2015, p. 1)

Verifica-se, assim, que o CPC de 2015 trouxe diversas formas de aprimorar o Judiciário brasileiro, fazendo com que, principalmente, o princípio da segurança jurídica seja respeitado, pois, o que se demonstra com os seus dispositivos legais é que os precedentes (jurisprudência pátria) deve sempre ser levada em consideração, tanto para o ajuizamento de uma petição inicial, quanto para fundamentar uma decisão.

Um ponto que merece destaque são as formas que os Tribunais Superiores podem agir para melhorar a segurança jurídica perante os demais tribunais do país. Como exemplo, pode-se citar o *overruling* ou superação, que consiste na técnica por meio da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro. Há ainda quem mencione a *tranformation*, compreendida como uma técnica em que o Tribunal, a despeito de deixar de aplicar o precedente firmado anteriormente, tenta compatibilizá-lo com a nova orientação adotada.

O *overriding* ocorre quando o Tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Essas são algumas hipóteses em que os Tribunais podem fazer uso para que o princípio da segurança jurídica seja respeitado e a ineficácia dos precedentes não seja alegado.

E, no que se refere a fundamentação das decisões, essa deixou de ser uma regra genérica prevista na Constituição (art. 93, IX, CF), passando a constar expressamente do corpo normativo do processo civil, já que, em seu art. 489, §1º, CPC passou a prever expressamente o que seria considerada como uma decisão não fundamentada, apresentando um rol exemplificativo de casos para isso.

Todavia, não se pode deixar de mencionar que, apesar de ter havido todos esses avanços perante a legislação processual civil, velhos artigos foram mantidos e, dentre eles, o art. 479, CPC que enuncia que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, sendo um resquício do livre convencimento do magistrado que, simplesmente, pode afastar uma perícia técnica em prol de sua argumentação em uma sentença, por exemplo, o que não poderia ocorrer, uma vez que não possui competência técnica para tanto.

3. CONCLUSÃO

Observa-se, deste modo, que o CPC trouxe, como a prioridade a conciliação entre as partes, a fundamentação das decisões, sob pena de nulidade, dentre outras; contudo, em alguns dispositivos legais, o velho modelo ainda é retratado, e nesse sentido se pode citar o artigo que diz que o juiz não se vincula ao laudo pericial.

Não se pode mais tratar o direito como uma loteria, na qual o direito garantido em uma norma só será aplicado se for apreciado pelo magistrado que possui o posicionamento “X”, pois caso ele se posicione da maneira “Y”, o direito tutelado não terá eficácia, já que o livre convencimento seria o desfecho da demanda.

Pode-se afirmar, diante do exposto, que para o Brasil honrar o chamado Estado Democrático de Direito, é necessário que os juízes julguem as causas de acordo com a lei ou com os precedentes e não com a sua livre convicção. Uma pessoa não pode procurar mais a tutela de seu direito e sair surpreendido com uma sentença fundamentada no livre convencimento (que não é motivado).

Não é justo que os juízes decidam fundamentando no seu senso de justiça, pois por mais que possuam a melhor das intenções, poderão entrar em contradição, ou seja, poderão decidir de modo divergente acerca do mesmo caso, criando decisões conflitantes acerca os mesmos casos dentro do mesmo ordenamento jurídico.

Por fim, observa-se que o Brasil está longe de abandonar o velho modelo que era centralizado na figura do juiz que julga de acordo com o seu livre convencimento, não levando em consideração o que está nos autos.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

STRECK, Lenio Luiz. **NCPC: Cobrar fundamentação dos juízes é "utopia totalitária"?** Senso Incomum. Consultor Jurídico – Conjur. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** Senso Incomum. Consultor Jurídico – Conjur. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC.** Grande Avanço. Consultor Jurídico – Conjur. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC.** Senso Incomum. Consultor Jurídico – Conjur. 2015.
Juiz não pode "descriminalizar" posse irregular de arma, diz Luiz Fux. Tese Pacificada. Consultor Jurídico – Conjur. 2015. Disponível em <www.conjur.com.br/2015-out-14/juiz-nao-descriminalizar-posse-irregular-arma-fux> Acessado em 15 de abril de 2025.

Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 159/2024**. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5822> Acesso em 15 de abril de 2025.

PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NA LOCAÇÃO COMERCIAL: O ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SEIZURE OF THE GUARANTOR'S FAMILY PROPERTY IN COMMERCIAL RENT CONTRACT: THE BRAZILIAN SUPREME COURT CURRENT UNDERSTANDING

Alessandra Anzanello Lago[1]

Resumo: O presente trabalho apura a posição atual dos tribunais superiores acerca da possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contratos de locação comercial, e as razões que levaram à alteração do entendimento anteriormente adotado sobre a questão, especialmente após o decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na apreciação do Tema 1.127 da Repercussão Geral (RG). Isso porque, em regra, o imóvel residencial próprio da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de débito – mas a Lei nº 8.009/1990 prevê que, dentre as exceções à impenhorabilidade do bem de família, encontra-se, justamente, a demanda executiva movida em face de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Em que pese a interpretação literal da norma leve à conclusão de que é possível a penhora do bem de família do fiador para quitar o débito referente à obrigação decorrente de contrato de locação comercial, esse nem sempre foi o entendimento do STF, discussão que foi especialmente intensificada após a inserção, no texto constitucional, do direito social à moradia. Nesse sentido, o presente estudo investiga o posicionamento adotado pelas Cortes Superiores brasileiras ao longo dos anos, analisando o que foi decidido nos Recursos Extraordinários (RE) nº 612.360, 407.688, 605.709 e, por fim, no RE 1.307.334 (julgamento do Tema 1.127 da RG), bem como o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o Tema 1.091. Para tanto, serão analisadas especificamente as questões atinentes à evolução jurisprudencial da penhorabilidade do bem de família do fiador na locação, examinando os argumentos sustentados nas decisões mencionadas, após breve esclarecimento doutrinário sobre os institutos jurídicos abordados. Para alcançar o objetivo do presente trabalho, foram utilizados os procedimentos bibliográfico e de análise jurisprudencial. Ao final, serão apresentadas as conclusões a que foi possível chegar a partir da análise das referidas decisões, que denotam a recente adoção de um entendimento menos paternalista por parte das Cortes Superiores, voltado à promoção da livre iniciativa e à defesa da autonomia privada, atento, ainda, aos efeitos pandêmicos na economia.

Palavras-chave: Penhora. Bem de família. Fiador. Locação. Locação comercial.

Abstract: The present study investigates the current understanding of the Brazilian Superior Courts regarding the possibility of seizure of the family property of the guarantor of commercial rent contract, and the reasons that led the change in the previously understanding about the subject, especially after the Supreme Court's (STF's) decision on the appreciation of Theme 1.127 of the General Repercussion (GR). This is because, as a rule, the residential property owned by the family entity is unseizable and will not be liable for any type of debt – but as described in Law nº

[1] Formada em ciências jurídicas e sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com especialização em direito e negócios imobiliários pela Faculdade IBMEC SP. Atualmente, analista Jurídica no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. alelago2@gmail.com.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

8.009/1990, among the exceptions to the unseizability of the family property, there is the obligation arising of the guarantor of rent contract. Although the literal interpretation of the rule leads to the conclusion that is possible the seizure of the family property of commercial rent contract's guarantor, this was not always the understanding of the STF, discussion that was especially intensified after the inclusion, in the constitutional text, of the social right to housing. The present study investigates the position adopted by the Brazilian Superior Courts over the years, analyzing what was decided in Extraordinary Appeal (EA) nº 612.360, 407.688, 605.709 and, finally, in EA 1.307.334 (judgment of Theme 1.127 of the RG), as well as the understanding followed by the Superior Court of Justice (STJ) in the judgment of Theme 1.091. In order to do so, the evolution of case law on the seizure of the guarantor's family property in the lease will be specifically analyzed, analyzing the arguments supported in the mentioned decisions, after a brief doctrinal clarification on the legal institutes addressed. To achieve the objective of the present work, bibliographic procedures (especially in the first two chapters) and jurisprudential analysis (in the third chapter) were employed. Ultimately, the conclusions reached through the analysis of judicial decisions will be presented, which denote a recent adoption of a less patronizing understanding by the Superior Courts, aimed at promoting free enterprise and defending private autonomy, also paying attention to the pandemic effects on the economy.

Keywords: Seizure. Family property. Guarantor. Rent. Commercial rent.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como tema central a análise da possibilidade de penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação, em especial na locação comercial, analisando-se a evolução do entendimento jurisprudencial sobre o tema, buscando entender, especialmente, o teor da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.307.334, proferida em março de 2022.

Isso porque a Lei nº 8.245/1991, que disciplina os contratos de locação de imóveis urbanos no direito brasileiro, prevê que, dentre as formas de garantia que podem ser prestadas ao locador, encontra-se a fiança. Por sua vez, em regra, o imóvel residencial próprio da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de débito – mas a Lei nº 8.009/1990 prevê que, dentre as exceções à impenhorabilidade do bem de família, encontra-se, justamente, a demanda executiva movida em face de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990), exceção essa inserida pela Lei nº 8.245/1991 no mencionado diploma normativo. A questão é especialmente importante porque, muitas vezes, o patrimônio do fiador da locação resume-se, justamente, ao seu bem de família.

Da conjugação das duas normas supramencionadas, é possível extrair, em interpretação literal, que o bem de família do fiador pode sim ser penhorado para saldar o débito decorrente de contrato de locação, qualquer que seja a modalidade locatícia. Todavia, os Tribunais Superiores oscilaram por muito tempo antes de fixarem o entendimento nesse sentido.

Em primeiro lugar porque, após a edição da Lei nº 8.245/1991, foi inserida, no texto constitucional, previsão que elevou à condição de direito social o direito à moradia, passando este a figurar de forma expressa no art. 6º da Constituição (CF). A partir de tal alteração constitucional, surgiram questionamentos acerca da constitucionalidade da previsão contida no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990.

A discussão pareceu pacificada com a decisão exarada pelo STF no RE 612.360/SP, no ano de 2010, dando conta de que o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 é constitucional, sendo penhorável o bem de família do fiador para a quitação de obrigação resultante de contrato de locação. Tal posicionamento foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) 1.363.368/MS. Posteriormente, a posição adotada pelo STJ foi reafirmada pela edição da Súmula nº 549, em 2015.

Todavia, em 2018, o STF passou a entender que a exceção (penhorabilidade do bem de família) não se aplicaria quando se estivesse diante de fiança prestada em contrato de locação comercial. Isso porque, em que pese a permissão da penhora do bem de família do fiador da locação residencial promova o direito à moradia dos locatários (principal argumento adotado para declarar a constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990), isso não ocorreria quando se estivesse diante de contratos de locação comercial – já que o locatário não fixaria sua residência no imóvel locado. Logo, deveria prevalecer o direito à moradia do fiador nesse caso, sendo impenhorável o seu bem de família.

Após cerca de quatro anos, porém, quando da apreciação do Tema 1.127 da Repercussão Geral do STF, o entendimento foi novamente alterado, agora para admitir a penhora do bem de família do fiador tanto na locação residencial, quanto na locação comercial. Considerando a relevância dos contratos de locação comercial para a economia e para o exercício da livre iniciativa, é sobre esta última alteração no entendimento que o presente trabalho se debruça, buscando entender os motivos que levaram o STF (e, posteriormente, também o STJ) a admitir a penhora do bem de

família do fiador também na locação comercial, sendo que esse entendimento havia sido rechaçado anteriormente.

A justificativa para o presente estudo reside na relevância da matéria em debate, considerando-se a grande quantidade de contratos de locação não residencial que são firmados no cotidiano, nos quais, muitas vezes, figura como fiador o próprio sócio da pessoa jurídica locatária (cujo patrimônio muitas vezes resume-se ao bem de família), revelando-se, portanto, como um importante instrumento da concretização do direito à livre iniciativa. Igualmente, é importante a análise do entendimento jurisprudencial, para fins de orientação das partes na assunção de obrigações em contratos de locação, esclarecendo a quais riscos o locador, o locatário e o fiador estão sujeitos, bem como para, no caso de aplicação do entendimento a um caso concreto, manter a coerência do ordenamento jurídico.

Para atingir o objetivo do presente estudo, serão analisadas especificamente as questões atinentes à evolução jurisprudencial da penhorabilidade do bem de família do fiador na locação, após breve esclarecimento doutrinário sobre os institutos jurídicos abordados. Nesse sentido, analisar-se-á, primeiramente, o teor das decisões exaradas no RE 612.360/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 28 de setembro de 2010, e no RE 407.688/SP, de relatoria do Min. Cezar Peluso, julgado no ano de 2006. Posteriormente, será analisado o teor do decidido pelo STF no RE 605.709. Por fim, será analisado o que foi decidido pelo STF quando da apreciação do Tema 1.127, que representa o atual entendimento da Corte sobre a questão, bem como o que foi decidido pelo STJ no Tema 1.091. Assim, será possível extrair quais foram os principais argumentos que levaram o STF a alterar o entendimento anteriormente adotado.

Para alcançar o mencionado objetivo, foram utilizados os procedimentos bibliográfico (para a conceituação dos institutos) e de análise jurisprudencial, explorando os elementos aventados nas decisões judiciais mencionadas.

Ao final, são apresentadas as conclusões a que foi possível chegar a partir da análise das referidas decisões, especialmente as duas últimas, que denotam a adoção de um entendimento menos paternalista por parte das Cortes Superiores, voltado à promoção da livre iniciativa e à defesa da autonomia privada.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

2. DESENVOLVIMENTO

O instituto objeto de estudo central do presente trabalho é o contrato de locação. O contrato de locação pode ser entendido como "o contrato pelo qual uma das partes (locador ou senhorio) se obriga a ceder à outra (locatário ou inquilino), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa remuneração, denominada aluguel." (TARTUCE, 2024, p. 735).

Segundo Sylvio Capanema de Souza (2017), o contrato de locação é gênero que se desdobra em três espécies: a locação de coisas (*locatio rerum*), a locação de serviços (*locatio operarum*) e a empreitada (*locatio operis faciendi*). Quanto à locação de coisas, atualmente, esta pode ser regida por três diplomas normativos diversos, a depender do objeto ao qual se relaciona: a locação de coisas móveis é regida pelo Código Civil; a locação de bens imóveis rurais é regida pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964); e a locação de imóveis urbanos é regida pela Lei nº 8.245/1991, chamada Lei do Inquilinato (SOUZA, 2017, p. 24). Ainda, é importante mencionar que as locações de imóveis urbanos subdividem-se em locações não-residenciais (comerciais) e locações residenciais.

No presente trabalho, o foco se estabelecerá, especialmente, em relação aos contratos de locação não-residencial. Também conforme Sylvio Capanema de Souza (2017), consideram-se locações não-residenciais todas as locações que não se destinam à moradia, e sim a outras atividades do locatário, tenham elas finalidade econômica ou não. Tanto a locação residencial quanto a não-residencial são regidas pela Lei nº 8.245/1991.

De acordo com o artigo 37 da Lei nº 8.245/1991, para reduzir o risco do inadimplemento das obrigações do locatário, permite-se que o locador exija garantias em face do locatário, sendo que as modalidades de garantia possíveis são (i) a caução; (ii) a fiança; (iii) o seguro de fiança locatícia e (iv) a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Isso significa que, inadimplido eventualmente o contrato de locação, a obrigação recairá sobre a garantia prestada, em uma das modalidades elencadas.

Importa especialmente ao presente estudo a fiança, enquanto modalidade de garantia. "A fiança, também denominada caução fidejussória, é o contrato pelo qual alguém, o fiador, garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra." (TARTUCE, 2024, p. 842). Trata-se de contrato acessório (o contrato principal é justamente aquele que é garantido pela fiança) que é firmado

entre o credor do contrato principal e o fiador[2]. No caso da fiança prestada em contratos de locação, o contrato acessório é firmado entre o fiador e o locador.

A fiança é modalidade de garantia fidejussória, o que significa que o que garante a obrigação não é um único bem, certo e determinado, mas sim todo o patrimônio titularizado pela pessoa do garantidor (TARTUCE, 2024, p. 842). Ou seja, inadimplido o débito, todos os bens integrantes do patrimônio do garantidor estarão sujeitos à responsabilização patrimonial.

Aqui surge a questão que ora será objeto de análise: estando todo o patrimônio do fiador sujeito à excussão para quitação do débito decorrente do contrato de locação, o bem de família, sabidamente impenhorável, também estaria sujeito à expropriação? Rememore-se que, muitas vezes, na prática, o patrimônio daquele que figura como fiador ao contrato de locação resume-se, justamente, ao seu bem de família (logo, inviabilizar a penhora do bem de família tornaria inócua a garantia prestada, nestes casos, já que, excepcionado o bem de família, não sobraria patrimônio nenhum para responder pela dívida).

Quanto ao bem de família, este pode ser definido como "uma qualidade que se agrega a um bem imóvel e seus móveis, imunizando-os em relação a credores, como forma de proteger a família que nele reside." (DIAS, 2021, p. 758). Para Álvaro Vilaça de Azevedo (1999), o bem de família "é o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal". Trata-se de instituto voltado a concretizar a proteção constitucional dada à entidade familiar no artigo 226 da Constituição Federal (CF), e ao direito social à moradia.

Veja-se que o direito social à moradia foi inserido na CF pela Emenda Constitucional (EC) nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, a qual ampliou o rol dos direitos sociais e incluiu, dentre eles, o direito à moradia (TUCCI, 2003, p. 02). Passou a prever o art. 6º, *caput*, da CF:

> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, art. 6º).

[2] "O contrato é celebrado entre o fiador e o credor, assumindo o primeiro uma responsabilidade sem existir um débito propriamente dito ('*Haftung ohne Schuld*' ou, ainda, '*obligatio sem debitum*')." (TARTUCE, 2024, p. 842).

Ocorre que a previsão constitucional (art. 6º, caput), é norma de eficácia limitada, ou seja, que depende de regulamentação infraconstitucional para que possa ser aplicada na prática. Nesse cenário, a Lei nº 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, é uma das normas que foi editada a fim de dar concretude à previsão. Tal norma assegura o direito através da preservação do patrimônio que constitui a residência própria da entidade familiar, garantindo a impenhorabilidade do bem de família. Segundo a norma, em seu art. 1º:

> O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. (BRASIL, 1990, art. 1º).

Ou seja, o bem de família é impenhorável, exceto nas hipóteses previstas pela própria Lei nº 8.009/1990, em que, portanto, admite-se a penhora do imóvel.

Quanto à penhora do bem de família do fiador no contrato de locação, a própria Lei nº 8.009/1990 prevê, em seu art. 3º, inciso VII, que "A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução [...], salvo se movido [...] por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação". Tal previsão foi inserida na Lei 9.009/90 pela Lei nº 8.245/1991.

A discussão objeto do presente trabalho, portanto, parece encontrar resposta clara na própria lei. Em uma interpretação literal, não haveria, pois, discussão a seu respeito: o bem de família do fiador também pode ser excutido para o pagamento de obrigações decorrentes de contratos de locação, qualquer que seja a modalidade locatícia (comercial ou residencial).

Todavia, a resposta àquela questão inicialmente formulada perpassa por diversos outros pontos, que merecem especial atenção, para que se possa afirmar, com certeza, que o bem de família do fiador responde, sim, pelas obrigações decorrentes do contrato de locação – em qualquer de suas modalidades, seja a locação residencial, seja a locação não-residencial (ou comercial).

Nesse sentido, tem-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores oscilou por muito tempo antes de fixar o entendimento de que a disposição contida na Lei nº 8.009/1990 é constitucional, e aplicável tanto aos contratos de locação residencial, quanto aos contratos de locação comercial.

2.1 A constitucionalidade da previsão contida no art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990

O primeiro elemento a ser analisado para que se apure a razão da oscilação jurisprudencial reside na análise da constitucionalidade da previsão do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990.

Inicialmente, tem-se que o direito social à moradia passou a constar expressamente no art. 6º da CF apenas a partir do ano 2000, com a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 26. A previsão, portanto, nasceu posteriormente à inserção, na Lei nº 8.009/1990, da exceção à impenhorabilidade do bem de família para o caso do fiador da locação. Ou seja, quando inserida a exceção à impenhorabilidade na Lei nº 8.009/1990, o direito à moradia (que é concretizado pela impenhorabilidade do bem de família) não era previsto expressamente na CF.

Com a nova previsão constitucional, surgiram, basicamente, duas correntes doutrinárias: a primeira sustentando que a nova regra constitucional teria aplicação imediata e, portanto, o bem de família do fiador da locação também seria impenhorável (tornando, portanto, inconstitucional a previsão contida na Lei nº 8.009/1990, em uma hipótese de não recepção do texto normativo a partir da EC nº 26); e a segunda entendendo pela continuidade da eficácia da exceção contida no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990, entendendo legítima a exceção criada pela legislação infraconstitucional (TUCCI, 2003, p. 03). Veja-se que a primeira corrente defendia a impenhorabilidade do bem de família do fiador sob o argumento de que admitir a penhora violaria o seu direito constitucional à moradia (TUCCI, 2003, p. 03).

Apesar de esforços doutrinários em sentido contrário, a exceção contida no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 foi considerada constitucional pelo STF no RE 407.688/SP, de relatoria do Min. Cezar Peluso, decisão proferida no ano de 2006, sob o principal argumento de que ela, em verdade, promovia o direito à moradia dos locatários, em detrimento do direito à moradia de alguns fiadores. Logo, tinha-se um embate entre dois princípios equivalentes – o direito à moradia do fiador e o do locatário. A ponderação exercida pelo legislador infraconstitucional, portanto, foi considerada razoável e proporcional, mesmo com a nova previsão constitucional, uma vez que o direito à moradia seria, em verdade, assegurado pela penhorabilidade do bem de família do fiador, e não o contrário, já que tal medida favoreceria a oferta de imóveis no mercado (BRASIL, 2006, p. 05).

Foi nesse sentido a tese firmada no Tema 295 do STF (tese firmada na decisão exarada no RE 612.360/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 28 de setembro de 2010, em decisão que solidificou o entendimento anteriormente já adotado pela Corte Suprema, em especial no RE 407.688/SP):

> É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3°, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6° da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000. (BRASIL, 2010).

O STJ também firmou o entendimento da constitucionalidade através do julgamento do REsp 1.363.368/MS, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, no ano de 2014, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema Repetitivo 708), sendo firmada a seguinte tese jurídica: "É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990". Posteriormente, a posição adotada pelo STJ foi reafirmada quando da edição da Súmula 549, no ano de 2015, segundo a qual "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação".

O entendimento fundou-se, basicamente, no argumento de que a penhorabilidade do bem de família do fiador promove o acesso à moradia do locatário, uma vez que democratiza a realização de contratos de locação ao tornar a fiança uma garantia mais forte, viabilizando que mais pessoas possam figurar como locatárias. Em outras palavras, ao diminuir o risco do negócio para o locador, que terá em seu favor a garantia fidejussória de forma mais ampla, também se amplia a oferta de imóveis disponíveis no mercado para locação, garantindo que mais pessoas tenham acesso à moradia. Restringia-se, portanto, o direito à moradia de alguns fiadores (que eventualmente teriam seu bem de família penhorado em razão do inadimplemento do contrato de locação), em prol de promover o direito à moradia de diversos locatários, que teriam facilitado o acesso ao contrato de locação porque seus locadores veriam menos risco no negócio entabulado.

2.2 A impossibilidade de penhora do bem de família do fiador na locação não-residencial

Contudo, superada a discussão acerca da constitucionalidade da previsão em si, surgiu o entendimento jurisprudencial de que, quando a locação em questão fosse

comercial, e não residencial, então não haveria se falar na aplicabilidade da exceção - ou seja, o bem de família do fiador seria, sim, impenhorável (e aqui reside, pois, o ponto central do presente trabalho). Nesse segundo momento, passou-se a entender que só seria possível excutir o bem de família do fiador caso a locação garantida fosse uma locação residencial.

Isso porque o argumento central em favor da constitucionalidade da exceção não prevalece quando se está diante de uma locação comercial. Explique-se: em que pese permitir a penhora do bem de família do fiador da locação residencial promova o direito à moradia dos locatários, viabilizando o acesso de mais pessoas às locações, a existência de maiores garantias ao credor não fomenta o direito à moradia do locatário na locação comercial, porque no imóvel locado não fixará ele a sua residência. Logo, não se trata a penhorabilidade do bem de família do fiador de mecanismo para promover o direito à moradia do locatário, quando se está em uma locação comercial.

Então, não permanecendo hígida a razão pela qual se considerou constitucional a penhorabilidade do bem de família do fiador na locação residencial, não haveria se falar na possibilidade de penhora quando a locação fosse comercial. Esse foi o entendimento central adotado pelo STF no RE 605.709, no ano de 2018.

Nesse novo entendimento, a Suprema Corte entendeu que, na locação comercial, os direitos em choque seriam o direito à moradia do fiador, versus o direito à livre iniciativa e o direito de crédito do locador, devendo, portanto, prevalecer o primeiro. Deveria, pois, prevalecer o direito constitucional à moradia do fiador nesses casos, sendo impenhorável o seu bem de família. Segundo a Min. Rosa Weber, redatora do acórdão:

> A imposição de limites à penhora de certos bens constitui conquista civilizatória, endereçada a assegurar o mínimo existencial. Admitir a penhora de bem de família para satisfazer débito decorrente de locação comercial, em nome da promoção da livre iniciativa, redundaria, no limite, em solapar todo o arcabouço erigido para preservar a dignidade humana em face de dívidas. (BRASIL, 2018, p. 42).

Em resumo, pode-se dizer que a maioria da Primeira Turma entendeu que “o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, não poderia ser sacrificado a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou estimular a livre iniciativa.” (BRASIL, 2022, p. 19).

Assim sendo, a partir do RE 605.709, julgado pela Primeira Turma do STF, por maioria, ter-se-ia um novo cenário: o dispositivo (art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990) é sim constitucional, todavia, não se admite a penhora do bem de família do fiador na locação comercial, mas tão somente na locação residencial, uma vez que o argumento principal que possibilitou o entendimento firmado no RE 612.360 e no RE 407.688, qual seja, o de que a penhorabilidade do bem de família do fiador ampliaria o direito à moradia, não pode ser transplantado para as locações comerciais.

2.3 Mutação jurisprudencial: a possibilidade de penhora do bem de família do fiador em qualquer contrato de locação

A decisão exarada no RE 605.709 suscitou embates doutrinários e levantou críticas, uma vez que enfraqueceu a garantia fidejussória, frustrando a expectativa de diversos locadores e tornando mais escasso e restrito o mercado de locação de imóveis.

Assim, no ano de 2022, houve novo debate constitucional sobre o tema, quando o STF foi chamado a decidir novamente, em específico no que toca ao bem de família do fiador na locação comercial. Agora, porém, a questão foi submetida ao Plenário da Corte, e não apenas a uma de suas Turmas (o RE 605.709 foi julgado no âmbito da Primeira Turma).

Aqui se chega à decisão central objeto de estudo no presente trabalho.

Desta vez, ao julgar o RE 1.307.334, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, o STF entendeu ser possível a penhora do bem de família do fiador na locação comercial, decisão esta que representou uma reviravolta no entendimento até então vigente sobre o tema. Foi, na oportunidade, firmada a seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1.127 do STF: “É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial”. A decisão foi publicada em maio de 2022.

Conforme se pode extrair da leitura do julgado, a decisão foi fundamentada em, ao menos, seis argumentos centrais: (i) a exceção à impenhorabilidade não comporta interpretação restritiva; (ii) o fiador age por livre e espontânea vontade ao assumir a garantia, e já tem, nesse momento, ciência de que todos os seus bens responderão pelo eventual inadimplemento; (iii) a fiança é a garantia mais usual dos contratos de locação, logo, reconhecer a impenhorabilidade do imóvel do fiador interfere na equação econômica do negócio; (iv) a proteção à moradia não é um direito absoluto,

podendo ser sopesado com a livre iniciativa do locatário e com a autonomia da vontade do fiador; (v) violaria a boa-fé permitir que o imóvel do fiador fosse declarado impenhorável; e (vi) o reconhecimento da impenhorabilidade viola o princípio da isonomia - do fiador da locação residencial em face do fiador da locação não residencial.

Em primeiro lugar, quanto à interpretação que se deve dar à exceção contida no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990, a Corte concluiu que esta não pode ser restritiva – excluindo, portanto, do seu campo de abrangência, o fiador da locação comercial. Isso porque, conforme expressou o relator, Min. Alexandre de Moraes,

> efetivamente, o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, introduzido pela Lei 8.245/1991, não faz nenhuma distinção quanto à locação residencial e locação comercial, para fins de excepcionar a impenhorabilidade do bem de família do fiador (...). O legislador, quando quis distinguir os tipos de locação, o fez expressamente, como se observa da Seção III, da própria Lei 8.245/1991 – que, em seus artigos 51 a 57 disciplinou a "Locação não residencial". Logo, caso a intenção do legislador fosse a de restringir a possibilidade de penhora do imóvel do fiador ao contrato de locação residencial, teria feito expressamente essa ressalva; o que não ocorreu na presente hipótese, como decidido em diversos precedentes desta SUPREMA CORTE, em que se reconheceu a penhorabilidade do bem de família, tanto nas hipóteses de locação residencial, quanto comercial (...). (BRASIL, 2022, voto do Min. Alexandre de Moraes).

Portanto, se a própria lei não previu tal diferenciação, não poderiam os tribunais entendê-la implícita na norma, procedendo a uma interpretação restritiva do disposto na Lei nº 8.009/1990.

Em segundo lugar, o acórdão entende que o fiador, ao assumir a obrigação, age por livre e espontânea vontade, já sabendo que por ela responderá todo o seu patrimônio – inclusive o bem de família. Nesse sentido, tem-se que a autonomia privada refere-se à liberdade que a pessoa tem para regular os próprios interesses (TARTUCE, 2024, p. 569), e está presente em qualquer contrato válido. É fato que tal autonomia é limitada pela função social dos contratos e pela boa-fé objetiva e seus deveres anexos (TARTUCE, 2024, p. 570). Mas disso não se conclui que ela deixou de existir: pelo contrário, o cerne do direito contratual ainda se estabelece na assunção voluntária de obrigações pelas partes, as quais ficam vinculadas aos termos assumidos. A máxima pacta sunt servanda ainda se aplica aos contratos, sendo a sua essência. Nesse sentido, a decisão do STF enfatiza justamente esse entendimento: a parte que, livre para declarar sua vontade, o fez no sentido de assumir obrigação que

onera todo o seu patrimônio, inclusive seu bem de família, a esta declaração estará vinculada.

Veja-se que, em muitos casos, o fiador do contrato de locação comercial é o próprio sócio (pessoa natural) da pessoa jurídica locatária, o qual assume a posição de garante justamente para viabilizar o empreendimento.

Nesse cenário, impor a impenhorabilidade faria com que o Estado assumisse uma posição paternalista exacerbada em favor do fiador, quando, na verdade, a realidade demonstra que a posição de garante assumida é que expressa a real intenção da parte, que voluntariamente assume o risco para poder empreender, o que foi sustentado pela Corte:

> o fiador, e também sócio da pessoa jurídica, com espeque em sua livre iniciativa, escolhe seu direito a empreender, ciente de que em caso de inadimplemento dos aluguéis, seu próprio bem de família responderá pela dívida. Trata-se de decisão sua, em livre exercício de sua autonomia privada. Isso é muito importante, porque mais de 90% dos fiadores são pessoas físicas que entram como fiadores da sua pessoa jurídica. Vejam, pequenos negócios em que o sócio da pessoa jurídica abre o seu estabelecimento, quer alugar para o seu estabelecimento para empreender - e nós sabemos a dificuldade, no Brasil, do empreendedorismo, o pouquíssimo incentivo governamental, isso de décadas ou historicamente, para quem pretende empreender -, mas não arruma qualquer fiador. De cada 10 pequenos empreendedores, 9 atuam assim: o empreendedor pessoa física entra como fiador da sua pessoa jurídica. Ele tem um único imóvel. Se ele não puder mais, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal de afastar a possibilidade de penhora do bem de família, ser fiador - obviamente, para ele ser fiador, é porque ele não arrumou ninguém para ser fiador -, ele vai ter que procurar as formas mais gravosas de garantia. Consequentemente, vários desistirão de empreender e outros terão prejuízo maior, porque, em verdade, o que se pretende é não se descapitalizar. O sócio da pessoa jurídica não quer se descapitalizar, então ele mesmo é o fiador, tendo o seu bem para garantir. Me parece que vedar essa possibilidade desrespeitaria não somente a livre iniciativa, mas também a própria autonomia de vontade e o direito de propriedade do fiador, caracterizando um excessivo paternalismo estatal. (BRASIL, 2022, voto do Min. Alexandre de Moraes).

É daí que também advém uma importante conclusão: na maioria dos casos, o direito à moradia e o direito à livre iniciativa são titularizados pela mesma pessoa – o fiador, que é sócio da pessoa jurídica locatária do ponto comercial. Portanto, o Estado, ao impedir a penhora do bem de família do fiador, estaria escolhendo, pelo indivíduo, qual direito deve prevalecer – o seu direito à moradia, em desfavor do seu direito à livre iniciativa (porque a vedação tornaria inegavelmente mais difícil a efetivação da locação, para dar início à atividade econômica).

Em terceiro lugar, impor a utilização de outras formas de garantia pode representar considerável desvantagem ao locatário empreendedor, a ponto de inviabilizar a atividade econômica. Enquanto o seguro-fiança, por exemplo, exige o desembolso de valor considerável perante a instituição financeira garantidora, "a fiança locatícia não implica descapitalização prévia do locatário empresário, uma vez que todo o seu capital disponível será investido no cerne do empreendimento". (BRASIL, 2022, voto do Min. Alexandre de Moraes). Veja-se:

> Reconhecer a impenhorabilidade do bem de família do fiador de locação comercial teria o condão de causar grave impacto na liberdade de empreender do locatário e no direito de propriedade do fiador. Isso porque, dentre as modalidades de garantia que o locador poderá exigir do locatário (caução; fiança; seguro de fiança locatícia; e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, conforme o já citado artigo 37 da Lei 8.245/1991), a fiança é a mais usual, menos onerosa e mais aceita pelos locadores. (BRASIL, 2022, voto do Min. Alexandre de Moraes).

Pode-se dizer, pois, que inviabilizar a penhora ao bem de família do fiador da locação comercial pode representar desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de locação. Afinal, o tamanho do patrimônio do fiador, para fins de garantia de eventual débito, é levado em consideração pelo locador para fins de mensurar o risco da contratação. Se o risco assumido é um (no sentido de que existe patrimônio suficiente para garantia por parte do fiador, porque este declarou possuir imóvel registrado em seu nome), mas o risco concretizado é outro, não contabilizado (no sentido de que o imóvel apresentado constitui bem de família e, portanto, não pode fazer frente ao débito), existe, sim, um desequilíbrio no contrato, rompendo o sinalagma inicialmente estabelecido.

Nessa mesma esteira, em quarto lugar, entendeu-se que o direito à moradia não é direito absoluto, podendo ceder espaço frente à proteção à livre iniciativa do locatário e à própria autonomia da vontade do fiador. Veja-se que nenhum dos direitos e garantias fundamentais previstos pela CF é ilimitado, encontrando seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna. Logo, é possível que haja ponderação entre o direito à moradia e a livre iniciativa do locatário em estabelecer seu empreendimento, bem como entre o direito de propriedade e a autonomia de vontade do fiador que, espontaneamente, garantiu o contrato. Conforme afirmou o Supremo, "Há, portanto, necessidade de realização de uma interpretação conciliatória

entre o direito à moradia, o direito de propriedade e a livre iniciativa, de maneira a não sacrificar nenhuma das previsões constitucionais" (BRASIL, 2022, p. 37).

Em quinto lugar, também foi sustentado o argumento segundo o qual reconhecer a impenhorabilidade do bem de família do fiador da locação comercial poderia encobrir a sua atuação de má-fé, o que de forma alguma pode ser tolerado pelo ordenamento. Nas palavras do Min. Nunes Marques, proferidas em seu voto,

> A circunstância de o fiador haver oferecido voluntariamente a garantia em contrato de locação desautoriza a invocação do postulado da impenhorabilidade da propriedade em análise. Admitir o contrário consistiria, a um só tempo, em enriquecimento ilícito e clara violação do princípio da boa-fé objetiva. (BRASIL, 2022, voto do Min. Nunes Marques).

Ora, se a parte voluntariamente se obrigou ao cumprimento de determinada prestação, invocar argumento impeditivo quando demandado esse cumprimento é, sim, ato de má-fé. E, por isso mesmo, não se pode admitir que a EC 26 teria dado guarida a tal postura.

E aqui se consigna: não pode prevalecer o entendimento segundo o qual a presunção de que o fiador conhece os efeitos da fiança é insuficiente para vinculá-lo à obrigação, uma vez que a presunção de conhecimento da lei é absoluta e inafastável – mesmo que seja uma ficção jurídica. Portanto, configuraria atuação contrária à boa-fé aquela de, primeiramente, o fiador assumir obrigação pela qual responde todo o patrimônio; e, posteriormente, afirmar que todo o seu patrimônio é impenhorável justamente porque se resume ao bem de família – condição esta de conhecimento do fiador quando firmado o contrato de fiança, mas provavelmente desconhecida pelo locador que com ele contratou. Dar guarida constitucional à impenhorabilidade do bem de família em tal situação representaria, pois, dar guarida à própria atuação contrária à boa-fé em que incorreu o fiador, em desfavor do locador.

Por fim, tem-se que a Corte entendeu, em sentido contrário ao defendido por parcela significativa da doutrina, e adotado no RE 605.709, que o rompimento da isonomia se dá justamente por não permitir a penhora do bem de família do fiador na locação comercial, e não por permiti-la. Nas palavras do voto do Relator, Min. Alexandre de Moraes,

> Entendo não ser possível criar distinção onde a lei não distinguiu, pois haveria flagrante violação ao princípio da isonomia, haja a vista que o fiador de locação comercial, embora também excepcionado pelo artigo 3º, VII, da Lei

> 8.009/1990, teria incólume seu bem de família, ao passo que o fiador de locação residencial poderia ter seu imóvel penhorado. (BRASIL, 2022, voto do Min. Alexandre de Moraes).

Além disso, também foi mencionado que o argumento eminentemente prático não pode ser ignorado: inviabilizar a penhora do bem de família do locador poderia significar aumento significativo dos entraves à locação, justamente porque a realidade brasileira não comporta tal medida, uma vez que a grande maioria das pessoas é titular de apenas um imóvel, ao passo que a fiança é a garantia locatícia mais utilizada na prática. Conforme afirmou o Min. Alexandre de Moraes em seu voto,

> a Câmara dos Deputados optou pela rejeição da dita emenda, ao entendimento de que a supressão da medida não estava de acordo com a realidade brasileira na qual 85% dos proprietários têm apenas um imóvel. A Casa Legislativa anotou que, não obstante o louvável intuito do Senado Federal em proteger o imóvel de um único proprietário, a iniciativa acabaria por desproteger a maioria dos pequenos locatários sobre os quais recairiam enormes dificuldades, seja para arcar com os altos custos da contratação de fiadores profissionais, ou para conseguir mais de um fiador, ou um fiador que dispusesse de mais de um imóvel. (BRASIL, 2022, voto do Min. Alexandre de Moraes).

A relevância de tal argumentação é inarredável: mesmo que se admitissem todos os demais argumentos pela inconstitucionalidade como verídicos, deste não se poderia fugir: a garantia mais usual nos contratos de locação é a fiança, prestada, no caso da locação comercial, em diversos casos, pelo sócio da pessoa jurídica, enquanto pessoa física, na condição de fiador (e cujo patrimônio muitas vezes se resume ao bem de família). E impedir a penhora do bem de família do fiador representaria entrave à realização dos contratos de locação comercial, porque a pessoa jurídica teria de recorrer a terceiros para assumirem a condição de fiador, caso os seus sócios não dispusessem de mais de um imóvel, ou a outras formas de garantia, que em regra são mais onerosas ao locatário do que a fiança. Tal entrave poderia, inclusive, inviabilizar a atividade comercial.

Denota-se, portanto, que a Corte passou a entender de forma diversa quais direitos é que devem prevalecer no embate entre direito à moradia, de um lado, e direito de crédito, autonomia privada, direito de propriedade, e direito à livre iniciativa, de outro, tornando a decisão um incentivo ao empreendedorismo no país.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

O cerne da decisão, portanto, se estabeleceu justamente no sentido de fomentar o empreendedorismo e a livre iniciativa, deixando à parte que escolha como quer alocar seu patrimônio e quais riscos quer assumir.

O seguinte trecho, extraído do voto do Min. Nunes Marques, pode explicitar o que aqui se tenta afirmar:

> Cabe acrescentar (...) ser comum na realidade empresarial que os fiadores dos contratos de locação comercial sejam os próprios sócios da pessoa jurídica locatária, os quais, dispondo livremente de seu patrimônio pessoal por meio de fiança, conseguem exercer em melhores condições o direito constitucional à livre iniciativa. E assim o fazem porque, entre as modalidades de garantias permitidas pela Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991), a fiança é a que propicia melhores condições ao desenvolvimento da atividade econômica. (...) Dessa forma, a impenhorabilidade do bem de família dado em garantia em contrato de locação comercial implicaria desestimular ou até mesmo inviabilizar a livre iniciativa, considerado o aumento de custos, na medida em que os locadores passariam a exigir maiores garantias ou outros tipos de garantias mais complexas ante o risco de não receberem os aluguéis devidos. Em suma: em muito perderia a atividade econômica do País, uma vez que tal medida desestimularia a geração de emprego e renda justamente no momento difícil por que passa a economia nacional. (BRASIL, 2022, voto do Min. Nunes Marques).

A Corte, assim, abandonou a posição mais paternalista, adotada no RE 605.709, e adotou uma postura em prol da liberdade e da autonomia das partes, com um viés mais libertário, visando o fomento à atividade econômica, especialmente sensibilizada após a pandemia ocorrida a partir de 2020. Denota-se que houve, pois, uma mutação jurisprudencial sobre o tema: antes, o entendimento era em sentido diametralmente oposto ao adotado a partir do julgamento do Tema 1.127.

Nessa decisão, como mencionado, não se negou que a exceção à impenhorabilidade não fomenta o direito à moradia do locatário (de fato, o argumento suscitado anteriormente é válido: o direito à moradia do locatário não é fomentado pela penhorabilidade do bem de família do fiador na locação comercial). Porém, mesmo assim, entendeu-se que os direitos favorecidos pela penhorabilidade é que devem prevalecer. Ou seja, deixou o STF de entender que deve prevalecer o direito à moradia do fiador, deixando este livre para optar em vincular o seu patrimônio ao débito eventualmente decorrente da locação comercial, em troca de viabilizar o empreendimento.

Todavia, consigne-se: a decisão foi tomada por maioria (em sentido contrário votaram os Min. Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, reprisando, essencialmente, os argumentos suscitados no RE 605.709). Logo, em

momento futuro, nada obsta nova visita ao tema, especialmente diante da divergência enfrentada no RE 1.307.334.

Após o julgamento do Tema 1.127 pelo STF, o STJ também passou ao julgamento do Tema 1.091, sob o rito dos recursos repetitivos. Como representativos da controvérsia foram eleitos os REsp (Recurso Especial) nº 1.822.033 e nº 1.822.040, os quais foram julgados em 08 de junho de 2022. Foi, então, aprovada pelo Tribunal da Cidadania a seguinte tese: "É válida a penhora do bem de família de fiador apontado em contrato de locação de imóvel, seja residencial, seja comercial, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/1990". Os argumentos adotados pelo STJ são, essencialmente, os mesmos sustentados pelo STF ((i) a lei não fez distinção entre os contratos de locação para fins de excepcionar a impenhorabilidade, reafirmando os argumentos do Min. Alexandre de Moraes; (ii) a assunção da obrigação, pelo fiador, representa exercício do direito de propriedade e da autonomia da vontade; e (iii) a questão também deve ser interpretada sob a perspectiva econômica).

Em adição ao suscitado pela Corte Suprema, o Relator, Min. Luis Felipe Salomão, ainda consignou que

> a fiança acaba por reduzir os custos de transação, provocando a ampliação da oferta de imóveis destinados à locação. Por consectário lógico, aumenta a concorrência e, reflexamente, reduz o valor locativo, diminuindo os custos fixos dos locatários, que poderão reduzir os preços dos bens e serviços vendidos, o que, em última instância, beneficiará os consumidores e toda a sociedade. (BRASIL, 2022, voto do Min. Luis Felipe Salomão).

Denota-se, portanto, um argumento com viés também utilitarista, mas voltado ao mercado de consumo e à toda a sociedade, e não só aos locatários beneficiados com a possibilidade das garantias fidejussórias, como havia sido suscitado pelo STF. Nesse sentido, portanto, o STJ suscitou que o entendimento beneficia toda a coletividade, e não somente aqueles que estão diretamente envolvidos na relação locatícia, argumento que não havia sido suscitado pelo STF, mas que se coaduna de forma precisa à tese defendida por ambas as cortes. Veja-se: o benefício econômico trazido pela penhorabilidade do bem de família do fiador da locação comercial é superior ao malefício eventual que a excussão do patrimônio do garantidor pode trazer, considerando-se toda a cadeia de consumo, e não apenas as partes envolvidas no contrato inadimplido, isoladamente consideradas.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Frise-se que o princípio da função social dos contratos, segundo o qual "o contrato deve ser, necessariamente, interpretado e visualizado de acordo com o contexto da sociedade" (TARTUCE, 2024, p. 574), permite interpretá-los não de forma isolada, mas em consonância com a realidade que os circunda, e considerando os efeitos em cascata que as cláusulas pactuadas podem gerar no sistema. Logo, o entendimento exarado pelo STJ vai ao encontro de tal máxima contratual.

Assim sendo, tem-se que o entendimento firmado pelo STF no Tema 1.127 foi seguido pelo STJ, tendo sido sanada, a princípio, a discussão referente à penhorabilidade do bem de família do fiador na locação comercial, ao menos no âmbito jurisprudencial, com a adoção, essencialmente, os mesmos argumentos por ambos as Cortes, no sentido de estimular a livre iniciativa e valorizar a autonomia das partes envolvidas na negociação.

3. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou entender qual é o atual entendimento dos tribunais superiores acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador na locação comercial, em especial, bem como perquirir sobre as razões pelas quais a posição anteriormente adotada fora abandonada com a decisão exarada pelo STF no RE 1.307.334, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, julgado em março de 2022.

Conforme se denota da leitura das decisões supramencionadas, atualmente, entendem os Tribunais Superiores que é possível a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação, seja a locação residencial, seja a locação comercial – a ambas aplicando-se, portanto, a exceção prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990.

Especialmente a partir da leitura do RE 1.307.334, é possível extrair que a alteração no entendimento da Corte Suprema decorreu justamente da adoção de uma postura menos paternalista e mais direcionada à promoção da livre iniciativa e à valorização da autonomia privada das partes envolvidas na negociação, em uma postura regida por um viés mais liberal. Abandonou-se, pois, o paternalismo excessivo que a posição anterior trazia (no sentido de proteger a todo custo o bem de família do fiador da locação comercial), permitindo ao indivíduo que aloque seu patrimônio da forma que entender cabível.

Portanto, no embate entre a livre iniciativa do locatário e o direito à moradia do fiador, prevaleceu o primeiro direito. Porém, conforme já mencionado, é comum que

o direito à livre iniciativa e o direito à moradia sejam, na prática, titularizados pela mesma pessoa, uma vez que é comum que o locatário, na locação comercial, seja a pessoa jurídica, enquanto o fiador seja o seu sócio, na condição de pessoa física – o qual assume a obrigação justamente para viabilizar a concretização da atividade econômica.

Sob esse viés, inclusive, pode-se dizer que, assim como a personalidade jurídica é forma legal e legítima de alocação de riscos, a assunção de obrigações por parte dos sócios para viabilizar a instalação da atividade econômica também deve ser entendida como tal. Entendimento diverso representaria a indevida ingerência do Estado na autonomia da vontade dos indivíduos.

Nesse sentido, o novo entendimento favorece a economia, viabilizando a realização de contratos de locação mais favoráveis às partes, considerando-se que a fiança é a modalidade de garantia contratual mais comum e menos onerosa ao locatário.

Portanto, uma primeira razão para a alteração do entendimento vigente refere-se justamente à adoção de um novo pensamento jurisprudencial – menos paternalista e mais voltado ao favorecimento da economia e da livre iniciativa.

Outrossim, pode-se suscitar que os Tribunais, diante dos reflexos nefastos que a paralisação econômica decorrente da pandemia iniciada no ano de 2020 gerou, optaram por uma postura que favoreça o aquecimento da economia, viabilizando a circulação de riquezas e a geração de novas fontes de renda. Veja-se: é inegável que, ao favorecer a densificação de uma garantia contratual, o Estado fomenta a realização de contratos, pois os torna mais seguros às partes envolvidas. E, tornando-os mais seguros, incentiva a realização de mais e mais contratos, viabilizando a instalação de novos empreendimentos.

Logo, uma segunda razão para a alteração do entendimento pode ser apontada como a necessidade de fomentar a circulação de riquezas, diante dos reflexos negativos deixados pela pandemia.

Portanto, conclui-se que a posição atual segue uma orientação mais afeita à livre iniciativa e à autonomia privada, estando atenda, ainda, aos efeitos pandêmicos na economia.

Por fim, consigne-se que a decisão exarada pelo STF (e posteriormente seguida pelo STJ) não foi tomada de forma unânime, o que indica ser possível a alteração do entendimento no futuro, eventualmente. Porém, como mencionado,

permitir a penhora do bem de família do fiador da locação comercial é instrumento de fomento ao empreendedorismo, uma vez que democratiza o acesso à locação para a instalação de estabelecimentos comerciais. E, como é sabido, o ambiente de negócios no Brasil não é extremamente atrativo. Torná-lo ainda mais restrito, através da diminuição dos escopos de garantias locatícias, pode revelar-se como a imposição de mais um entrave ao desenvolvimento econômico do país. A penhorabilidade do bem de família do fiador da locação comercial, portanto, é importante instrumento de fomento econômico, sendo danosa sua eventual extirpação do ordenamento pátrio.

Igualmente, voltar a impedir a penhora do bem de família do fiador traria severas consequências aos contratos já em curso, atentando contra a segurança jurídica e podendo, ainda, dar azo à atuação de má-fé de alguns fiadores, razão pela qual a hipótese deve ser rechaçada.

É claro que, em que pese a execução seja promovida no interesse do credor, o próprio Código de Processo Civil prevê que, quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado (BRASIL, 2015, art. 805). Assim, não se falaria em excussão do bem de família do devedor quando por outros meios puder o credor ver saldada a sua obrigação. Tal hipótese merece ser considerada a *ultima ratio*, em razão da gravidade da medida.

Não se nega que essa situação gera outras distorções: é igualmente injusto que o fiador – a princípio, devedor subsidiário – possa perder seu bem de família, enquanto o devedor principal não é suscetível a tal sanção, sequer na via regressiva. Mas a solução não parece ser, então, sacrificar o interesse do credor (e o direito à livre iniciativa dos demais locatários), especialmente quando se tem em conta que o fiador é, normalmente, o sócio da pessoa jurídica locatária. Igualmente, não se nega que o direito social à moradia seja constitucionalmente previsto, mas o direito à livre iniciativa do locatário, aliado à autonomia privada do fiador, também merecem guarida.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Altera a redação do art. 6o da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>. Acesso em: 16 abr. 2025.

BRASIL. **Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 16 abr. 2025.

BRASIL. **Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm>. Acesso em: 16 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/-lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.363.368**. Recorrente: Afonso Ramão Rodrigues – Espólio. Recorrido: Marco Antônio da Silveira Agostin. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 12 nov. 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300114633&dt_publicacao=21/11/2014>. Acesso em: 20 mai. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.822.033**. Recorrente: Consórcio Empreendedor do Catuai Shopping Center Maringá. Recorridos: Cecília Naressi Camilo, Jorge Salomão Camilo Filho e Astrath & Camilo LTDA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 1º ago. 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901785663&dt_publicacao=01/08/2022>. Acesso em: 20 mai. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.822.040**. Recorrente: Jorge Antônio da Silva. Recorrido: Crystal Administradora de Shopping Centers LTDA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 1º ago. 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901791809&dt_publicacao=01/08/2022>. Acesso em: 20 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 407.688**. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 fev. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 20 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 612.360**. Recorrente: Nágela dos Santos Silva. Recorrido: Anastase Pandelis Gadzanis. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 28 set. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613957>. Acesso em 20 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 605.709**. Recorrente: Hermínio Cândido e outro. Recorrido: Francisco Demi Júnior e outro. Relator: Min. Dias Toffoli. Relator do acórdão: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?-docTP=TP&docID=749168585>. Acesso em: 20 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.307.334**. Recorrente: Jose Fernando Neubern. Recorrido: Renato Gildo Primazzi Junior Assessoria Comercial - EPP. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 26 mai. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?-docTP=TP&docID=760972669>. Acesso em: 20. mai. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 549**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=549>. Acesso em: 20 mai. 2025.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **A lei do inquilinato comentada**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil Volume Único**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Nota do Coordenador. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). **A Penhora do Bem de Família do Fiador na Locação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

ATTORNEY'S FEES AND THE PUBLIC TREASURY IN COURT

Luiz Paulo Pauxis Moreira[1]

Resumo: O presente artigo analisa a relação entre os honorários advocatícios e a Fazenda Pública em juízo. É iniciado pela análise do conceito de honorários advocatícios, estabelecendo a diferença entre os tipos de honorários, quais sejam, os convencionados, os fixados por arbitramento judicial e os sucumbenciais. Trata-se a seguir do princípio da causalidade e sua relação com os honorários sucumbências. Depois disso, há a discussão sobre a titularidade dos honorários, bem como sobre a possibilidade de pagamento de honorários sucumbenciais a advogados públicos, entendimento que passou por grandes mudanças com leis e jurisprudências recentes. Adiante são analisados os critérios e valor de fixação dos honorários. Por fim, são abordadas situações que possuem peculiaridades e que merecem tratamento distinto, como as hipóteses de sucumbência recursal, a não impugnação do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, a execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública e a execução fiscal.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Honorários Advocatícios. Fazenda Pública em Juízo.

Abstract: This article analyzes the relation between attorney fees and the Public Treasury in court. It begins with an analysis of the concept of attorney fees, establishing the difference between the types of fees, which are, those agreed upon, those established by judicial arbitration and those succumbed to. This is followed by the principle of causality and its relation with the succumbence fees. After that there is the discussion of the possibility of paying succumbence fees to public lawyers, an understanding that has undergone major changes with recent laws and jurisprudence. Below, the criteria and value for fixing the fees are analyzed. Finally, situations that have peculiarities and that deserve different treatment are approached, such as the hypotheses of recourse failure, the non-challenge of sentence compliance against the Public Treasury, the execution of an extrajudicial title against the Public Treasury and tax enforcement.

Keywords: Civil Procedural Law. Attorney Fees. Public Treasury in Court.

1. INTRODUÇÃO

O advogado é de extrema importância na administração da justiça, tendo em vista que presta serviço público e exerce função social, sendo que é através dos honorários que os advogados são remunerados, fonte de renda para sustento próprio e de sua família.

[1] Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento (IDP). Assistente Judiciário (TJ/AM)..

Contudo, considerando as características que marcam a presença da Fazenda Pública em juízo, há temas que merecem tutela diferenciada, dentre estes está o pagamento de despesas processuais, nos quais se inclui os honorários advocatícios.

Diante da importância do tema, o objetivo do presente artigo é abordar de forma ampla, as questões que circundam a fixação dos honorários advocatícios, em especial quando balizados pela presença da Fazenda Pública.

De início, é abordado o conceito de honorários advocatícios, momento no qual são analisadas as espécies de honorários. Os convencionados, que são estipulados mediante acordo do advogado e cliente, os fixados por arbitramento judicial, quando não está definido no contrato entre advogado e cliente o valor dos honorários, ou em caso de conflito entre ambos e os sucumbenciais, decorrentes da derrota da parte, sendo fixados através de decisão do magistrado.

Adiante é analisado o princípio da causalidade e qual sua relação com os honorários sucumbenciais, seguido pela análise sobre a titularidade dos honorários sucumbenciais, com destaque sobre a possibilidade de pagamento de honorários advocatícios a advogados públicos, desde a previsão no Código de Processo Civil de 2015, até as decisões e leis posteriores que influenciaram diretamente no entendimento da matéria.

Após, são dispostos os critérios de fixação e valor dos honorários, em atenção aos critérios objetivos e subjetivos estabelecidos para sua justa estipulação, com previsão em diferentes normas legais e decisões jurisprudenciais.

Ao fim, são vistas as situações que, por possuírem peculiaridades demandam tratamento distinto quando da estipulação dos honorários, que são as situações de sucumbência recursal, a não impugnação do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, a execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública e a execução fiscal.

2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES

Os honorários advocatícios consistem na retribuição paga ao advogado, pelos serviços prestados ao patrocinar uma causa, buscando a efetivação dos interesses do representado. Cabe destacar, que os honorários possuem natureza alimentar, conforme já definido na Súmula Vinculante nº 47 do STF, que estabelece:

> Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

No ordenamento jurídico brasileiro a regulamentação legal dos honorários é realizada pelo Código de Processo Civil, bem como pela Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. É no art. 22, caput, do Estatuto da OAB, que se observa as espécies de honorários advocatícios. Vejamos:

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

Do comando legal, conclui-se pela existência de três tipos de honorários advocatícios. Os honorários convencionados também conhecidos como contratuais, são os fixados mediante um contrato entre advogado e cliente. Os fixados por arbitramento judicial ocorrem quando não há contrato definindo seu valor ou quando há divergência entre o advogado e o representado. Por fim, os sucumbenciais decorrem da sucumbência da parte vencida, sendo fixados pelo juízo, ao prolatar a decisão.

O enfoque deste artigo recai justamente sobre os honorários sucumbenciais, em especial quando balizados pela presença dos integrantes da Fazenda Pública no processo, termo utilizado para designar as pessoas jurídicas de direito público em ações judiciais.

3. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE E HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

O princípio da causalidade consiste no fato de que aquele que dá causa ao processo ou instauração de incidente processual deve arcar com as despesas daí geradas. É justo que quem fez necessário a atuação do Poder Judiciário arque com os custos. Além disso, a existência deste princípio faz com que o cidadão seja mais cauteloso e ciente dos riscos de ajuizar uma ação.

Ainda que de forma tímida, o princípio pode ser visualizado no art. 85, § 10, do CPC, ao dispor que “Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.”

Por mais que não haja uma regulamentação expressa do princípio da causalidade, para além dos casos de perda do objeto, é possível observar que as hipóteses de condenação em honorários advocatícios, ainda que implicitamente estão baseadas na causalidade.

A simples previsão no art. 85, § 10, do CPC, já é muito eficiente ao desmotivar o advogado a ingressar com a ação sem antes buscar uma solução extrajudicial, posto que tal conduta poderá fazer com que seu seja condenado ao pagamento de honorários advocatícios.

4. TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS

Por muito tempo, houve dúvidas sobre as titularidades dos honorários sucumbenciais, tanto que a Súmula 306 do STJ, que ainda não foi cancelada, dispõe sobre a possibilidade de compensação nos casos em que ocorrer sucumbência recíproca.

Neste diapasão, o art. 85, § 14º, do CPC, configura verdadeira vitória para a classe dos advogados, prevendo que os honorários sucumbenciais são um direito do advogado e ao vedar a compensação em casos de sucumbência parcial. A impossibilidade de compensação decorre do fato de que a sucumbência é sofrida pela parte e não pelo patrono, de modo que não é possível que haja compensação de créditos que pertencem a titulares distintos.

A reforçar o entendimento de que os honorários são devidos ao advogado e não a parte, o art. 85, caput, do CPC, dispõe que “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”, indicando expressamente que o advogado é o destinatário dos honorários sucumbenciais. Tal disposição está em consonância com o art. 23, do Estatuto da OAB, que também prevê o advogado como o titular dos honorários, inclusive permitindo a execução autônoma da sentença nesta parte.

Ponto interessante diz respeito a possibilidade de pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos. O § 19, do art. 85, do CPC, estabelece a possibilidade de recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos, nos termos legais.

Entretanto, isto foi algo que por longo tempo gerou muito debate. Os defensores da impossibilidade afirmam que o pagamento de honorários é incompatível com o

regime de subsídios, por não se tratar de tarefa extraordinária, bem como a ofensa aos princípios da isonomia, moralidade e razoabilidade.

Foi no julgamento da ADI 6.166, que o STF, então julgou pela constitucionalidade do recebimento dos honorários, ao entender pela compatibilidade com as imposições do regime de direito público a que estão submetidos os advogados públicos. A ressalva, foi no sentido de se respeitar o teto constitucional, tendo em vista o caráter salarial e retributivo destas parcelas.

Cabe ressaltar que, para que haja o recebimento se faz necessária a regulamentação do pagamento, a estabelecer qual o percentual dos honorários recebidos a ser repassados aos advogados públicos e de que maneira se daria este procedimento, conforme exigido pelo art. 85, § 19, do CPC. No âmbito federal, por exemplo, a Lei nº 13.327/16, cumpre este papel de organizar a divisão, os valores e os detalhes do pagamento.

5. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO E VALOR DOS HONORÁRIOS

Não havendo a presença da Fazenda Pública, o valor dos honorários é disciplinado pelo § 2º, do art. 85, do CPC. Nesta situação os honorários são determinados entre dez a vinte por cento sobre o valor da causa, tendo como critérios para sua majoração, o zelo do advogado, o local do serviço, as características e importância da causa, bem como o esforço e o tempo dedicados pelo profissional ao processo.

Deste modo, tanto aspectos objetivos como subjetivos são levados em consideração na fixação do valor, sendo possível que em trabalhos semelhantes o advogado tenha valores fixados de forma diversa pelo local de atuação, por exemplo.

Cabe destacar que os honorários sucumbenciais são de titularidade do advogado, de modo que este possui direito autônomo para executar a sentença, em relação aos honorários, conforme art. 23, da Lei nº 8.906/94.

De maneira diferente ocorre quando constatada a presença de pessoas jurídicas de Direito Público no processo. Antes da vigência do Código de Processo Civil atual, os honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública era parte, eram disciplinados pelo art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, que dispunha:

> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
> (...)
> § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Diferentemente do que ocorria como regra geral, em que os honorários eram fixados obedecendo o mínimo de 10% e o máximo de 20%, nos casos em que a Fazenda Pública era parte, estes eram fixados por apreciação equitativa, o que conferia ampla discricionariedade aos juízes.

No atual CPC, a apreciação equitativa é utilizada para evitar a fixação de honorários irrisórios, injustos, enquanto que na vigência do antigo CPC, o instituto na pratica servia justamente para fixar valores baixos.

Segundo este método, o magistrado não fica vinculado a percentuais pré-estabelecidos ou à uma base de cálculo específica, cabendo ao magistrado dizer o que lhe entende por equânime, de modo que há uma discricionariedade quase irrestrita. Por este motivo os advogados que atuavam na área passavam por uma realidade árdua na busca pela fixação de honorários realmente justos.

Diante deste cenário, em que os advogados recebiam montantes irrisórios, em completa desvalorização dos trabalhos realizados pelos profissionais, houve um grande debate para que a fixação dos honorários nestes processos fosse definida de forma mais objetiva, propiciando uma remuneração justa aos advogados, até ocorrer a publicação do atual Código de Processo Civil, que representou um grande avanço para a classe.

Atualmente, os honorários serão fixados em atenção ao disposto nos parágrafos §§ 3º a 8º do CPC, estando previstos no § 3º, os percentuais a serem aplicados, sendo que caso a sentença for líquida o percentual deve ser aplicado de imediato. No mais, o percentual a ser fixado deve observar a faixa inicial, e naquilo que for excedente, passar a observar a faixa seguinte, sucessivamente, conforme § 5º.

O entendimento que parece mais adequado para essa fixação, é que em cada faixa, os valores sejam definidos observando-se os mesmos critérios, indicados na decisão, porém há uma dificuldade prática nessa fixação, tendo em vista que os percentuais não são homogêneos. No primeiro inciso, há um intervalo de dez números

percentuais, enquanto os incisos seguintes possuem um intervalo de apenas três números percentuais.

Ainda, segundo o § 6º, do art. 85, do CPC, "os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito." Essa regra deve ser aplicada independentemente de a Fazenda Pública ser parte ou não no processo, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Trata-se de previsão importante, para que a condenação em honorários ocorra de forma justa. Ao tratar do tema, Bueno (2017, p. 153), leciona que "não há como querer afastar essa mesma regra para os casos em que a Fazenda Pública seja parte (autora ou ré, ainda de acordo com o § 3º), sob pena de violação ao princípio da isonomia."

Enfim, de acordo com o § 8º, do art. 85, do CPC, caso a causa tenha um valor inestimável, irrisório, ou muito baixo, o magistrado poderá fixar os honorários por apreciação equitativa, em atenção aos critérios dispostos no § 2º, do mesmo artigo.

Nessa situação de apreciação equitativa, o juiz não fica vinculado a percentuais pré-estabelecidos ou a uma base de cálculo específica. O objetivo desta previsão é fazer com que o valor da sucumbência seja razoável, justo e compatível com o trabalho desenvolvido pelo profissional.

6. SUCUMBÊNCIA RECURSAL

Ponto interessante diz respeito ao fato de que o Código de Processo Civil inovou ao desestimular recursos protelatórios ou com baixas expectativas de provimento. O objetivo é que o ato de recorrer seja pensado com o intuito de reverter a decisão e não apenas como um artifício para simplesmente prolongar a duração do processo, postergando a efetivação do direito a quem lhe é devido. Assim, ao analisar o recurso, o Tribunal poderá majorar o valor fixado a título de honorários, tendo em vista o trabalho adicional despendido no recurso, conforme art. 85, § 11, do CPC.

Nessa situação, o valor extra é somado aos honorários fixados previamente, devendo se ater aos mesmos limites observados anteriormente, conforme definido na norma. Desta feita, o valor total dos honorários não pode ultrapassar o percentual de 20% do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou do valor atualizado da causa.

Apesar disso, esta não parece ser a orientação mais adequada, uma vez que seria possível uma carga de trabalho muito superior à normal, como por exemplo, em casos de sucessivas fases recursais, como apelação, recurso especial e recurso extraordinário, sendo que os honorários ficariam limitados aqueles já fixados ainda na primeira instância, uma vez que a norma que prevê a majoração também é plenamente aplicável aos tribunais superiores.

Além disso, é possível que estando os honorários fixados no limite máximo ainda na primeira instância, a norma não consiga mais alcançar sua finalidade de evitar recursos meramente protelatórios, tendo em vista que neste caso não será mais possível a majoração.

Uma das preocupações quanto a possibilidade de majoração é a probabilidade de que em primeiro grau os honorários serão fixados mais perto dos percentuais mínimos, de modo que haja espaço para sua majoração, caso haja recurso.

No mais, conforme disposto no Enunciado nº 7, da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: “A ausência de resposta ao recurso pela parte contrária, por si só, não tem o condão de afastar a aplicação do disposto no art. 85, § 11, do CPC.”

O motivo deste entendimento se deve ao fato de que a condenação na verba sucumbencial está atrelada ao princípio da causalidade. Assim, ainda que não haja apresentação de contrarrazões, a inércia da parte recorrida não afasta o direito ao recebimento da verba, apesar deste fator ser levado em consideração na quantia em que será aumentada o valor.

No mais, não há necessidade de pedido de majoração dos honorários, de modo que por aplicação do princípio da causalidade, o Tribunal pode de ofício aumentar o valor, ao inadmitir ou desprover o recurso.

Cabe destacar, que há um requisito lógico na previsão de majoração de honorários em grau recursal, que é a existência de condenação em honorários advocatícios na decisão recorrida.

Assim, não se pode falar em honorários de sucumbência recursal em um agravo de instrumento contra decisão cujo conteúdo trata de tutela provisória, visto que não há fixação de honorários advocatícios nesta liminar. Diferentemente, é a situação em que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão referente ao mérito da causa, pois neste caso já houve fixação de honorários. Tal entendimento pode ser observado no Enunciado nº 8, da I Jornada de Direito Processual Civil.

É por este motivo que o art. 85, § 11º, do CPC, não é aplicado aos recursos em mandado de segurança. Como não há honorários na decisão do mandado de segurança, não é possível que haja uma majoração em grau recursal.

Ponto controverso diz respeito a interposição de recursos no mesmo grau de jurisdição. O Enunciado nº 16 da ENFAM dispõe que "não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)."

Tal raciocínio esta fundado na ideia de que permitir essa interpretação possibilitaria a dupla majoração de honorários na mesma instância, através de um só recurso, bem como no fato de que o art. 85, § 11º, do CPC, se refere tribunal a indicar a necessidade de análise por uma instância superior. Contudo a 1ª Turma do STF já entendeu pela possibilidade de majoração dos honorários em embargos de declaração, ao julgar o RE 929.925 AgR-ED/RS.

Cabe ainda destacar, que na presença da Fazenda Pública no processo, as hipóteses de remessa necessária não ensejam aumento do valor dos honorários. Por dois motivos, em primeiro lugar pelo fato de não se tratar propriamente de recurso, e em segundo lugar, pela ausência da causalidade que daria ensejo a condenação na verba. Tal entendimento está sedimentado no Enunciado nº 4 do Fórum Nacional do Poder Público.

Apesar disso há situações na remessa necessária em que há um trabalho adicional por parte do profissional e que consequentemente poderiam fazer jus à majoração, em atenção a finalidade da norma, como a realização de sustentação oral por ocasião do julgamento do recurso.

Por fim, cabe lembrar, que a majoração dos honorários não se confunde com a aplicação de multas ou outras sanções processuais, sendo tal cumulação lícita, conforme previsão do art. 85, § 12, do CPC.

7. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

No caso de não haver impugnação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, o art. 85, § 7º, do CPC, traz regra específica dispondo que "não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada".

Esta norma não traz inovação ao ordenamento jurídico. O art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, já afastava a cobrança de honorários advocatícios nas execuções que não fossem embargadas pela Fazenda Pública.

Barros (2016, p. 92), apresenta a explicação da norma:

> A determinação legal para não incidência de honorários em cumprimento de sentença não embargadas tem explicação no regime de pagamento de dívidas do Poder Público - os precatórios (vide cap. XI). O ente público não pode pagar sua dívida de forma espontânea; é necessário seguir o rito dos artigos 534 e 535 do CPC.

Nesta situação, não há uma pretensão resistida, ou causalidade na propositura da demanda, o que ensejaria a cobrança de honorários. O que ocorre é a necessidade de se seguir o rito determinado pela Constituição, de expedição de precatórios.

Diferentemente ocorre se o valor determinado pela decisão se encaixar no regime de Requisição de Pequeno Valor (RPV). Neste caso, o pagamento da condenação pode ser realizado imediatamente, de modo que se a inércia da Fazenda Pública ocasionar o ajuizamento do cumprimento de sentença, restará caracterizada a causalidade, e por consequente deverá ser determinado o pagamento de honorários.

Situação interessante diz respeito a hipótese em que o autor da ação renuncia ao valor excedente, de modo que possa receber por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV), ao invés de precatório. Neste caso, se no momento da propositura da execução o autor já renunciou o valor excedente previamente, haverá fixação de honorários, independentemente de haver impugnação.

Contudo, caso o mesmo proponha o cumprimento de sentença com valor que não se encaixa como Requisição de Pequeno Valor, e apenas durante o processo renuncia ao valor excedente, não haverá fixação de honorários, posto que a execução não ocorreu por conta da Fazenda Pública, de modo que não há causalidade a justificar os honorários advocatícios.

Cabe destacar que essa dispensa só ocorre em relação aos cumprimentos de sentença por quantia certa, uma vez que nos casos de obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, não é aplicado o rito de precatórios, de modo que o Poder Público pode cumprir a decisão de imediato. Assim, ainda que não haja impugnação, caso haja necessidade de execução, deverá ser fixado os honorários.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

No mais, nessas situações, o percentual dos honorários deve ser fixado em atenção ao art. 85, § 3º, do CPC, tendo em vista que o comando do art. 523, § 1º, do CPC, que determina a aplicação em 10% não se aplica, porque se trata de regra genérica, sendo que no caso há a regra específica para a Fazenda Pública.

8. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Em se tratando de execução fundada em título extrajudicial, não haverá dispensa na condenação em honorários, ainda que se faça necessário a expedição de precatório, tendo em vista que a dispensa prevista no art. 85, § 7º, do CPC, refere-se apenas a hipótese de cumprimento de sentença. Neste sentido é o Enunciado nº 240, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Quando ocorre a propositura de uma ação de conhecimento contra entes de direito público e ao fim ocorre a condenação em quantia certa, não há previsão orçamento nem rubrica específica para o pagamento do valor previsto na condenação, fazendo-se necessário seguir o rito dos precatórios. Deste modo, como já exposto, não há causalidade na ação de execução, posto que há necessidade da execução, conforme art. 100, da Constituição Federal.

Já no caso de execução de título extrajudicial, ao praticar o ato que se enquadra como título executivo extrajudicial, consoante previsão do art. 784, do CPC, o Poder Público já possui ciência que deste ato há uma obrigação e que se não cumprida no prazo adequado dará azo ao ajuizamento da ação de execução. Assim, se faz presente o princípio da causalidade que serve de fundamento para a condenação em honorários.

Ademais, a não fixação de honorários nessa hipótese faria com que o advogado não recebesse nenhuma contrapartida, do enfoque processual, pelo seu serviço no caso, diferentemente do que ocorre nos casos de cumprimento sem impugnação, em que o advogado já é compensado pela fixação de honorários no processo de conhecimento.

9. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA EXECUÇÃO FISCAL

Como já visto, nos processos em que a Fazenda Pública é parte, os honorários advocatícios são definidos de acordo com os percentuais contidos no art. 85, § 3º, do CPC. Estes percentuais aplicam-se inclusive nas execuções fiscais, em se tratando

de ações movidas pelos Estados, Distrito Federal, Municípios, bem com como pelas autarquias e fundações estaduais, distritais e municipais.

Diferentemente ocorre no âmbito da União. Neste caso, há um encargo legal de 20%, fixado pelo art. 1º, do Decreto-Lei nº 1.025/69, sendo que os honorários já estão englobados neste encargo. Neste sentido, o art. 30, incisos II e III, da Lei nº 13.327/16, estabelece:

> Art. 30. Os honorários advocatícios de sucumbência incluem: (...)
> II - até 75% (setenta e cinco por cento) do produto do encargo legal acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União, previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969;
> III - o total do produto do encargo legal acrescido aos créditos das autarquias e das fundações públicas federais inscritos na dívida ativa da União, nos termos do § 1º do art. 37-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

Antes mesmo da edição da Lei nº 13.327/16, o STJ já entendia pela natureza jurídica de honorários deste encargo, ao firmar a tese no julgamento do Tema Repetitivo 400, REsp 1143320/RS, de que a condenação em honorários advocatícios em acréscimo ao encargo legal configuraria inadmissível bis in idem.

Neste ponto, é interessante a análise da constitucionalidade da norma. Ao comentar o assunto, Cunha (2020), afirma que:

> A regra não é razoável, tampouco é isonômica, porque a mesma regra não se aplica àquele que litiga contra o ente público, de modo que, para um mesmo fato jurídico (sucumbência), há, sem motivo justificador aparente, duas saídas legislativas possíveis: o advogado particular cujo cliente vence demanda contra a União recebe honorários segundo as regras do art. 85, § 3º, do CPC, mas o seu cliente, se derrotado, pagará, sempre, 20% a título de "taxa", nos termos do Decreto-lei 1.02, de 1969.

Assim sendo, a melhor solução para a compatibilidade da norma com o ordenamento jurídico vigente, seria também determinar o pagamento de honorários de 20%, nas hipóteses que a União sair derrotada no processo de Execução Fiscal, em atenção ao princípio da isonomia.

10. CONCLUSÃO

O princípio constitucional do acesso à justiça é direito fundamental, sendo importante avanço na defesa dos direitos da população. Colaborando para a efetivação deste princípio, está a figura do advogado, indispensável na administração da justiça, razão pela qual se faz necessário a fixação de honorários de forma justa, a

possibilitar a dignidade e o sustento próprio e de sua família, inclusive para os advogados públicos, que devem em situação de isonomia ser remunerados pelos serviços prestados.

Há de se observar ainda, a necessidade de concessão de prerrogativas a Fazenda Pública, diante das diferenças constatadas entre a mesma e os particulares, em especial pelos interesses que buscam defender em processo. Dentre essas prerrogativas, a diferenciação na fixação dos honorários, de forma a zelar pela proteção do patrimônio público, de propriedade de todos aqueles que contribuem para a arrecadação dos cofres públicos.

Ao longo dos últimos anos, se observou grandes mudanças no estudo do assunto. Com o advento do Código de Processo Civil, a temática dos honorários obteve expressiva atenção, representando inúmeras conquistas para a advocacia brasileira, valorizando e reconhecendo o importante papel dos advogados.

Espera-se que com a apresentação do panorama dos honorários advocatícios, com o destaque para as nuances ocasionadas pela presença da Fazenda Pública, que o tema possa sempre ser estudado e aplicado em atenção aos ditames constitucionais, de forma que possa sempre ser concretizado os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Poder Público em Juízo para concursos. 6ª edição. Salvador. JusPODIVM, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei n.º 1.025, de 21 de outubro de 1969. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de outubro de 1969.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973.

_____. Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de julho de 1994.

_____. Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de dezembro de 1997.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de março de 2015.

_____. Lei n.º 13.327, de 29 de julho de 2016. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 de julho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1143320/RS. Relator(a): Min. Luiz Fux – Primeira Seção. Diário da Justiça Eletrônico Brasília, DF: 21 de maio de 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/-pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=400&cod_tema_final=400>. Acesso em 04 de abril de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 306. Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acesso em 04 de abril de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.166/MA - Maranhão. Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, DF: 24 de setembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432469/false>. Acesso em 04 de abril de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 929.925 AgR ED/RS. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, DF: 16 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11502364>. Acesso em 04 de abril de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 47. Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2015]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?-sumula=2504>. Acesso em 04 de abril de 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo. Saraiva, 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Processual Civil. Enunciado nº 7. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1025>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

_____. I Jornada de Direito Processual Civil. Enunciado nº 8. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1026>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 17ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

FÓRUM NACIONAL DO PODER PÚBLICO. Enunciado nº 4. Disponível em: <https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciado nº 240. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/-enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

LIMITS OF THE REGULATORY AGENCIES' RULEMAKING AUTHORITY

Paulo Eduardo Santana da Roza[1]

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar o limite do poder normativo outorgado às agências reguladoras, tema que vem causando ponderações no campo doutrinário. Após o estudo e análise do entendimento dominante na doutrina brasileira, encontrou-se dois posicionamentos. O primeiro entendendo pela inconstitucionalidade do poder normativo pertencente às autarquias especiais, uma vez que haveria ofensa ao princípio da legalidade e da repartição dos poderes, eis que a Administração Pública estaria legislando. Por outro lado, há posicionamento em sentido contrário, entendendo pela constitucionalidade do poder normativo outorgado às agências, visto a existência de substrato legislativo mínimo para a expedição dos regulamentos/atos atinentes a sua área de atribuição, essência, inclusive, das suas existências. Mostrou-se o segundo posicionamento como dominante, o qual estabelece como limite do poder normativo a lei instituidora da autarquia especial, sendo certo que, para a expedição dos atos normativos, deverão ser observadas as diretrizes legais e os princípios norteadores da Constituição Federal.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Poder normativo. Limites. Atos normativos.

Abstract: This paper aims to analyze the limits of the rulemaking authority granted to regulatory agencies—an issue that has sparked considerable debate in legal scholarship. Upon examining the predominant views in Brazilian legal doctrine, two main positions were identified. The first holds that the normative power of special autarchies is unconstitutional, as it would violate the principle of legality and the separation of powers, effectively allowing the Public Administration to legislate. The second, opposing view upholds the constitutionality of the normative authority delegated to regulatory agencies, arguing that there is a minimum legislative basis for the issuance of regulations and acts within their designated scope of authority—an element intrinsic to their existence. The second position has proven to be the dominant one, establishing that the limit of the agency's rulemaking power is defined by the statute that created the special autarchy. Accordingly, any normative acts must comply with legal directives and the guiding principles of the Federal Constitution.

Keywords: Regulatory agencies. Rulemaking authority. Limits. Normative acts.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, ante as inúmeras atribuições do Poder Público, houve a necessidade de organizar e regulamentar as atividades por ele prestadas, a fim de garantir a efetividade dos serviços públicos e a satisfação do interesse da coletividade.

Com isso, mostrou-se necessária a divisão do Estado em outros entes, a ele pertencente, ora atuantes na atividade de interesse público, ora no interesse privado.

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em Direito Público pelo Instituto Elpídio Donizetti.

Deste modo, surgiram as autarquias, empresas públicas, fundações públicas, sociedade de economia mista e consórcios públicos.

Mas para efetivar o exercício das atividades públicas, foi pertinente a delegação a pessoas de direito privado, e, para regulamentar e fiscalizar os serviços prestados, foram criados entes dotados de elevada especialização, surgindo, assim, as agências reguladoras.

Para tanto, as agências reguladoras foram dotadas de poder normativo, o qual, durante os anos, vem sofrendo inúmeras ponderações.

Com isso, o presente trabalho possui como objetivo analisar qual o limite do poder normativo das agências reguladoras, eis que expedem normas regulamentando as atividades a elas vinculadas.

Assim, para melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo será feita uma breve análise a respeito do conceito de Direito Administrativo e Administração Pública, bem como sobre a organização do aparato estatal.

Posteriormente, no segundo capítulo, serão delimitadas questões referente às autarquias, elencando suas principais características e atributos.

Por fim, com base no entendimento doutrinário, será analisado e demonstrado o limite do poder normativo outorgado às agências reguladoras.

O método de pesquisa utilizado foi o lógico-dedutivo, ou seja, partiu-se de uma premissa geral para analisar uma premissa particular, por meio de pesquisas bibliográficas.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A fim de contextualizar a abordagem do tema, e considerando a amplitude e importância da Administração Pública no ordenamento jurídico, necessário abordar, brevemente, a origem história e conceitual, bem como a organização de todo aparato estatal.

2.1 Síntese história e conceito de Administração Pública

Com a queda do poder monarca que vigorava durante a Europa até o fim do século XVIII e o advento mais intenso da democracia e república/parlamentarismo, com o poder nas mãos do povo (burguesia, inicialmente), e, ainda, pelo ideais de repartição de poderes elencados por Montesquieu, houve a necessidade da criação de um novo quadro normativo para disciplinar as relações internas e externas da

administração, surgindo, assim, um novo ramo do direito público, com o objetivo de reger as referidas relações, denominado Direito Administrativo.

Nesse sentido, explica Carvalho Filho (2014, p. 8):

> O Direito Administrativo, contudo, como sistema jurídico de normas e princípios, somente veio a lume com a instituição do Estado de Direito, ou seja, quando o Poder criador do direito passou também a respeitá-lo. O fenômeno nasce com os movimentos constitucionalistas, cujo início se deu no final do século XVIII. Através do novo sistema, o Estado passava a ter órgãos específicos para o exercício da administração pública e, por via de consequência, foi necessário o desenvolvimento do quadro normativo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados. Por isso, pode considerar-se que foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para esse novo ramo jurídico, o Direito Administrativo.

Nesta perspectiva, Meirelles (2016, p. 42) conceitua Direito Administrativo como um "[...] conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado".

Para o referido autor, a existência de princípios jurídicos indica o caráter científico da disciplina, mostrando, ainda, uma estrutura ordenada para reger os órgãos, agentes e atividades a ele vinculado, demonstrando uma disparidade de tratamento frente ao particular, ante a busca pelos interesses do Estado e da coletividade.

Ademais, sem deixar de lado o conceito já exposto, a Administração Pública pode ser analisada por outro viés, relacionado com a forma da atividade que desempenha e pelo conjunto dos órgãos, agentes e pessoas jurídicas, denominado, segundo a doutrina, em sentido objetivo e subjetivo.

Explica Carvalho Filho (2014, p. 11-12):

> O sentido objetivo, pois, da expressão – que aqui deve ser grafada com iniciais minúsculas – deve consistir na própria atividade administrativa exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a *função administrativa* [...].
> A expressão pode também significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Toma-se aqui em consideração o *sujeito* da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato. Para diferenciar esse sentido da noção anterior, deve a expressão conter as iniciais maiúsculas: Administração Pública. (Grifo no original).

Assim, a fim de desempenhar toda a atividade destinada aos interesses do próprio Estado e da coletividade, houve a necessidade, conforme já exposto, de uma organização de todo o aparato estatal.

Com isso, surgiu, durante os anos, o que hoje entende-se por Administração Pública Direta e Indireta, estabelecendo, entre os entes, numerosos critérios, como, por exemplo, hierarquia, supervisão e controle, objetivando o alcance do interesse público e a eficiência das atividades desempenhadas pela Administração.

2.2 Organização da Administração Pública

Conforme já explanado, para a concretização dos interesses do Estado e da coletividade, foi necessário que toda a atividade desempenhada fosse organizada, ora o Estado exercendo a titularidade e a execução diretamente, ora outorgando/delegando tais prerrogativas a outros entes (pessoas jurídicas).

Neste sentido, explica Carvalho Filho (2014, p. 457), ao abordar os conceitos de centralização, descentralização e desconcentração:

> A centralização é a situação em que o Estado executa suas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura funcional. Pela descentralização, ele o faz indiretamente, isto é, delega a atividade a outras entidades. Na desconcentração, desmembra órgãos para propiciar melhoria na sua organização estrutural.

Frente a isso, tem-se no ordenamento jurídico a administração pública direta e indireta.

Menciona Marinela (2014, p. 137-138):

> [...] a Administração Direta ou centralizada consiste no conjunto de órgãos públicos que compõem a estrutura dos Entes Federativos. É composta pelas pessoas políticas, assim consideradas as manifestações instituídas pela Constituição Federal, reconhecidas como elementos formais indispensáveis à constituição de uma Federação e dotadas de personalidade jurídica de direito público e competências legislativas e administrativas, ainda que não sejam titulares necessariamente de função jurisdicional. Portanto, são elas: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, cada qual com sua estrutura administrativa e seus órgãos.
> A Administração Pública Indireta é composta por entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução de atividades administrativas que necessitam ser desenvolvidas de forma descentralizada. São elas: as autarquias, as fundações públicas e as empresas estatais, mais especificamente, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Com isso, pode-se afirmar que a Administração Pública Direta é formada pelos entes federativos, quais sejam: União, Estados, Municípios e Distrito Federal, atuantes diretamente na execução das suas tarefas, ou seja, de forma centralizada ou desconcentrada (visto estar dentro da estrutura do próprio ente).

De outro lado, a Administração Pública Indireta é formada por pessoas jurídicas próprias que atuam mediante a descentralização da atividade, podendo ser consideradas de direito público ou privado.

Nesse sentido, disserta Oliveira (2018, p. 120):

> Enquanto as pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações públicas de direito público) são instituídas diretamente pela lei, as pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado) são criadas, após autorização legal, por meio do registro dos respectivos atos constitutivos, como se exige para as pessoas jurídicas privadas em geral (art. 45 do CC).

Ressalta Carvalho Filho (2014, p. 465) que:

> Não custa observar que a Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, determinou que estes se personificassem, constituindo associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

Neste diapasão, o Código Civil elenca as referidas pessoas jurídicas:

> Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
> I - a União;
> II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
> III - os Municípios;
> IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)
> V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.
> Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.
> Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
> I - as associações;
> II - as sociedades;
> III - as fundações.
> IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
> V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
> VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011)

Portanto, observa-se, ante o exposto, que a organização da administração pública compreende pessoas jurídicas de direito público e privado, a depender da natureza e forma como foram instituídas.

Especialmente quanto às autarquias, objeto de estudo do presente trabalho, conclui-se que elas se caracterizam como sendo pessoas jurídicas de direito público, isto porque exercem atividades predeterminadas, mediante a descentralização da atividade.

Diante da importância que exercem dentro do ordenamento jurídico, possuem um regime diferenciado das demais pessoas jurídicas, sendo-lhes outorgadas diversas prerrogativas, cuja explanação será abordada no capítulo seguinte.

3. AUTARQUIAS. NATUREZA JURÍDICA E PRERROGATIVAS

Segundo Justen Filho (2016, p. 290), autarquia pode ser conceituada na seguinte expressão:

> "[...] *pessoa jurídica de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da Administração direta*" (grifo no original).

Do referido conceito, extrai-se que as autarquias são criadas por lei, possuem autonomia, desempenham atividade administrativa e são pessoas jurídicas de direito público.

No mesmo sentido, Pietro (2018, p. 591) afirma que autarquia é:

> [...] *pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei*. (Grifo no original)

Interessante é a pontuação feita pela referida autora, ao mencionar que, na verdade, as autarquias não possuem autonomia, mas sim autoadministração, tendo em vista a inexistência de capacidade para criar o próprio direito. Em suas palavras (2018, p. 591):

> Falando-se em capacidade de *autoadministração*, diferencia-se a autarquia das pessoas jurídicas públicas *políticas* (União, Estados e Municípios), que têm o poder de criar o próprio direito, dentro de um âmbito de ação fixado pela Constituição. Não é demais repetir que se deve evitar o termo *autonomia*, em relação às autarquias, porque estas não têm o poder de criar o próprio direito, mas apenas a capacidade de se autoadministrar a respeito das

> matérias específicas que lhes foram destinadas pela pessoa pública política que lhes deu vida. (Grifo no original).

Ademais, as autarquias atuam diretamente na realização de serviços típicos do Estado, em razão da descentralização realizada. Meirelles (2016, p. 441) explica:

> A autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um *serviço* retirado da Administração centralizada. Por essa razão, à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo. (Grifo no original)

Borges e Sá (2018, p. 898) explicam o significado de serviço típico (próprio), distinguindo-os dos serviços impróprios:

> [...] **os serviços próprios** são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus órgãos e agentes) ou indiretamente (por meio de concessionárias e permissionárias) (energia elétrica, p. ex.).
> Já **os serviços impróprios ou virtuais**, embora atendam necessidades coletivas, não são de titularidade do Estado nem por ele executados. Entretanto, não estão fora do campo de incidência do poder de polícia, pois devem ser autorizados, regulamentados e fiscalizados. Não deixam de ser, portanto, verdadeiras atividades privadas controladas pelo Estado.
> E, nesse contexto, os serviços impróprios sequer deveriam ser reconhecidos, em sentido jurídico, como típico serviço público. Como exemplos de tais serviços podem ser citados os prestados por instituições financeiras e os de seguro e previdência privada. (Grifo no original).

Nesta perspectiva, extrai-se que as autarquias, por serem pessoas jurídicas de direito público e atuantes em serviços precipuamente pertencentes ao Estado, devem gozar de privilégios (prerrogativas), a fim de que desempenhem de modo mais eficiente suas atividades.

A propósito, quanto aos privilégios, Meirelles (2016, p. 441) afirma que se não forem outorgados a tais entes (pessoas jurídicas), não se pode dizer que são autarquias. Em suas palavras:

> A doutrina moderna é concorde no assinalar as características das entidades autárquicas, ou seja, a sua *criação por lei específica com personalidade de Direito Público, patrimônio próprio, capacidade de autoadministração sob controle estatal e desempenho de atribuições públicas típicas*. Sem a conjunção desses elementos não há autarquia. (Grifo no original).

Didaticamente, Carvalho (2019, p. 175-178) elenca quatro características comuns entre os entes da administração pública. Segundo o autor, todas possuem

personalidade jurídica própria, sendo titulares de direitos e obrigações, com patrimônio próprio. Ademais, a lei específica cria a autarquia, enquanto aos demais entes é autorizada a criação, segundo dispõe o art. 37, inc. XIX, da Constituição Federal. Ainda, todas as pessoas jurídicas da administração indireta possuem finalidade pública, ou seja, a finalidade é especificada na própria lei, estando o ente vinculado à finalidade nela estabelecida. Por fim, todos os entes estão sujeitos a controle pela administração direta da pessoa política instituidora, o que se denomina de controle finalístico, isto é, os atos praticados podem ser supervisionados pela pessoa política instituidora.

Além disso, as autarquias gozam de privilégios específicos, cuja justificativa é explicada por Carvalho (2019, p. 179):

> É importante ressaltar que não se tratar de delegação de serviço como já dito anteriormente (outorga da titularidade de serviços públicos mediante lei) e, portanto, as autarquias são o próprio ente estatal exercendo atividade típica do Estado e, para tanto, precisam gozar de todas as prerrogativas públicas de que gozam os entes federativos, aplicando-se integralmente as regras atinentes ao Regime Jurídico Administrativo.

Frente a isso, menciona o referido autor (2019, p. 179-189) as seguintes características (privilégios):

• Processuais: prazos dilatados, em dobro; duplo grau de jurisdição obrigatório; dispensa de efetivar depósito de 5% sobre o valor da causa ao propor ação rescisória; dispensa do adiantamento das custas processuais; os créditos são cobrados mediante execução fiscal e; débitos são pagos por meio de precatório, seguindo a ordem cronológica.

• Fiscais: possuem imunidade tributária recíproca, conforme dispõe o art. 150, § 2º, da Constituição Federal.

• Responsabilidade Civil: responsabilidade civil objetiva em razão da prática de atos comissivos, ante a aplicação da teoria do risco administrativo. Ademais, o ente político instituidor possui responsabilidade subsidiária. Poderá a autarquia propor ação de regresso em face do agente causador do dano.

• Contratos: submetem-se às exigências das leis 8.666/1993 e 10.520/2002, ou seja, dependem de prévia licitação, sujeitando-se às regras de dispensa e inexigibilidade.

• Regime de pessoal: seus agentes estão sujeitos ao regime estatuário. “No âmbito da União, o regime foi instituído pela lei 8112/90. Desse modo, não se admite mais o ingresso de servidores celetistas para prestação de serviços nos entes da administração direta, autárquica e fundacional.” (CARVALHO, 2019, p. 185).

• Atos administrativos: os atos praticados ostentam caraterísticas de ato administrativo, sujeitando-se aos requisitos previstos na Lei 4.417/1965. Carvalho (2019, p. 186-187) explica:

> No que tange aos atos praticados pelas autarquias, eles ostentam a qualidade de atos administrativos e devem respeitar os requisitos definidos no art. 2º da lei 4717/65, quais sejam, o sujeito competente, a finalidade especificada em lei, a forma, o motivo, e o objeto. Ademais, por serem atos praticados em respeito à supremacia do interesse público esses atos gozam de todos os atributos inerentes a essa prerrogativa. Sendo assim, há uma presunção de veracidade dos fatos estipulados no ato, bem como a presunção de legitimidade dos mesmos. Ainda se pode dizer que gozam do atributo da imperatividade, quando dispuserem acerca de obrigações e exigibilidade. Por fim, desde que mediante disposição legal, ou em virtude de urgência declarada, estes atos gozam do poder de autoexecutoriedade.

• Bens públicos: todos os bens pertencentes às autarquias são considerados públicos, seguindo o regime previsto no art. 98 do Código Civil. Assim, são impenhoráveis, gozam da garantia da não onerabilidade (não se sujeitam a direitos reais de garantia), bem como não são usucapíveis. Contudo, nada impede que sejam alienados, pois:

> [...] os bens das autarquias se sujeitam à regra da alienabilidade condicionada. Desse modo, os bens que estejam, de alguma forma, afetados ao interesse público são inalienáveis enquanto os bens desafetados podem ser alienados, desde que observadas as disposições do art. 17 da lei 8.666/93. (CARVALHO, 2019, p. 187)

• Prescrição: submetem-se ao prazo prescricional quinquenal, conforme dispõe o art. 1º do Decreto 20.910/32.

Marinela (2015, p. 157) também menciona a respeito de procedimentos financeiros, pois “Quanto às regras orçamentárias, as autarquias se submetem às mesmas da entidade que as criou, estando, inclusive, sujeitas ao controle pelo respectivo Tribunal de Contas”.

Portanto, observa-se que por tratarem-se de pessoas jurídicas de direito público, atuantes em atividades próprias do Estado, necessário que as autarquias

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

possuam e exerçam as qualidades acima mencionadas, a fim de concretizar o interesse público e a atividade a elas vinculadas.

Com isso, diante a amplitude de atividades, a princípio, desempenhadas, conforme a lei específica criadora, e por serem descentralizadas dos entes políticos, explica Carvalho Filho (2014, p. 477) que as autarquias podem ser classificadas em razão do nível federativo, objeto e da natureza (regime jurídico).

Quanto ao primeiro, menciona o célere autor a existência de autarquias federais, estaduais, distritais e municipais, a depender do ente político que as criou.

Em relação ao objeto (objetivos), afirma Carvalho Filho (2014, p. 478-479) existirem as seguintes classificações:

> a) autarquias assistenciais: aquelas que visam a dispensar auxílio a regiões menos desenvolvidas ou a categorias sociais específicas, para o fim de minorar as desigualdades regionais e sociais, preceito, aliás, inscrito no art. 3o, III, da CF. Exemplo: INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária;
> b) autarquias previdenciárias: voltadas para a atividade de previdência social oficial. Exemplo: o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social);
> c) autarquias culturais: dirigidas à educação e ao ensino. Exemplo: a UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro);
> d) autarquias profissionais (ou corporativas): incumbidas da inscrição de certos profissionais e de fiscalizar sua atividade. Exemplo: OAB (Ordem dos Advogados do Brasil); CRM (Conselho Regional de Medicina); CREA (Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura), e outras do gênero.
> e) autarquias administrativas: que formam a categoria residual, ou seja, daquelas entidades que se destinam às várias atividades administrativas, inclusive de fiscalização, quando essa atribuição for da pessoa federativa a que estejam vinculadas. É o caso do INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial); BACEN (Banco Central do Brasil); IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis);
> f) autarquias de controle: enquadram-se nesta categoria as recém-criadas agências reguladoras, inseridas no conceito genérico de agências autárquicas, cuja função primordial consiste em exercer controle sobre as entidades que prestam serviços públicos ou atuam na área econômica por força de concessões e permissões de serviços públicos
> (descentralização por delegação negocial), como é o caso da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e da ANP (Agência Nacional do Petróleo). [...];
> g) autarquias associativas: são as denominadas “associações públicas”, ou seja, aquelas que resultam da associação com fins de mútua cooperação entre entidades públicas, formalizada pela instituição de consórcios públicos, sendo estes regulados, como já vimos anteriormente no capítulo relativo aos contratos administrativos, pela Lei no 11.107/2005.

Enfim, no que tange ao regime jurídico (natureza), explica o referido professor a existência de autarquias comuns e especiais. Em suas palavras (2014, p. 482):

> [...] admite a classificação de dois grupos de autarquias quando se leva em conta o seu regime jurídico: (a) *autarquias comuns* (ou *de regime comum*); (b) *autarquias especiais* (ou *de regime especial*). Segundo a própria terminologia, é fácil distingui-las: as primeiras estariam sujeitas a uma disciplina jurídica sem qualquer especificidade, ao passo que as últimas seriam regidas por disciplina específica, cuja característica seria a de atribuir prerrogativas especiais e diferenciadas a certas autarquias.
> Foi a Lei nº 5.540/1968, que, ao dispor sobre a organização do ensino superior (art. 4º e parágrafo único, já revogados), estabeleceu que as universidades e estabelecimentos de ensino, quando oficiais, se constituiriam em *autarquias de regime especial* ou em fundações de direito público. Contudo, não definiu o que seria esse regime especial, limitando-se exclusivamente a consignar que esse regime obedeceria às "*peculiaridades*" indicadas na disciplina legal. Acolhendo essa qualificação, alguns doutrinadores adotaram o entendimento de que o regime especial se caracterizaria pelas regalias que a lei conferisse à autarquia, houvesse ou não referência em dispositivo legal. Note-se, entretanto, que nem sempre se aceitou inteiramente essa categoria, e isso ficou claro quando se tentou extrair em seu favor situações jurídicas sem amparo na Constituição. (Grifo no original)

Frente a isso, constata-se a importância das autarquias no desempenho da atividade pública, seja porque exercem atividades típicas/próprias do Estado, seja porque gozam de inúmeras prerrogativas e privilégios.

Contudo, mesmo com as inúmeras qualidades supramencionadas, ainda assim há a existência de autarquias com características especiais, ou seja, que necessitam de um regime jurídico diferenciado para desempenhar as suas atividades.

Referidas autarquias, denominadas pela doutrina de especiais, atuam em áreas específicas, em razão do grau de especialização que possuem.

Portanto, passa-se a explanar, no próximo capítulo, o objeto de estudo do presente trabalho, a respeito das agências reguladoras, consideradas, conforme a doutrina, autarquias especiais.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS (AUTARQUIAS DE CONTROLE)

Com a modernização da sociedade e a necessidade da realização de inúmeros serviços pelo Estado, se fez pertinente a concessão e permissão de serviços públicos a pessoas de direito privado, com o intuito de garantir a efetividade das atividades prestadas.

Tais serviços, como, por exemplo, prestação de energia elétrica (típicos do Estado) e saúde (ainda que atividade privada, mas de grande relevância social), começaram a ser prestados por entes diversos do Estado.

Para tanto, foi pertinente a criação de pessoas jurídicas de direito público, de natureza especial, a fim de supervisionar e regulamentar tais atividades.

Frente a isso, no Brasil, foram criadas as agências reguladoras (ou autarquias de controle), ante o Plano Nacional de Desestatização – PND ocorrido na década de 1990.

Nesse sentido, muito bem pontua Carvalho Filho (2014, p. 493-494):

> No processo de modernização do Estado, uma das medidas preconizadas pelo Governo foi a da criação de um grupo especial de autarquias a que se convencionou denominar de agências, cujo objetivo institucional consiste na função de controle de pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, em regra sob a forma de concessão ou permissão, e também na de intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário para evitar abusos nesse campo, perpetrados por pessoas da iniciativa privada.
> [...]
> A Lei nº 9.491, de 9.9.1997 (que revogou a Lei nº 8.031, de 12.4.1990), instituiu o Plano Nacional de Desestatização – PND, com o objetivo estratégico de, entre outros fins, reduzir o *deficit* público e sanear as finanças governamentais, para tanto transferindo à iniciativa privada atividades que o Estado exercia de forma dispendiosa e indevida. Todos os parâmetros foram traçados na lei para cumprimento pela Administração Pública, sem a possibilidade de desviar-se dos objetivos nela fixados.
> Uma das formas de implementar a referida transferência consistiu no processo de *privatização*, pelo qual se antevia a alienação, a pessoas da iniciativa privada, de direitos pertencentes ao Governo Federal que lhe asseguravam a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. As antigas pessoas paraestatais se transformariam, desse modo, em pessoas do setor exclusivamente privado, ou, em outras palavras, convertia-se o processo de descentralização por delegação legal, do qual resultavam as entidades da administração indireta, em descentralização por delegação negocial, já que as novas pessoas desempenhariam suas atividades através do sistema da concessão de serviços públicos.
> O afastamento do Estado, porém, dessas atividades haveria de exigir a instituição de órgãos reguladores, como, aliás, passou a constar do art. 21, XI, da CF, com a redação da EC no 8/1995, e do art. 177, § 2º, III, com a redação da EC no 9/1995. Pela natureza da função a ser exercida, foram então criadas, sob a forma de autarquias (agências autárquicas ou governamentais), as denominadas *agências reguladoras*, entidades com típica função de controle. Vieram à tona a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei nº 9.427, de 26.12.1996; a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, pela Lei nº 9.472, de 16.7.1997; e a ANP – Agência Nacional do Petróleo, pela Lei nº 9.478, de 6.8.1997. (Grifo no original)

Na mesma toada, Moreira e Caggiano (2013, n.p) afirmam:

> O processo de desestatização experimentado pelo Brasil em meados da dé cada de 1990 deu origem à implementação de técnicas interventivas típicas do modelo de Estado Regulador. Com isto, o Estado brasileiro abdicou parcialmente da intervenção direta (endorregulação) em alguns setores da economia e passou a assumir funções ditas reguladoras (heterorregulação), como meio de tentar garantir a eficiência na prestação de alguns dos serviços públicos que lhe foram normativamente atribuídos (além do cumprimento de fins públicos, da defesa da concorrência e dos prestígio à liberdade empresarial.

No que tange à necessidade da criação das agências reguladoras, Aragão (2011, p. 283-284) menciona que:

> [...] verificou-se que não bastava a edição de leis especiais pelo Poder Legislativo. Impunha-se também a especialização das fontes do Direito e dos respectivos órgãos emanadores. O Poder Legislativo, essencialmente político e atuando mediante processos necessariamente lentos, viu-se incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade e tecnicismo das matérias que demandavam a sua atuação. Tornou-se, então, imperioso, não apenas a especialização das matérias a serem reguladas, como também dos órgãos incumbidos da expedição das respectivas normas, que, em virtude dos seus amplos poderes, deveriam, para exercê-los satisfatoriamente e com observância dos cânones do Estado de Direito, estar, na medida do possível, livres das injunções políticas parciais. A conjunção desses fatores – criação de órgãos independentes encarregados da regulação de atividades específicas dotadas de grande conteúdo técnico, resultou nos ordenamentos setoriais.

Em sentido semelhante, aduz Araújo (2017, p. 20):

> Em síntese, com a necessidade de transferir a prestação de vários serviços à iniciativa privada, entendeu-se que ao Estado caberia uma nova e importante função: a de regular a prestação de serviços públicos, ou seja, de normatizar as condições em que os serviços públicos serão executados, de fiscalizar o cumprimento dessas condições por parte das empresas privadas prestadoras de serviços públicos e, por fim, de aplicar sanções pelo descumprimento das normas aplicáveis às delegatárias de serviços públicos.

Diante disso, o marco inicial das agências reguladoras no Brasil deu-se a partir da promulgação da Emenda Constitucional 08/95, segundo explica Freitas (2011, p. 10):

> A promulgação da EC n° 08/95 é tida como o marco regulatório brasileiro, essencial para a criação das entidades a quem caberiam a regulação dos serviços públicos desestatizados, no decorrer do processo de revolução estrutural que vinha experimentando a Administração Pública, que passou cada vez mais a buscar a eficiência de sua atuação, a fim de atender aos anseios sociais, dignificando a pessoa humana. Tais entidades são conhecidas hoje como Agências Reguladoras.

Necessário pontuar, conforme explica Pietro (2018, p. 645-646), que o termo “agência” foi importado dos Estados Unidos da América. Contudo, as agências reguladoras existentes no Brasil não se confundem as existentes no referido país. Menciona a ilustre professora:

> O vocábulo **agência** é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro em decorrência do movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange "qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais", conforme consta expressamente da Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*). Por outras palavras, excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências. Nos Estados Unidos, falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluída do conceito a própria Presidência da República, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que o Chefe do Poder Executivo integra a Administração Pública, estando colocado no seu ápice, orientando e dirigindo o seu funcionamento. Nos termos do artigo 84, II, da Constituição, é da competência privativa do Presidente da República "exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal". Não há qualquer possibilidade de serem criadas agências que escapem a essa direção superior do Presidente da República. (Grifo no original).

Deste modo, constata-se que com a atribuição de determinados serviços a pessoas jurídicas de direito privado, buscou-se mecanismos para a regulamentação e supervisão das atividades.

Contudo, para a satisfação dos interesses da coletividade, bem como diante de uma possível morosidade por parte de setores gerais do Estado, houve a criação das agências reguladoras, atuantes em áreas específicas.

A propósito, Marinela (2015, p. 170), menciona, exemplificativamente, à qual disciplina e controle de atividades atuam as autarquias especiais:

> Algumas agências afetas à disciplina e controle de tais atividades são:
> a) **serviços públicos propriamente ditos**: neles estão incluídos a Agência Nacional de Energia Elétrica (**ANEEL**), criada pela Lei n. 9.427/96; a Agência Nacional de Telecomunicações (**ANATEL**), regulada pela Lei n. 9.472/97; a Agência Nacional de Transportes Terrestres (**ANTT**) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (**ANTAQ**), disciplinadas pela Lei n. 10.233/2001 e a Agência Nacional de Aviação Civil (**ANAC**), instituída pela Lei n. 11.182/2005, com a finalidade de regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária;
> b) **atividades de fomento e fiscalização de atividade privada:** para essas atividades, foi criada a Agência Nacional de Cinema (**ANCINE**), introduzida via Medida Provisória n. 2.228-1/2001, para dispor sobre políticas relativas à atividade cinematográfica;
> c) **atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo:** tem-se a Agência Nacional do Petróleo (**ANP**), criada pela Lei n. 9.478/97;
> d) **atividades que o Estado e o particular prestam:** encontram-se agências como a Agência Nacional de Vigilância S anitária (**ANVISA**), instituída pela Lei n. 9.782/99, com o objetivo de proteger a saúde da população em geral, e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (**ANS**), Lei n. 9.961/2000, controladora das entidades que oferecem planos de saúde;
> e) **agência reguladora do uso de bem público:** tem-se a Agência Nacional de Águas (**ANA**), criada pela Lei n. 9.984/2000, tendo como alvo a implementação da política nacional de recursos hídricos e o controle do uso desses recursos em águas de domínio da União. (Grifo no original).

Portanto, para a concretização de seus objetivos, foi atribuída a estas autarquias a função principal de controle, conforme explica Carvalho Filho (2014, p. 495):

> A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.

Acrescentando a ideia acima exposta, Oliveira (2018, p. 153-154) aduz:

> A atividade regulatória, exercida pelas agências reguladoras brasileiras, é complexa, pois envolve o exercício de três atividades diversas:
> a) administrativas clássicas (ex.: poder de polícia);
> b) poder normativo (ex.: prerrogativa de editar atos normativos); e
> c) judicantes (ex.: atribuição para resolver conflitos entre os agentes regulados).

Moreira e Caggiano (2013, n.p) exemplificam, ainda, que:

> Pode-se dizer que as agências reguladoras brasileiras caracterizam-se, quando menos, por sua independência (decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira), autonomia (elas não devem estar sujeitas a controle hierárquico, ainda que estejam vinculadas à pessoa da Administração direta que lhe deu origem) e competências específicas (“quase legislativas”, para emanar normas regulamentares exclusivas; e “quase jurisdicionais”, decidindo questões que lhes são submetidas), sempre decorrentes de previsão legal.

Frente a isso, verifica-se que as agências reguladoras possuem um *plus* a mais das autarquias comuns quanto às suas atribuições, exercendo ativamente a função regulatória e de controle, expedindo, muitas vezes, atos normativos que vinculam os indivíduos que exercem as atividades por meio de delegação.

Entretanto, a questão pauta-se em até que limite as agências reguladoras podem exercer a atribuição fiscalizatória, regulatória e de controle, sem infringir a repartição de poderes e a atividade típica do poder legislativo, tema que será a seguir exposto.

4.1 Poder normativo das agências regulatórias

Segundo Meirelles (2016, p. 149), poder normativo (regulamentar) pode ser conceituado da seguinte forma:

> [...] faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

Entretanto, tal conceito não pode ser utilizado para explicar a atribuição das agências reguladoras, as quais, na verdade, atuam mediante regulamento autorizado (delegado), segundo explicam Alexandre e Deus (2017, p. 137):

> Segundo a doutrina tradicional, não pode o legislador ordinário, fora dos casos previstos na Constituição, delegar integralmente a função de legislar, típica do Poder Legislativo, aos órgãos administrativos.
> Contudo, em face da complexidade das atividades técnicas da Administração, modernamente, embora haja controvérsias quanto ao aspecto da constitucionalidade, a doutrina majoritária tem aceitado que as competências para regular determinadas matérias sejam transferidas pelo próprio legislador para órgãos administrativos técnicos.
> [...]
> Com efeito, o regulamento autorizado não se limita apenas a explicar, detalhar ou complementar a lei, ele na realidade inova o ordenamento jurídico ao criar normas técnicas não contidas na lei, o que faz em razão de expressa determinação legal.

Desta maneira, pode-se afirmar que o poder regulamentar/normativo das agências reguladoras apenas é possível diante da complexidade técnica das atividades a elas vinculadas, ponto principal das suas existências, conforme exposto anteriormente.

Tal fenômeno, de atribuir às pessoas jurídicas de direito público a competência de inovarem no ordenamento jurídico por meio de atos normativos, é denominado pela doutrina de deslegalização ou deslegificação. Carvalho Filho (2014, p. 483) muito bem explica:

> Esse fenômeno, de resto já conhecido em outros sistemas jurídicos, tem sido denominado de deslegalização (ou deslegificação, como preferem alguns), considerando que a edição de normas gerais de caráter técnico se formaliza por atos administrativos regulamentares em virtude de delegação prevista na respectiva lei. Na verdade, não há, como supõem alguns estudiosos (equivocadamente, a nosso ver), transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas tão somente o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por ser extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei.

Oliveira (2018, p. 156) menciona:

> Com a deslegalização, opera-se uma verdadeira degradação da hierarquia normativa (descongelamento da classe normativa) de determinada matéria que, por opção do próprio legislador, deixa de ser regulada por lei e passa para a seara do ato administrativo normativo. A lei deslegalizadora não chega a determinar o conteúdo material da futura normatização administrativa, limitando-se a estabelecer *standards* e princípios que deverão ser respeitados na atividade administrativo-normativa.

A partir disso, e com o intuito de uma atuação rápida, proba e técnica em favor da coletividade, especificamente na respectiva área de atuação das agências reguladoras, foi-lhes outorgado o poder normativo/regulatório.

Nesse sentido, explicam Moreira e Caggiano (2013, n.p):

> Este modelo regulatório, contudo, concentrado em funções normativas e fiscalizatórias, exigiu nova configuração da própria estrutura do Estado, pois o procedimento ordinário para elaboração de normas na esfera do legislativo e do executivo mostrou-se ineficaz para regular setores da economia cada vez mais dinâmicos e tecnicamente especializados. A natureza deste poder regulador demandava necessariamente autonomia e independência dos órgãos reguladores (em especial no que diz respeito a interesses políticos), atributos incompatíveis com a estrutura tradicional dos Poderes Executivo e Legislativo.

Contudo, há quem entende que o caráter de normatividade dos atos elaborados pelas agências reguladoras não é revestido de constitucionalidade, enquanto outra vertente doutrinária posiciona-se em sentido contrário.

A propósito, sintetizando as duas posições, Oliveira (2018, p. 155) menciona:

> Há forte controvérsia doutrinária em relação à constitucionalidade da amplitude e do fundamento do poder normativo conferido às agências reguladoras.
> Iº **entendimento**: inconstitucionalidade do poder normativo amplo das agências reguladoras, tendo em vista a violação aos princípios constitucionais da separação de poderes e da legalidade, sendo vedada a criação de direito e obrigações por meio de atos regulatórios editados com fundamento em delegação legislativa inominada. O texto constitucional só estabeleceu a possibilidade de exercício do poder normativo primário no Executivo em duas hipóteses: Medidas Provisórias (art. 62 da CRFB) e Leis Delegadas (art. 68 da CRFB). Os atos normativos das agências são infralegais e restringem-se à sua organização e funcionamento interno.
> IIº **entendimento**: constitucionalidade do poder normativo técnico ampliado reconhecido às agências reguladoras que poderão editar atos normativos, respeitados os parâmetros (standards) legais, em razão do fenômeno da deslegalização. (Grifo no original)

Carvalho Filho (2014, p. 483) entende que o poder normativo recebido pelas agências reguladoras é constitucional, desde que não haja abusividade e nem

excesso aos parâmetros estabelecidos pela lei, devendo, caso necessário, submeter-se a controle administrativo e institucional.

Em sentido semelhante, Marinela (2015, p. 170) expõe:

> A problemática, quanto à função dessas agências, decorre do limite do poder regular e normatizar as diversas atividades. Não há dúvida de que a esse poder está vedada a invasão de competência legislativa, devendo ater-se a aspectos técnicos, providências subalternas à lei, disciplinadas por meio de regulamentos, não podendo contrariar ou distorcer a disposição legal.

Mello (2010, p. 172-173) muito bem explica:

> O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. Em linha de princípio, a resposta não é difícil.
> Dado o princípio constitucional da legalidade, e consequentemente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a *aspectos estritamente técnicos*, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada "supremacia especial".
> De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, *na extensão e intensidade requeridas* para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e *obsequiosas à razoabilidade*. (Grifo no original).

Oliveira (2018, p. 155-156) posiciona-se da seguinte maneira:

> Entendemos que as agências reguladoras podem exercer poder normativo, com caráter técnico, no âmbito de suas atribuições, respeitado o princípio da juridicidade. As normas editadas pelas agências não podem ser classificadas como "autônomas" fruto de delegação legislativa inominada, pois encontram fundamento na lei instituidora da entidade regulatória que estabelece os parâmetros que deverão ser observados pelo regulador. A prerrogativa normativa das agências funda-se na releitura do princípio da legalidade.

Pietro (2018, p. 655), ao entender pela constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, explica a respeito da limitação de tal poder:

> [...] não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contrariaria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no artigo 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ao falar em órgão regulador, está a Constituição reconhecendo ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, *standards*, tal como as agências reguladoras norte-americanas. Além disso, as matérias que podem ser objeto de regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei. Não podem invadir matéria de competência do legislador.

Meirelles (2016, p. 453-454) explica:

> Tem-se debatido sobre o poder normativo conferido às agências. Esse poder normativo há de se cingir aos termos de suas leis instituidoras, aos preceitos legais e decretos regulamentares expedidos pelo Executivo. Suas funções normativas estão absolutamente subordinadas à lei formal e aos referidos decretos regulamentares. Assim, o poder outorgado às agências, neste campo, visa a atender à necessidade de uma normatividade essencialmente técnica, com um mínimo de influência política.

Almeida e Xavier (2012, n.p) entendem que os atos que exorbitem os limites estabelecidos pela lei terão de ser considerados inconstitucionais. A propósito:

> Trata-se, então, de um poder normativo de cunho essencialmente técnico, ou seja, de abrangência limitada; na verdade, tais atos não têm a mesma abstração e generalidade que têm os regulamentos editados pelo chefe do Poder Executivo. Qualquer ato praticado pelas agências que não sejam direcionados apenas à sua área de atuação e que tenha por destinatários quaisquer indivíduos ou atividades será flagrantemente inconstitucional.

Interessante é a perspectiva exposta Moreira e Caggiano (2013, n.p), ao mencionarem que os atos normativos devem cumprir a lei. Explicam:

> Este dever-poder normativo atribuído às agências, portanto, decorre de autorização legal e nada obstante os atos dele decorrentes deterem força normativa isso não significa que esteja num mesmo nível hierárquico de lei. Os regulamentos das agências reguladoras são norma, e por isso vinculam agentes regulados. Contudo, visam cumprir a lei – e não a substituí-la. Daí porque os elementos estabelecidos nas leis autorizadoras são um primeiro limite aos regulamentos expedidos pelas agências – eles devem ser conforme, e não contra legem.

Portanto, constata-se que o poder normativo outorgado às agências reguladoras, para a expedição de atos, é reconhecido como constitucional por grande parte da doutrina, desde que observados os limites estabelecidos pela lei.

Com isso, o poder regulador deve ser exercido estritamente em normas de caráter técnico, adstrito às finalidades (área de atuação) das agências reguladoras.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se que o avanço da tecnologia e a necessidade de regulamentar situações específicas, fez com que a Administração Pública adotasse mecanismos para trazer maior celeridade e eficiência às atividades prestadas à coletividade.

Não é de se negar que o processo legislativo no Brasil exige inúmeros critérios (quórum, matérias reservadas a determinados entes/pessoas, prazos, aprovação, discussão etc), o que faz com que seja moroso e, muitas vezes, não consiga regulamentar determinada questão dentro de um prazo razoável.

Nesta perspectiva, as relações existentes entre os populares e as prestadoras de serviço público necessitam de uma resposta certa e célere, visto tratar-se, em sua maioria, de questões econômicas.

Com isso, verificou-se que o meio adequado e próprio para a efetividade da regulamentação foi a criação das agências reguladoras, que ostentam natureza jurídica de autarquias especiais, ou seja, além dos atributos existentes a todas às pessoas jurídicas de direito público, lhes foram outorgadas qualidades específicas para o alcance de seus objetivos.

Entre tais qualidades, verificou-se o poder normativo/regulamentar, uma vez que as agências reguladoras, quando instituídas, atuam especificamente em determinada área, como, por exemplo, saúde, energia elétrica, água etc, atividades que, antes do plano de desestatização, eram realizadas pelo próprio Estado.

Deste modo, atividades de grande interesse social foram (e estão) sendo executadas por pessoas jurídicas de direito privado, desvinculadas ao poder estatal.

Assim, é certo que a atuação das agências na regulamentação de atividades estritamente técnicas, em áreas específicas, foi uma das melhores maneiras de subordinar os exercentes das atividades às normas de cunho regulatório.

Portanto, o atributo estendido às agências reguladoras, para instituir normas e vincular as pessoas a ela subordinadas, mostra-se um mecanismo prudente, adequado e justo.

Frente a isso, constata-se, inicialmente, que não há qualquer inconstitucionalidade/ilegalidade no poder normativo atribuído às agências, seja em

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

razão da morosidade e ausência de caráter técnico por parte do Poder Legislativo, seja em razão da ausência de inovação do ordenamento jurídico por parte das autarquias especiais.

Estabelecida esta premissa (de constitucionalidade), também se verifica que não há violação ao princípio da legalidade ou da repartição de poderes, uma vez que existe lei específica instituindo a finalidade e os limites que a agência reguladora poderá atuar.

Portanto, o limite do poder regulatório/normativo das agências reguladoras deverá ter como norte as diretrizes básicas (e mínimas) da lei instituída pelo respectivo ente que as criou.

Assim, retirando o substrato mínimo da lei instituidora, que, a princípio, lhe outorgou tal prerrogativa (por meio da técnica da deslegificação), como também observados os princípios norteadores da Constituição Federal e de demais atos legislativos que regulamentem a questão, poderão as agências reguladoras expedir atos normativos de cunho técnico e restrito a sua área de atuação, cujo limite, conforme já exposto, deverá ser apenas em cumprir e atender as diretrizes mínimas, sem, em qualquer momento, inovar no ordenamento jurídico.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Rodrigo Rodrigues de. **O poder normativo das agências reguladoras.** 2011. 68f. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas do Centro Universitário da Cidade – UNIVERCIDADE, como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Disponível em:<http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/20120529_o_poder_normativo_das_agencias_reguladoras.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. **O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais:** abrangência e limites. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-poder-normativo-e-regulador-das-agencias-reguladoras-federais-abrangencia-e-limites/>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2020.

ARAÚJO, Camila Pereira. **O poder normativo das agências reguladoras:** hipóteses e limites. 2017. 44 f. Monografia. Curso de Direito. Universidade Católica de Brasília. Brasília/DF. 2017. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Monografia+Gradua%C3%A7%C3%A3o+Camila+Pereira+Ara%C3%BAjo+2017.pdf/30394335-f689-1412-a0d9- 38dacd2cebe8>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. **Manual de Direito administrativo facilitado**. - 2. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 07 de maio de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** – 27. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** – 6 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** - 4 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo.** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo.** – 28. ed. – São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. **O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF - Mutação constitucional do princípio da legalidade?** Belo Horizonte: Fórum, 2013. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4313292-/mod_resource/content/2/Egon%20Bockmann%20e%20Heloisa%20Caggiano%20-20RDPE%202013%20.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RICARDO, Alexandre; DEUS, João de. **Direito administrativo**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda.

Whatsapp: (73) 99828-5266
IG: @sentencadozero
https://sentencadozero.com