

# AMAGIS JURÍDICA



Juiz Gilson Soares Lemes  
Juiz Ramom Tácio de Oliveira  
*Diretores*

# AMAGIS JURÍDICA

## Associação dos Magistrados Mineiros

Ano VII – Número 13 – Volume II – jul./dez. de 2015



Belo Horizonte  
2015

# AMAGIS JURÍDICA

## **Missão da revista Amagis Jurídica:**

Contribuir para o aperfeiçoamento do Direito, por meio da divulgação de trabalhos jurídicos de reconhecida qualidade.

## ***Diretoria da Amagis Triênio 2016-2018***

### **Presidente:**

Desembargador Maurício Torres Soares

### **Vice-presidente Administrativa:**

Juíza Cristiana Martins Gualberto  
Ribeiro

### **Vice-presidente Financeiro:**

Desembargador Alberto Diniz Junior

### **Vice-presidente de Saúde:**

Juíza Luzia Divina de Paula Peixôto

### **Vice-presidente do Interior:**

Juiz Antônio Carlos Parreira

### **Vice-presidente Sociocultural- Esportivo:**

Juiz Ricardo Torres Oliveira

### **Vice-presidente dos Aposentados e Pensionistas:**

Juiz José Martinho Nunes Coelho

### **Diretor-secretário:**

Juiz Christyano Lucas Generoso

### **Subdiretora-secretária:**

Juíza Rosimere das Graças do Couto

## **Conselho Editorial da Revista Amagis Jurídica**

Prof. Me. Gilson Soares Lemes (MG)  
– Presidente do Conselho editorial e  
Diretor da Revista

Prof. Dr. Ramom Tácio de Oliveira  
(MG) – Diretor da Revista

Prof. Dr. Antonio Rulli Júnior (SP)

Prof. Dr. Dimas Macedo (CE)

Prof. Dr. Fernando José Armando  
Ribeiro (MG)

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio  
Junior (MG)

Prof. Me. Antônio José Pêcego (MG)

Prof. Thiago Colnago Cabral (MG)

Coordenador de Comunicação: Bruno  
Gontijo (MTB – MG 11008)

Tiragem: 2.300 exemplares

Periodicidade: O volume anual compõe-se de dois números, com periodicidade semestral  
Política de responsabilidade: O corpo editorial da Amagis Jurídica não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos. Os textos são de responsabilidade de seus autores.

*A Revista Amagis Jurídica* é uma publicação da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis)

Rua Albita, 194, Cruzeiro,  
Belo Horizonte, MG

CEP: 30310-160 – Tel.: (31) 3079-3499

[www.amagis.com.br](http://www.amagis.com.br)

ISSN 2175-3849

## PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

### **ANA CAROLINA SILVA E SILVA**

Assessora de Juiz do Poder Judiciário de Minas Gerais.

### **ANDRÉ DE PAULA VIANA**

Mestrado em Ciências Ambientais pela Universidade Camilo Castelo Branco, Brasil (2015) Advogado do Escritório de Advocacia, Brasil.

### **CAMILA COUTINHO MALDONADO ARAÚJO**

Discente do 9º Semestre Noturno do Curso de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco – Unicastelo, Campus de Fernandópolis/SP.

### **FABRÍCIO SIMÃO DA CUNHA ARAÚJO**

Mestre e doutorando em Direito Processual pela PUC/MG. Juiz de Direito em MG. Professor da Faculdade Fenord em Teófilo Otoni-MG. Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais

### **JOSÉ DO CARMO VEIGA DE OLIVEIRA**

Mestre em Direito Processual pela PUC MINAS, Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Professor de Direito Civil e Processual Civil da PUC MINAS.

### **JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR**

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado.

### **LOURENÇO MIGLIORINI FONSECA RIBEIRO**

Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Uberlândia. Estado de Minas Gerais – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

### **MARCELO CAVALCANTI PIRAGIBE MAGALHÃES**

Membro do Conselho Superior da ENFAM-STJ, do Conselho Superior do COPEDEM e da Academia Internacional de Jurisprudência e Direito Comparado. Vice-diretor Presidente da EMN-AMB. Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais. Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Juiz de Direito em Juiz de Fora-MG.

### **NEWTON TEIXEIRA CARVALHO**

Especializado em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG. Professor de Direito das Famílias da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do IBDFAM.

### **SAULO VERSIANI PENNA**

Mestre e Doutor em Direito. Professor Universitário. Desembargador do TJMG.

### **THIAGO COLNAGO CABRAL**

Juiz da Vara de Execuções Penais em Governador Valadares. Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP. Docente dos cursos de formação de magistrados da ENFAM. Membro das comissões constituídas pela AMB e pela AMAGIS, respectivamente, para apresentação de propostas aos projetos de Código Penal, de Lei de Execução Penal e para regulamentação da carreira de agente prisional em MG. Ganhador do Prêmio Innovare em 2013.

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... IX

**1** A RELATIVIDADE DA DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE POR MEIO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL  
(THE RELATIVITY OF CRIME REDUCTION THROUGH THE REDUCTION OF CRIMINAL MAJORITY)

*Camila Coutinho Maldonado Araújo*

*André de Paula Viana* ..... 1

**2** O DEVER DE ATUAÇÃO PROCESSUAL DISCURSIVA NO NOVO CPC: A SUBSTITUIÇÃO DA LEALDADE PELA BOA-FÉ E OUTRAS INOVAÇÕES POSITIVADAS  
(THE DUTY OF PROCEDURAL DISCURSIVE ACTUATION IN THE NEW CPC: REPLACEMENT OF LOYALTY FOR GOOD FAITH AND OTHER POSITIVELY VALUED INNOVATIONS)

*Fabrcício Simão da Cunha Araújo* ..... 33

**3** O SISTEMA DE PRECEDENTES “À BRASILEIRA” OU “TROPICALIZADOS” NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

(“BRAZILIAN WAY” OR “TROPICALIZED” PRECEDENTS SYSTEM IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE)

*José do Carmo Veiga de Oliveira*..... 67

**4** AS PECULIARIDADES PROCESSUAIS DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROPOSTAS CONTRA O ESTADO

(THE PROCEDURAL PECULIARITIES OF CIVIL LAWSUITS FILED AGAINST THE STATE)

*José Luiz de Moura Faleiros Júnior*..... 101

VII

## 5 O RETROCESSO NO ABRIGAMENTO DE PRESOS EM CADEIAS PÚBLICAS

*Lourenço Migliorini Fonseca Ribeiro* .....127

## 6 EQUILÍBRIO ENTRE INFLUÊNCIA E INDEPENDÊNCIA NA FORMAÇÃO JUDICIÁRIA

(BALANCE BETWEEN INFLUENCE AND INDEPENDENCE IN JUDICIAL TRAINING)

*Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães* .....143

## 7 PENSAR O DIREITO POR INTERMÉDIO DO ESFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO KANTIANA

(THINKING THE LAW THROUGH OF EFFORT RATIONALE KANTIANA)

*Saulo Versiani Penna* .....155

## 8 A SOMA DE PENAS NA EXECUÇÃO PENAL E A DEFINIÇÃO DO MARCO PARA BENEFÍCIOS

*Thiago Colnago Cabral*

*Ana Carolina Silva e Silva* .....173

## 9 (IN)JUSTIÇA SOCIAL E O BOLSA FAMÍLIA

*Tiago Conde Teixeira* .....191

## ESPAÇO ABERTO

## 10 AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Newton Teixeira Carvalho* .....221

## 11 ENUNCIADOS SOBRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 (APROVAÇÃO PELOS MAGISTRADOS QUE INTEGRARAM OS GRUPOS DE TRABALHOS DO FÓRUM DE DEBATES E ENUNCIADOS SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, SESSÃO PLENÁRIA DE 26 DE FEVEREIRO DE 2016) ..... 239



# APRESENTAÇÃO

A Revista Amagis Jurídica chega ao 13º número atualizada e, cada vez mais, qualificada como um instrumento valioso de pesquisa e produção e transmissão do conhecimento. Esta edição conta com artigos variados, mas que guardam em comum a qualidade da investigação científica e a atualidade dos temas. Eles foram avaliados e selecionados pelo qualificado corpo de pareceristas da revista, aos quais registramos aqui nossos agradecimentos.

Entre os assuntos abordados neste número, estão o novo Código de Processo Civil (CPC), cujas análises são de suma importância, em especial pelas modificações trazidas pela nova legislação, a redução da maioria penal, as ações de responsabilidade civil contra o Estado, além da análise do Direito por meio do trabalho do filósofo Immanuel Kant, dentre outros.

Desejamos uma excelente leitura a todos.

*Desembargador Maurício Soares  
Presidente da Amagis*



# 1

## A RELATIVIDADE DA DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE POR MEIO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL (THE RELATIVITY OF CRIME REDUCTION THROUGH THE REDUCTION OF CRIMINAL MAJORITY)

**Camila Coutinho Maldonado Araújo<sup>1</sup>**

**André De Paula Viana<sup>2</sup>**

### RESUMO

Um dos assuntos mais polemizados no Brasil atualmente é a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos de idade em decorrência dos crimes que vêm acontecendo diariamente envolvendo jovens dessa faixa etária, com intuito da diminuição da criminalidade no país. Porém, o presente artigo busca discorrer a respeito desse tema de uma forma mais ampla e clara, a fim de demonstrar aos leitores que existem outras formas de combater a criminalidade. Há muito que se têm discussões a respeito de tal assunto no meio populacional e televisional, inclusive nas sessões do Plenário é alvo de polêmicas, sendo que muitas das vezes a opinião dos telespectadores é influenciada por certas notícias mostrando somente o lado negativo da situação em que esses jovens se encontram e das medidas socioeducativas aplicadas

<sup>1</sup> Discente do 9º Semestre Noturno do Curso de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco – Unicastelo, Campus de Fernandópolis/SP; camilacmaraujo@terra.com.br; (17) 99125-5196.

<sup>2</sup> Mestrado em Ciências Ambientais pela Universidade Camilo Castelo Branco, Brasil (2015) Advogado do Escritório de Advocacia, Brasil.

a esses menores infratores, que até completarem 18 anos de idade, são imputáveis, ou seja, não praticam crimes, mas, sim, infrações penais. No decorrer do presente trabalho, serão discutidos aspectos relevantes quanto à redução da maioridade penal, levando-se em conta fatores de alta complexidade para a análise e o entendimento do tema.

**Palavras-chave:** Criança. Adolescente. ECA. Menoridade Penal. Medidas Socioeducativas.

### ABSTRACT

One of the most debates revolving in Brazil is currently reducing the age of majority of 18 criminal to 16 years of age as a result of crimes involving young people that daily happening come from age group, with the intention of reducing crime in the country. However, this article seeks to discuss about this topic in a more wide and clear in order to demonstrate to readers that there are other ways to fight crime. Have long discussions about such a subject in the middle of population and televisional, including plenary sessions is the subject of controversy, being often the opinion of viewers is influenced by certain news showing only the negative side of the situation in which these young people meet and educational measures applied to those juvenile offenders, that until they reach 18 years of age, are chargeable, meaning it does not engage in crimes, but rather criminal infractions. In the course of this study, aspects will be discussed.

**Keywords:** Child. Adolescent. ECA. Minority. Educational Measures.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Legislação menorista. 3. Fator histórico social para a redução da maioridade penal. 4. Doutrina da proteção integral. 5. O menor de idade na concepção do estatuto da criança e do adolescente: princípios que o regem e o sistema de garantia de direitos previstos na constituição federal de 1988. 6. Responsabilidade estatutária e a atual concepção da aplicação das medidas socioeducativas. 7. Imputabilidade, ato infracional e responsabilidade penal. 8. O projeto de emenda constitucional 171/1993 correlacionado à criança e ao adolescente. 9. Índices de criminalidade dos menores infratores quanto a prática de crimes hediondos. 10. Conclusão. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Ultimamente, com o aumento da criminalidade envolvendo jovens menores de 18 anos de idade, um assunto no qual vem sendo discutido em todo território brasileiro, inclusive no Senado Federal, são os Projetos de Emenda Constitucional, quais propõem a redução da maioridade penal para os 16 anos de idade completos, e não mais 18 anos completos.

Esse Projeto de Emenda Constitucional prevê que a inimputabilidade deve-se encerrar ao adolescente completar 16 anos de idade completos. Porém, vários aspectos devem ser analisados nessa discussão, vez que a adolescência é um período em que o jovem passa por diversas mudanças, saindo de sua fase infantil transitoriamente para sua fase adulta.

O clamor da sociedade brasileira pede a redução dessa maioridade perante a tanto sensacionalismo incumbido ao adolescente infrator, no entanto, a responsabilidade desses atos infracionais deve ser analisada de uma maneira mais ampla.

No desenvolver do presente artigo veremos a evolução dos direitos conquistados pela criança e o adolescente ao longo da história das legislações brasileiras, até chegar a Legislação Especial em que a criança e o adolescente, de modo geral, estão sujeitos, sendo esta, o Estatuto da Criança e o Adolescente (ECA).

Será versado também sobre as mudanças em que implicariam esses projetos de Emenda Constitucional, analisando-as de acordo com a nossa realidade político-social, cultural e familiar.

Salientando-se que o objetivo do trabalho em questão é analisar minuciosamente cada aspecto da Redução da Maioridade Penal, esclarecendo ao leitor uma possível solução à redução da criminalidade no Brasil. Sendo, que para chegar a tais esclarecimentos e concluir, foram realizadas diversas pesquisas e análises da legislação e doutrinas a respeito do assunto.

## 2. LEGISLAÇÃO MENORISTA

Ao longo da história houve discussões e mudanças a respeito da proteção integral à criança. Em 1891, com o Decreto nº 1.313, foram

criadas as primeiras normas regulamentando o trabalho do menor, que na época, a palavra “menor” se referia a criança pobre, sendo assim absorvido do trabalho industrial.

Em 1927 fora criado no Brasil o primeiro Código de Menores da América Latina, tendo, só em 1979, houve uma reforma neste Código com o advento do Decreto-lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Tanto o Código de Menores de 1927 quanto o Código de Menores de 1979 se referem a apenas uma classe social de infância. Na linha do art. 2º do Código de 1979, considerava-se em situação irregular a criança ou o adolescente:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal. *Revogada pela Lei nº 8.069/1990;*<sup>3</sup>

Assim, ante tais códigos, podemos perceber que os destinatários dessas normas eram apenas aqueles que estivessem em “situação de perigo moral ou material” ou em “situação irregular”. Portanto, a

<sup>3</sup> BRASIL, *Código de Menores. Lei nº 6.697/1979*. In: Palácio do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979-L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979-L6697.htm)>. Acesso em: out. 2015.

aplicação da norma especial, o enquadramento da situação irregular se dava apenas pelo fato de a criança e de o adolescente serem pobre, ou além de pobres, terem praticado alguma infração penal.

Percebe-se então, que àquela época havia uma forte criminalização da infância somente pela falta de condições socioeconômicas da família em garantir uma vida digna a criança e ao adolescente. Somente por esse fato esses “menores” eram recolhidos e retirados do convívio familiar e levados a um estabelecimento estatal “adequado”, conforme estabelecia o artigo 45 da Lei nº 6.697/79:

Art. 45. A autoridade judiciária poderá decretar a perda ou suspensão do pátrio poder e a destituição da tutela dos pais ou tutor que:

I – derem causa a situação irregular do menor; *Revogada pela Lei nº 8.069/1990*<sup>4</sup>;

Sobre o tema, elucida SARAIVA (2005, P. 51):

Neste tempo, de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescente, ‘menores’, que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Estava consagrado um sistema de controle da pobreza, que Emílio Garcia Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Prendiam a vítima. Esta também era a ordem que imperava nos Juizados de Menores.<sup>5</sup>

Assim, o Estado para se esquivar da responsabilidade da desigualdade social e da miséria da maioria da população, redirecionava essa “responsabilidade” para a criança e a família investindo no poder de sancioná-las pelo simples fato de serem pobres.

<sup>4</sup> BRASIL, *Código de Menores. Lei nº 6.697/1979*. In: Palácio do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979-L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979-L6697.htm)>. Acesso em: out. 2015.

<sup>5</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51.

Outra característica dessa “situação irregular” é a de que os “menores” eram considerados como os inimputáveis, por sofrimentos psíquicos, insusceptíveis de qualquer responsabilidade, portanto, “necessitando” de uma proteção especial dada pelo Estado eram submetidos às medidas de segurança semelhantes às aquelas aplicadas aos inimputáveis por incapacidade mental, por tempo indeterminado.

Nesse sentido, a criança e o adolescente eram considerados sujeitos mentalmente incapazes. Somente no ano de 1959, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, é que a criança começa a ser considerada sujeito de direitos e obrigações próprios de sua condição peculiar de desenvolvimento, senão vejamos o que diz a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959):

Considerando que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento [...]

*Princípio 1*

A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família. [...]<sup>6</sup>

Mesmo com o movimento internacional, a proteção especial à infância somente se consagrou com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, consolidando-se então com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Esse Estatuto, por sua vez, nos traz LIBERATI (2012, p. 55), a criança como sujeito de direitos, “tornando-se protagonistas de seus próprios direitos”.

<sup>6</sup> BRASIL. *Declaração dos Direitos da Criança (1959)*. In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: nov. 2015.



### 3. FATOR HISTÓRICO SOCIAL PARA A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Tem-se discutido muito a respeito da redução da maioridade penal perante tantos acontecimentos polêmicos envolvendo menores de idade na prática de atos infracionais.

No Senado Federal há vários projetos de emendas constitucionais, alguns com redações absurdas e outros com seu texto um pouco mais coerente, porém, todos eles com o mesmo objetivo, ou seja, a redução da maioridade penal para 16 anos de idade.<sup>7</sup>

Muito se tem polemizado sobre a criminalidade entre os jovens brasileiros, tanto nas mídias quanto na sociedade, surgindo, então, um clamor social público a favor da redução da maioridade penal.

Esses defensores da redução, em seus argumentos, alegam que os menores infratores cometem atos ilícitos por ser, a legislação vigente, muito branda, não sendo capaz de corrigir a conduta do menor.

Outro argumento que os defensores da redução arguem é a impunibilidade do sistema jurídico brasileiro, por não existir sanções capazes de intimidar a prática de atos tipificados pela lei e, também, que os menores com idade de 16 e 17 anos são capazes de discernir e compreender o que são atos lícitos e ilícitos conforme a lei dispõe.

No caso da redução da maioridade penal, alguns setores, como a mídia, dão certa importância a tal assunto que acaba induzindo a opinião pública a respeito do tema polemizado, levando-os a crer que

---

<sup>7</sup> Uma das primeiras versões da Proposta de Emenda à Constituição foi a seguinte: “PEC 171/1993; Altera a redação do artigo 228 da Constituição Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 171, DE 1993; do Sr. Benedito Domingos; altera a redação do artigo 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos). (APENE-SE À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 14, DE 1989). As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional. ‘Art. 1º. O Art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido de parágrafo único e com a seguinte redação: Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.’” (BRASIL. *Projeto de Emenda Constitucional nº 171/1993. Justificações*. In: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2658.htm>>. Acesso em: out. 2015.

a solução imediata para pelo menos reduzir a criminalidade seria a redução da maioridade penal.

Cabe ainda ressaltar, que outro ponto de argumento para os defensores é a capacidade do adolescente de dezesseis anos exercerem seus direitos políticos, como o voto. Contudo, deve-se observar que o voto aos dezesseis anos de idade é facultativo enquanto a impunibilidade é compulsória, além do fato de alguns infratores sequer ter consciência e informação a esse respeito.

É claro que os adolescentes acima citados possuem a capacidade de discernimento entre o certo e o errado, porém, são prematuros se asseverar que a redução da maioridade penal será a solução para o problema da violência.

#### 4. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Há muito se tem discutido a respeito dos direitos da criança e do adolescente, que antes, nas doutrinas jurídicas do “Direito do Menor” presente no Código de Menores de 1927 e a “Menor em situação Irregular” do Código de Menores de 1979, eram, comumente, chamados menores. Essas doutrinas previam “direitos e deveres” desses menores.

Porém, com o processo de redemocratização no Brasil, essas doutrinas começaram a ser criticadas pelos movimentos iniciados, como o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, contra essas legislações menoristas, dando início a uma nova fase à proteção desses menores, surgindo, então, uma nova Constituição.

Com a Constituição Federal de 1988 surgiu uma nova doutrina, “A doutrina de Proteção Integral”, qual “Trata-se, em verdade, não de uma simples substituição terminológica ou de princípios, mas, sim, de uma mudança de paradigma.” (MACIEL, 2010, p.13). Ou seja, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento das crianças e adolescentes passou a ser respeitada, tornando-os, a partir daquele momento, detentores de direitos fundamentais. Sendo essa Doutrina da Proteção Integral explicitamente prevista no artigo 227 da Constituição Federal (2012, p.72):

**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)<sup>8</sup>

<sup>8</sup> “É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, *caput*) qualificase como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindose à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*. (...) o STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitirse do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158161, Rel. Min. Celso de Mello). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/12121213, Rel. Min. Celso de Mello), o STF 1971 Art. 227, *caput* (...). Tratandose de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na CR (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o STF (...). Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitirse do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, *caput*, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade políticoadministrativa do Poder Público, cujas opções, tratandose de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (...) O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestemse de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente. (...) Impende destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a

Assim, de acordo com o artigo supra, é dever do Estado, da Família e da Sociedade assegurar esses direitos inerentes à criança e ao adolescente, concluindo que tal doutrina de proteção integral assevera sobre esses direitos fundamentais.

Por fim, com o intuito de assegurar que essa proteção seja cumprida fora criada uma lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de julho de 1990), qual trata de regras e princípios inerentes à criança e ao adolescente, conforme denota MACIEL (2010, p.11):

Regulamentando e buscando dar efetividade à norma constitucional foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, microsistema aberto de regras e princípios, fundado em dois pilares básicos: 1 – criança e adolescente são sujeitos de direito; 2 – afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.<sup>9</sup>

Visando então dar efetividade aos direitos fundamentais previstos no artigo 227, da Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu um conjunto de medidas governamentais de proteção, regulamentando mecanismos políticos, jurídicos e sociais.

## **5. O MENOR DE IDADE NA CONCEPÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: PRINCÍPIOS QUE O RÉGEM E O SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Com a promulgação da nova Lei, a criança e o adolescente, que antes eram chamados de “menores”, passaram a ter tratamento diferenciado no Brasil, ou seja, se tornaram sujeitos de direitos em

---

decisão proferida pela eminente Min. Cármen Lúcia (AI 583.136/SC), em tudo aplicável, por identidade de situação, ao caso em análise.” (RE 482.611, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 2332010, DJE de 742010.) (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). A Constituição e o Supremo [Recurso Eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011, p. 1970/1971).

<sup>9</sup> MACIEL, Katia. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 11.

razão de sua condição bio-psico-social, o que exige uma atenção especial da família, da sociedade e do Estado.

Segundo o Estatuto, são garantidos, a toda população infanto-juvenil, os direitos inerentes à pessoa humana, conforme prevê o artigo 3º da referida Lei nº 8.069/1990, citado por DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO (2013, p. 5):

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 dignidade.<sup>10</sup>

Sendo assim, a toda e qualquer criança e adolescente, estão assegurados todos os direitos e deveres individuais e coletivos, também, regulamentados pela nossa Carta Magna, em seu artigo 5º,

<sup>10</sup> Vide art. 5º, *caput* e inciso I, da CF e art. 100, parágrafo único, incisos I e XII, do ECA. Apesar de dizer aparentemente o óbvio, o presente dispositivo traz uma importante inovação em relação à sistemática anterior ao ECA, na medida em que reconhece a criança e o adolescente como *sujeitos de direitos*, e não meros “*objetos*” da intervenção estatal. Tal disposição é também reflexo do contido no art. 5º, da CF/88, que ao conferir a *todos a igualdade* em direitos e deveres individuais e coletivos, logicamente também os estendeu a crianças e adolescentes. O verdadeiro *princípio* que o presente dispositivo encerra tem reflexos não apenas no âmbito do direito material, mas também se aplica na esfera processual, não sendo admissível, por exemplo, que adolescentes acusados da prática de atos infracionais deixem de ter *fielmente respeitadas todas as garantias processuais asseguradas aos acusados em geral*, seja qual for sua idade (vide comentários aos arts. 106 a 111, do ECA). A condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos torna ainda *obrigatória sua oitiva* sempre que em jogo estiver a necessidade de salvaguarda de seus direitos, seja por parte dos pais ou responsável, seja por parte do Estado (*lato sensu*), em especial quando da aplicação das medidas de proteção relacionadas no art. 101, do ECA (desde que, logicamente, a criança ou o adolescente tenha condição de exprimir sua vontade), tal qual expresso pelo art. 12, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989 e art. 100, parágrafo único, inciso XII, do ECA. (DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. 6. ed. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Curitiba, 2013, p. 5).

qual confere a “todos” igualdade social, considerando-os como criança cidadã e adolescente cidadão, deixando de ser vulneráveis e vistos como meros objetos à disposição estatal.

Em uma análise feita por OLIVEIRA, CRUZ e DIGIÁCOMO (2007, p. 14), o Estatuto da Criança e do Adolescente “Considera, também, meninos e meninas *como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento [...] como absoluta prioridade*”. Entende-se então, que essas crianças e adolescentes sujeitos de direitos, assim como os adultos, observando-se a idade, capacidade de autonomia e discernimento e desenvolvimento físico ou mental, sendo eles, o futuro da sociedade como um todo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente possui, em seus artigos, explícita e implicitamente, princípios que norteiam os direitos e deveres desse determinado público.

Existem princípios específicos que regem o Estatuto, porém, o Princípio da Dignidade Humana previsto na Constituição Federal em seu 1º artigo, inciso III, perpassa por todo ordenamento jurídico, sem distinção alguma, portanto, estende-se, também, à criança e ao adolescente.

Segundo Sarlet (2007, p.62):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>11</sup>

Dessa feita, entende-se por Princípio da Dignidade Humana uma diversidade de valores existentes em uma sociedade.

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

O Princípio da Prioridade Absoluta, o primeiro dos princípios específicos do Estatuto da Criança e Adolescente, está, também, previsto na Constituição. Vejamos então o que diz o artigo 227 (2012, p.72):

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)<sup>12</sup> (Grifos nossos).

Portanto, referido artigo prevê que é dever da família, do estado e da sociedade assegurar, *com absoluta prioridade*, os direitos inerentes à criança e ao adolescente.

Neste mesmo sentido, dispõe o artigo 4º da Lei nº 8.069/90:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, *com absoluta prioridade*, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (Grifos nossos).

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende;

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> BRASIL, *Constituição Federal (1988)*. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes e NICOLETTI, Juliana. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

<sup>13</sup> O dispositivo, que praticamente reproduz a primeira parte do enunciado do art. 227, *caput*, da CF, procura deixar claro que a defesa/promoção dos direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente, não é tarefa de apenas um

O termo absoluta prioridade significa dizer que a criança e o adolescente devem estar acima e antes de qualquer coisa. Digiácomo e Digiácomo (2013, p. 7) nos ensinam a respeito do princípio da absoluta prioridade que:

Todos os serviços públicos ou de relevância pública devem se adequar ao atendimento *prioritário* (e em regime de prioridade *absoluta*) a crianças e adolescentes [...] Esse ‘tratamento especial’ (e preferencial) visa evitar que os interesses de crianças e adolescentes caiam na ‘vala comum’ dos demais atendimentos ou – o que é pior – sejam relegados ao segundo plano, como usualmente ocorre.<sup>14</sup>

No entanto, insta salientar, que não basta apenas que haja prioridade de direitos, mas, sim, a efetivação de tais, sendo dever do Poder Público, através da adequação de programas e serviços especializados, como o CREAS/CRAS, CAPS, dentre outros. Programas esses que

---

órgão ou entidade, mas deve ocorrer a partir de uma *ação conjunta e articulada* entre família, sociedade/comunidade e Poder Público (em todas as esferas de governo – cf. arts. 86 e 100, parágrafo único, inciso III, do ECA). Importante mencionar que, não por acaso, a *família* foi relacionada como a *primeira* das instituições convocadas a atuar na defesa dos direitos de crianças e adolescentes, haja vista que todo o trabalho desenvolvido em benefício destes deve ocorrer preferencialmente no âmbito familiar (*vide* também os princípios relacionados no art. 100, parágrafo único, incisos IX e X, do ECA). Outra também não foi a razão de o *direito à convivência familiar* ter sido expressamente relacionado como um dos direitos fundamentais a serem assegurados com absoluta prioridade à criança e ao adolescente (arts. 4º, *caput* c/c 19 e ss., do ECA e art. 227, da CF), tendo o legislador estatutário, como resposta ao enunciado do art. 226, *caput*, da CF, estabelecido inúmeros mecanismos de proteção à família (*vide* arts. 19, § 3º, 23, parágrafo único, 101, inciso IV, e 129, incisos I a IV, todos do ECA), que também se encontram presentes em outros Diplomas (neste sentido, *vide* arts. 2º, inciso I, alíneas “a” e “b” c/c 23, § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 8.742/1993 – LOAS). Sobre o *dever* de *toda e qualquer pessoa* zelar pelo bem-estar e pelo respeito aos direitos de crianças e adolescentes, *vide* ainda o disposto nos arts. 18 e 70, do ECA. (DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorin. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. 3. ed. 2013, p. 6).

<sup>14</sup> DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorin. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. 6. ed., 2013. p. 7.



“devem disponibilizar um atendimento diferenciado e prioritário para crianças, adolescentes e suas respectivas famílias [...]”, segundo vislumbram DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO (2013, p. 7).

O segundo princípio é o do Melhor Interesse, qual teve sua origem no instituto do direito anglo-saxônico do *parens patrie*, sendo adotado na doutrina da proteção integral através da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, porém com algumas mudanças no paradigma dessa orientação, conforme elucidado por Vilas-Bôas (2011):

[...] esse princípio tornou-se tanto orientador para o legislador como para o aplicador da norma jurídica, já que determina a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica ou mesmo como forma de elaboração de futuras demandas.<sup>15</sup>

O Princípio da Cooperação, sendo esse o terceiro, está, também, implícito no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º da Lei nº 8.069/90, quais estabelecem como dever da família, do Estado e da sociedade, a proteção contra a violação e ameaça aos direitos da criança e do adolescente.

Por último está o Princípio da Municipalização, onde são descentralizadas as ações governamentais da área da assistência social para a esfera municipal, dentre outras, previsto no artigo 204, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (2012, p. 67), conforme declinado infra:

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização políticoadministrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;<sup>16</sup>

<sup>15</sup> DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorin. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 6. ed., 2013, p. 7.

<sup>16</sup> BRASIL, *Constituição Federal (1988)*. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes; NICOLETTI, Juliana. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

Nesse mesmo raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente também estabelece em seu artigo 88 que são “diretrizes da política de atendimento, a municipalização do atendimento [...]”.

Desta feita, tal princípio norteia sobre atender e resolver as necessidades/problemas das crianças e dos adolescentes de maneira mais específica, de acordo com cada região, em razão da municipalização do atendimento ao público infanto-juvenil.

O sistema de garantia dos direitos inerentes à criança e ao adolescente previsto na Constituição Federal de 1988 nos traz algumas diretrizes.

O artigo 227 da nossa Carta Magna prevê uma exceção à regra geral prevista no artigo 5º, inciso LV, com relação à igualdade perante a lei, no contraditório do processo judicial ou administrativo.

Para BARREIRA E BRAZIL (1991, p. 47):

O menor nunca é acusado. Muito diversamente, a notícia da prática da infração penal constitui a primeira oportunidade da situação do menor ser analisada em nível da Justiça da Infância e Juventude e, se for o caso, ser cuidada com eventual tratamento reeducativo.<sup>17</sup>

Portanto, tal exceção isenta o menor infrator do dispositivo do contraditório, porém, não significa que esse menor perdeu algum direito, ao contrário ele está recebendo tratamento privilegiado, vez que a defesa de seus interesses será garantida por uma legislação tutelar, com as peculiaridades a ela inerentes.

Segundo o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal (2012, p.17):

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral agrário, marítimo aeronáutico, espacial e do trabalho.<sup>18</sup>

Assim, o direito do menor, sendo ramo do direito civil, conforme elucidam BARREIRA e BRAZIL (1991, p. 49), “continuará objeto de

<sup>17</sup> BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. *O Direito do Menor na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1991, p. 47.

<sup>18</sup> BRASIL, *Constituição Federal (1988)*. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes e NICOLETTI, Juliana. – 13 ed. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 17.

lei federal, como, aliás, o direito da família, com o qual está intimamente ligado, não só pelos institutos afins, mas pelos princípios que orientam ambos”.

Da mesma forma é a proteção à infância e à juventude, prevista no artigo 24, inciso XV, qual competirá à União e ao Estado concorrentemente assegurar-lhes essa proteção, traçando normas gerais<sup>19</sup> e normas especiais respectivamente, normas essas previstas para uma garantia aos direitos inerentes à criança e ao adolescente.

Por fim, o artigo 227, da Constituição Federal de 1988, supracitado, possui um sistema especial, qual garante à criança e ao adolescente, a proteção a eles garantida também pelo ECA.<sup>20</sup>

## 6. RESPONSABILIDADE ESTATUTÁRIA E A ATUAL CONCEPÇÃO DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A Responsabilidade Estatutária, o próprio nome já diz, trata-se da responsabilidade imposta ao Estatuto da Criança e do Adolescente com relação aos atos infracionais praticados por esse determinado grupo de pessoas, conforme entendimento de Magalhães (2015),

Visto que são inimputáveis, conforme previsto na Constituição Federal e no ECA, e que, a responsabilidade do ato infracional,

<sup>19</sup> [...] regras que nortearão todas as atividades governamentais no tocante a ação política com relação ao menor, no que se refere aos programas a serem desenvolvidos para a prevenção da delinquência juvenil; aos programas de assistência ao menor carente, abandonado ou vítima; às prioridades nas destinações de recursos; ao cuidado com o menor dependente de entorpecentes ou drogas afins; à própria assistência à família; à profissionalização e educação do menor etc. (BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. *O Direito do Menor na nova Constituição*. 2ª ed. – São Paulo: Atlas S.A., 1991. p. 51).

<sup>20</sup> “os direitos fundamentais de que trata o artigo 227 são direitos fundamentais de uma pessoa humana de condições especiais, qual seja pessoa humana em fase de desenvolvimento”. (MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619&revista\\_caderno=12](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619&revista_caderno=12) acesso em out 2015).

não pode vir por meio do Código Penal, como ocorre para os adultos, mas somente por meio do que está previsto no ECA.<sup>21</sup>

Desse modo, podemos dizer que a lei garante uma proteção especial aos direitos relativos à criança e ao adolescente, razão pela qual surgiu a Doutrina da Proteção Integral, sendo conquista por meio de exigências da sociedade e de uma situação de abandono dos menores, como vimos anteriormente.

Em seus artigos, o Estatuto da Criança e do adolescente, traz essa proteção integral dos direitos a eles inerentes independentemente da classe social de cada um.<sup>22</sup>

O Estatuto é dividido em três partes, sendo a parte geral, que em seus primeiros capítulos trazem “regras e princípios que devem ser observados quando da análise de todas as disposições estatutárias que por força do disposto nos arts. 1º e 6º, deste Título I, devem ser invariavelmente interpretadas e aplicadas em benefício das crianças e adolescentes”,<sup>23</sup> visando, segundo DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO (2013, p. 3), a garantia dos direitos fundamentais<sup>24</sup> da criança e do adolescente.

<sup>21</sup> MAGALHÃES, Ana Carolina Cunha. *Redução da maioridade Penal: uma análise jurídica e social*. In: Jus Navigandi, 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41103/reducao-da-maioridade-penal-uma-analise-juridica-e-social>>. Acesso em: set. 2015.

<sup>22</sup> “Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990, é reconhecido internacionalmente como um dos mais avançados Diplomas Legais dedicados à garantia dos direitos da população infanto-juvenil.” (DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorin. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. 6. ed., 2013. p. 1).

<sup>23</sup> DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorin. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. 6. ed., 2013. p. 3.

<sup>24</sup> “**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.” (BRASIL,

Nesse sentido, o Estatuto prevê que todo e qualquer direito fundamental inerente à pessoa humana se estende à criança e ao adolescente, sem distinção, conforme o artigo 227 da Constituição Federal também estabelece, sendo dever “da família, da comunidade, as sociedade em geral e do Estado”, a proteção desses direitos e, através de políticas públicas, assegurar a efetivação desses, conforme artigo 4º da Lei nº 8.069/90.<sup>25</sup>

A segunda, a parte especial, qual traz uma Política de Atendimento, com relação à proteção dos direitos fundamentais, qual, segundo DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO (2013, p.102):

[...] para obtenção da almejada *proteção integral* aos direitos e interesses infanto-juvenis, faz-se necessária uma ação conjunta – e coordenada – tanto do Poder Público quanto da sociedade civil organizada e entidades que a representem. [...] órgãos e entidades governamentais e não governamentais, devem se articular, estabelecendo ‘protocolos’ de atendimento interinstitucional, definindo fluxos e ‘referenciais’, que permitam a rápida identificação dos setores e profissionais que deverão ser acionados sempre que surgir determinada situação de ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes, que deverão agir de forma *integrada*, na perspectiva de que o problema seja *solucionado* da forma *mais rápida e eficaz* possível.<sup>26</sup>

---

Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes e NICOLETTI, Juliana. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 985).

<sup>25</sup> “**Art. 4º** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. **Parágrafo único.** A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.” (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes; NICOLETTI, Juliana. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 985).

<sup>26</sup> DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. Curitiba. Ministério Público

Seguindo essa linha de pensamento, toda vez que houver situação de ameaça ou violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, serão aplicadas, dentre outras, medidas de proteção<sup>27</sup> impostas pelo legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para a aplicação dessas medidas protetivas, fora criado juntamente com o Estatuto, o órgão do Conselho Tutelar, qual é autônomo, permanente e não jurisdicional, sendo seu funcionamento de responsabilidade, dos municípios e, possui um sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente,<sup>28</sup>

Portanto, o Conselho Tutelar, segundo OLIVEIRA, CRUZ e DIGIÁCOMO (2007, p. 53) “é um órgão inovador no contexto da sociedade brasileira, criado com a missão de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”.<sup>29</sup>

---

do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. 6. ed., 2013, p. 102.

<sup>27</sup> “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar; IX – colocação em família substituta.” (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes; NICOLETTI, Juliana. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 997).

<sup>28</sup> “Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.” (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes; NICOLETTI, Juliana. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1001).

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Márcio Rogério de; CRUZ, Maria das Graças Fonseca; DIGIÁCOMO, Murilo José. *Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar: orientações para criação e funcionamento*. 1. ed.

Por último, estão as Disposições Finais e Transitórias do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desta feita, criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente para se garantir a proteção especial desses indivíduos em desenvolvimento, utilizando-se, segundo linha de pensamento de MAGALHÃES (2015), “o critério Biopsicológico [...] (junção dos critérios biológico e psicológico), ou seja, ausência de [...] entendimento e discernimento das regras impostas para a sociedade. [...] ausência, no momento da prática do crime, de compreensão do caráter ilícito do fato”, respectivamente.

No entanto, ao jovem que pratica o ato infracional se aplica as medidas socioeducativas previstas no artigo 112, levando-se em conta as diretrizes. Estabelecidas nos parágrafos do referido artigo e as medidas protetivas no artigo 101, I a VI, impostas pelo inciso VII, do artigo 112 da Lei nº 8.069/1990:

**Art. 112<sup>30</sup>** Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – advertência;
- II – obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviços à comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semiliberdade;
- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

**§ 1º** A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

---

Secretaria Especial dos Direitos Humanos. – Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, 2007, p. 53.

<sup>30</sup> BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes; NICOLETTI, Juliana. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 999.

**§ 2º** Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

**§ 3º** Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

**Art. 101**<sup>31</sup> Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico [445], em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

O Estatuto prevê a aplicação dessas medidas com caráter sancionatório, porém, acima de tudo, socioeducativo, conforme esclarece LIBERATI (2006, p.102):

A medida socioeducativa é a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógica-educativa. Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada independente da vontade do infrator – com exceção daquelas aplicadas em sede de remissão, que tem finalidade transacional. Além de impositiva, as medidas socioeducativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão,

<sup>31</sup> BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes; NICOLETTI, Juliana. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 997.



o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado.<sup>32</sup>

O Estado, portanto, criou o Estatuto para proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, porém, também, impôs medidas socioeducativas para aquele menor de 18 anos que comete ato infracional, no intuito de responder a esse ato praticado e de impor uma sanção, ou seja, não depende da vontade do indivíduo infrator, objetivando uma finalidade pedagógica educativa, para que não haja reincidência.

## 7. IMPUTABILIDADE, ATO INFRACIONAL E RESPONSABILIDADE PENAL

CAPEZ (2010, p. 331), conceitua, de forma clara, a imputabilidade como sendo:

[...] a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade.<sup>33</sup>

Assim, o indivíduo imputável possui capacidade plena de entender o que é certo e o que é errado, ele tem o total discernimento para praticar o ato ilícito com consciência de que esse ato é ilegal perante as normas tipificadas no Código Penal brasileiro, além, do dolo, ou seja, a vontade da prática do ilícito penal.

Por via de regra, todo indivíduo é considerado imputável, porém, como toda regra há uma exceção,<sup>34</sup> nesse caso não seria diferente.

<sup>32</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 102.

<sup>33</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, parte geral (arts. 1º a 120)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 331.

<sup>34</sup> “**Regra:** todo agente é imputável, a não ser que ocorra causa excludente da imputabilidade (chamada de causa dirimente). A capacidade penal é, portanto, obtida por exclusão, ou seja, sempre que não se verificar a existência de alguma

Analisando-se as circunstâncias do nosso contexto, a criança e o adolescente são, portanto, inimputáveis, uma vez que seu desenvolvimento mental e emocional ainda não se concluiu, sendo essa inimputabilidade prevista no artigo 27,<sup>35</sup> do Código Penal.

Por sua vez, “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”,<sup>36</sup> segundo a própria definição legal estabelecida no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, toda conduta que a Lei (Penal) tipifica como crime ou contravenção, se praticada por criança ou adolescente é juridicamente denominada “ato infracional”.

A criança ou o adolescente que praticar algum ato infracional será responsabilizado por aquele ato praticado, ou seja, JUNIOR (1991, p. 24) elucida que “os menores de 18 anos que praticarem tais atos ficarão sujeitos à pena prevista no Estatuto, sendo considerada a idade da criança ou adolescente na data do fato para configuração de sua inimputabilidade [...]”<sup>37</sup> sendo-lhes assegurado pela nº Lei 8.069/90 o devido processo legal mediante a prática dessas infrações.

---

causa que a afaste. Dessa constatação ressalta a importância das causas dirimentes. *Causas que excluem a imputabilidade*: são quatro: 1ª) doença mental; 2ª) desenvolvimento mental incompleto; 3ª) desenvolvimento mental retardado; 4ª) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, parte geral (arts. 1ª a 120)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 334).

<sup>35</sup> “Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”; (BRASIL, Código Penal. In: *Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes; NICOLETTI, Juliana*. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 511).

<sup>36</sup> BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. In: *Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes; NICOLETTI, Juliana*. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 998.

<sup>37</sup> JUNIOR, Luiz Carlos de Azevedo Corrêa. *Direito do Menor*. São Paulo: Atlas S.A., 1991, p. 24.

## **8. O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 171/1993 CORRELACIONADO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE**

O Projeto de Emenda à Constituição nº 171, de 1993, teve várias redações modificadas, porém até o momento nenhuma delas obteve o êxito desejado, sendo que essas propostas consistem no interesse de alterar o artigo 228 da Constituição Federal, transferindo a inimputabilidade penal da criança e do adolescente para os menores de 16 anos em alguns casos conforme tal projeto:

Art. 1º O art. 228 da Constituição federal passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art.228. São penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos nos casos de: São penalmente imputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.

I – crimes previstos no art. 5º, inciso XLIII;

II – homicídio doloso;

III – lesão corporal grave;

IV – lesão corporal seguida de morte;

V – roubo com causa de aumento de pena.

Parágrafo único. Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos cumprirão a pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores imputáveis.’(NR)<sup>38</sup>

Assim, segundo o projeto, essa redução implicaria somente em alguns casos, sendo, na teoria, colocados esses “menores infratores” em estabelecimentos separados dos adultos, o que não aconteceria, vez que visando a atual situação econômica do país em que vivemos

<sup>38</sup> Este foi o último projeto apresentado na Câmara dos Deputados segundo MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; Projeto de Emenda à Constituição nº 171 de 1993. Nota Técnica 01/2015. In: Agencia Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/10fc0a004800d546afd3afb-dc15bfe28/Nota+T%C3%A9cnica+n\\_1\\_2015\\_SNCM.pdf?MOD=AJPERES](http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/10fc0a004800d546afd3afb-dc15bfe28/Nota+T%C3%A9cnica+n_1_2015_SNCM.pdf?MOD=AJPERES)>.

o Estado não teria condições de criar estabelecimentos competentes para tais previsões.

O Autor do projeto da emenda, o Deputado Benedito Domingos (PP/DF), usa como argumentos de sua justificação que vivemos em uma constante transformação e desenvolvimento e que, se analisarmos, o código penal brasileiro está desatualizado, visto que nos dias atuais há uma “liberdade de imprensa, liberação sexual, emancipação e independência dos filhos cada vez mais prematura e, ainda, o maior veículo de informação que é a televisão, já está no alcance de quase totalidade dos brasileiros”.

As justificações do deputado, para alguns, podem ser suficientes, no entanto, levando-se em conta a evolução descrita por ele, não há como se falar em benefícios aos nossos jovens, que são o futuro do país, muito pelo contrário, cada item descrito por ele, só demonstra a decadência de uma sociedade, sendo que a televisão deveria ser utilizada de maneira a se transmitir coisas boas e que orientam as pessoas de maneira positiva, essa está se tornando o maior meio de transmissão da criminalidade aos jovens.

Considerando-se que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento mental e emocional, os meios utilizados como argumentos podem e deverão influenciar nesse desenvolvimento de maneira negativa, levando esses jovens, gradativamente, a praticarem atos infracionais cada vez mais grave e, assim, com essa evolução constante, sempre diminuir através de emendas a inimputabilidade da criança e do adolescente.

## **9. ÍNDICES DE CRIMINALIDADE DOS MENORES INFRATORES QUANTO À PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS**

Não há, no Brasil, estatísticas precisas quanto à prática de crimes hediondos praticados por menores de 18 anos. Porém, há algumas reportagens, do Jornal o Globo, feita por Amorim (2015) que relata que “segundo a Secretaria Nacional de Direitos Humanos (SDH), 9% dos adolescentes internados em 2012 praticaram homicídio. Roubo foi o ato infracional mais cometido (38%), seguido do tráfico

(27%)”.<sup>39</sup> E, também, o Profissão Repórter (2015) também transmitiu e publicou uma reportagem a respeito do assunto, onde diz que “em 10 anos, o número de reincidentes saídos da Fundação Casa passou de 29% para 15%.”<sup>40</sup>

No entanto, essas estatísticas não são oficiais, visto que não houve nenhuma nota a respeito publicada por órgãos interessados. Porém, as notícias não deixam de ser verdadeiras, uma vez que citados Jornais são de plena seriedade e de destaque entre os outros, quais realizaram levantamentos em instituições, etc.

O índice de criminalidade praticado por menores de 18 anos é alvo de discussões para a redução da maioria penal. Ocorre que se basearmos nesses dados para essa redução, seria uma decisão equivocada, por os jovens que estão envolvidos nessa criminalidade serem influenciados por fatores sociais e emocionais, senão vejamos citação feita pelo programa Profissão Repórter (2015), onde relata que a maioria desses jovens “vêm de famílias desestruturadas, não tem pai, não tem mãe ou não tem nenhum dos dois” ou, também, “vem da classe pobre ou média bem baixa”.<sup>41</sup>

## 10. CONCLUSÃO

Ante a narração de todo o exposto, conclui-se que os direitos da criança e do adolescente é assunto de discussões há muitas décadas. Antigamente essas crianças eram vistas apenas como menores perante a sociedade brasileira, porém, com passar dos anos, essa visão foi sendo modificada.

<sup>39</sup> AMORIN, Silvia. *Unicef estima em 1% os homicídios cometidos por menores no Brasil*. In: O Globo, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/unicef-estima-em-1-os-homicidios-cometidos-por-menores-no-brasil-15761228>>. Acesso em: nov. 2015.

<sup>40</sup> BARCELLOS, Caco. *Ministério da Justiça diz que somente 1% dos crimes é cometido por menor*. In: *G1 Profissão Repórter*, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/04/ministerio-da-justica-diz-que-somente-1-dos-crimes-e-cometido-por-menor.html>>. Acesso em: nov. 2015.

<sup>41</sup> BARCELLOS, Caco. *Ministério da Justiça diz que somente 1% dos crimes é cometido por menor*. In: *G1 Profissão Repórter*, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/04/ministerio-da-justica-diz-que-somente-1-dos-crimes-e-cometido-por-menor.html>>. Acesso em: nov. 2015.

Antes o que era retratado como meros objetos de pouco, ou até mesmo, sem valor algum, hoje são detentores de direitos inerentes à pessoa humana, ou seja, a criança e o adolescente possuem os mesmos direitos previstos pela Constituição Federal a um adulto.

No entanto, não foi fácil tornar realidade o que hoje está pacificado e tipificado tanto na Constituição quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Várias foram as reivindicações e manifestações realizadas pela sociedade, porém, somente com o advento da Declaração Universal dos Direitos das Crianças e outras Convenções é que se deu origem ao início dessa grande mudança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente além de descrever todos os direitos inerentes ao público infanto-juvenil, também prevê a proteção integral desses direitos. Todavia, apesar desses menores de 18 anos serem inimputáveis, o Estatuto não deixou de disciplinar medidas “socioeducativas” para aquele jovem que comete algum ato infracional, porém, devido a pouca importância que o Estado dá a essas medidas, a sociedade cria uma visão distorcida do que realmente prevê o estatuto, surgindo, assim, uma petição por mudanças na legislação para alterar a imputabilidade de 18 anos completos para 16 anos completos.

Ocorre que o aumento da criminalidade não está relacionado à inimputabilidade dos jovens, mas, sim, na ineficácia das medidas estabelecidas pelo Estatuto, medidas essas que o governo deveria aplicá-las conforme previsão, corrigindo e reintegrando gradativamente esses adolescentes na sociedade. Nesse sentido, inviável seria a redução da maioridade penal, senão vejamos:

Com a redução da maioridade penal para 16 anos completos, onde ficariam esses jovens infratores que estão em pleno desenvolvimento tanto emocional quanto mental? A redação dada pelo Projeto de Emenda Constitucional nº 171/1993 prevê que seriam implantados novos prédios destinados a esses adolescentes infratores, porém, nosso governo ainda não conseguiu sequer a efetivação do que já está previsto no Estatuto, tão menos seria capaz de efetivar tais estruturas. Esses jovens seriam recolhidos nas penitenciárias já existentes, visto que não há suporte no país para a criação de estabelecimentos específicos para esse determinado público infrator, acarretando,

assim, uma superpopulação nos presídios, o que desrespeitaria a Lei de Execução Penal (LEP).

Por outro lado o desenvolvimento mental e emocional pelo qual esses jovens estariam passando nessa idade e a convivência social e familiar são fatores que influenciam na conduta da criança e do adolescente, carecendo, então, de uma melhor atenção no ambiente familiar em que o jovem está inserido, devendo ser orientado quanto aos valores sociais, pessoais e religiosos,<sup>42</sup> vez que em muitos dos casos de jovens infratores as famílias são desestruturadas, ou este menor não tem pai ou mãe, ou passou por algum tipo de trauma qual marcou sua vida causando prejuízos emocionais e psicológicos.

Esses adolescentes infratores necessitam de uma segunda chance, de um direcionamento eficaz para a formação de sua conduta pessoal. Analisando a questão de uma maneira mais ampla, o estudo, a pesquisa conclui que, na realidade, o que o Brasil necessita no momento é de um governo, que ao invés de se dedicar tanto a corrupções, se preocupe cada vez mais com as crianças e adolescentes, quais são o futuro das famílias e da nação, que no caso de práticas de atos infracionais sejam aplicadas, de maneira eficaz, as punições (medidas “socioeducativas”) aplicáveis já previstas em legislação especial, posto que um adolescente de 16 anos ainda está em pleno desenvolvimento (mental e emocional), o requer um direcionamento na formação de sua conduta pessoal.

Assim, para que haja uma remediação, não de imediato, mas paulatinamente, para a diminuição da criminalidade, necessário que o governo, a sociedade e, principalmente, a família, conforme dispõe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, tratem com prioridade a educação e a formação pessoal de cada jovem brasileiro, conseqüentemente a formação de adultos íntegros responsáveis pela nossa Nação.

---

<sup>42</sup> “Instrui a criança no caminho em que deve andar, e mesmo quando envelhecer não se desviará dele.” Provérbios 22:6 (BÍBLIA SAGRADA Almeida Século 21: Antigo e Novo Testamentos / [coordenação das revisões exegéticas e de estilo da versão – Luiz Alberto Teixeira Sayão]. 3. ed. São Paulo: Vida Nova, 2013. p. 573).

## BIBLIOGRAFIA

AMORIN, Silvia. *Unicef estima em 1% os homicídios cometidos por menores no Brasil*. In: O Globo, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/unicef-estima-em-1-os-homicidios-cometidos-por-menores-no-brasil-15761228>>. Acesso em: nov. 2015.

BARCELLOS, Caco. *Ministério da Justiça diz que somente 1% dos crimes é cometido por menor*. In: *G1 Profissão Repórter*, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/04/ministerio-da-justica-diz-que-somente-1-dos-crimes-e-cometido-por-menor.html>>. Acesso em: nov. 2015.

BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. *O Direito do Menor na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1991.

BRASIL, *Código de Menores. Lei nº 6.697/1979*. In: Palácio do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979-L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979-L6697.htm)>. Acesso em: out. 2015.

BRASIL, *Constituição Federal (1988)*. In: Vade Mecum/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Livia Cespedes; NICOLETTI, Juliana. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Declaração dos Direitos da Criança (1959)*. In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: nov. 2015.

BRASIL. *Projeto de Emenda Constitucional nº 171, de 1993*. In: Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9BE13600502CBF0BC-6F245477668E8AE.proposicoesWeb2?codteor=1309494&filename=Tramitacao-PEC+171/1993](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9BE13600502CBF0BC-6F245477668E8AE.proposicoesWeb2?codteor=1309494&filename=Tramitacao-PEC+171/1993)>. Acesso em: out. 2015.

BRASIL. *Projeto de Emenda Constitucional nº 171/1993. Justificações*. In: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2658.htm>>. Acesso em: out. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, parte geral (arts. 1º a 120)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorin. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. Curitiba. Ministério



Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. 6. ed., 2013.

JUNIOR, Luiz Carlos de Azevedo Corrêa. *Direito do Menor*. São Paulo: Atlas S.A., 1991.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MACIEL, Katia. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

MAGALHÃES, Ana Carolina Cunha. *Redução da maioridade Penal: uma análise jurídica e social*. In: Jus Navigandi, 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41103/reducao-da-maioridade-penal-uma-analise-juridica-e-social>>. Acesso em: set. 2015.

MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619&revista\\_caderno=12](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619&revista_caderno=12)>. Acesso em: out. 2015.

OLIVEIRA, Juliana Nair de; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. *Histórico da Maioridade Penal no Brasil*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8RBFiEzE-vfUJ:intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1745/1657+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: set. 2015.

OLIVEIRA, Márcio Rogério de; CRUZ, Maria das Graças Fonseca; DIGIÁCOMO, Murilo José. *Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar: orientações para criação e funcionamento*. 1. ed. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. – Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, 2007.

QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. *Da Doutrina “Menorista” à Proteção Integral: mudança de paradigma e desafios na sua implementação*. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 01 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42716&seo=1>>. Acesso em: nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em: nov. 2015.

*Recebido em 6/5/2016*

*Aprovado em 20/6/2016*

# 2

## O DEVER DE ATUAÇÃO PROCESSUAL DISCURSIVA NO NOVO CPC: A SUBSTITUIÇÃO DA LEALDADE PELA BOA-FÉ E OUTRAS INOVAÇÕES POSITIVADAS (THE DUTY OF PROCEDURAL DISCURSIVE ACTUATION IN THE NEW CPC: REPLACEMENT OF LOYALTY FOR GOOD FAITH AND OTHER POSITIVELY VALUED INNOVATIONS)

**Fabício Simão da Cunha Araújo<sup>1</sup>**

### RESUMO

O processo é colocado em estatura destacada a partir do advento da Constituição de 1988, especialmente pelo extenso rol de garantias processuais que integram o repertório de direitos fundamentais da Lei Fundamental. A legitimidade e existência do processo é dependente da observância das balizas procedimentais-discursivas que lhe constituem, motivo pelo qual à Jurisdição incumbe a função precípua de assegurar às partes o exercício efetivo da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, por meio da (dentre outros instrumentos) verificação do

---

<sup>1</sup> Mestre e doutorando em Direito Processual pela PUC/MG. Juiz de Direito em MG. Professor da Faculdade Fenord em Teófilo Otoni-MG. Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais

cumprimento pelas partes dos deveres processuais. Para que o desempenho desta função não implique indevida restrição nem insuficiente proteção de garantias, assim como possibilite a instalação do contraditório e de efetivo discurso democrático sobre a ocorrência ou não de violação do dever, é imprescindível expurgar o conteúdo ético do dever de atuação processual discursiva (lealdade).

**Palavras-chave:** Dever de atuação processual discursiva; dever de processual de boa-fé objetiva; atuação em vacuidade processual; jurisdição como instrumento do processo; fundamentação não dogmática.

## ABSTRACT

Since de 1988 Brazilian Constitution, the judicial process has gained constitutional status. Its very existence depends on the jurisdictions duty to guarantee to the parties the discursive cornerstones, which is done through the exigency of the parties compliancy with its procedural duties. This exigency, to be efficient and fulfill its goal, has to follow clear language parameters so that the due process is not improperly violated, either due to insufficient protection or excessive restriction.

**Keywords:** Duty of discursive procedural action; procedural duty of objective good faith; acting in procedural vacuity; jurisdiction to process the instrument; not dogmatic reasons.

## 1. INTRODUÇÃO

A partir do advento da Constituição brasileira de 1988, que constituiu a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito (artigo 1º) e colocou em lugar de destaque as garantias processuais fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a inafastabilidade do acesso à tutela processual, o devido processo foi elevado ao patamar de paradigma linguístico-crítico-jurídico de operacionalização, interrogação e (re)construção do direito, do sistema normativo e da própria democracia.

Assim, pelo processo, deve-se franquear ao conjunto de legitimados, debate amplo de teorias, substituindo-as continuamente conforme se apresente nova teoria que expresse de melhor forma a liberdade irrestrita de construção da vida pela via teórico-linguística e a liquidez, certeza e exigibilidade imediata dos direitos fundamentais.

Diante dessa estrutural função a que fora alçado o processo na democracia, a Jurisdição também passa a desempenhar função fundamental para a existência, a instalação, o desenvolvimento e a efetividade do discurso travado no espaço processual. Nesse sentido, o próprio controle do cumprimento dos deveres processuais torna-se instrumento da efetivação e proteção de garantias fundamentais – e, por vias oblíquas e consequentes – de direitos fundamentais. Por isso, a importância do estudo sobre a lealdade processual, o princípio da boa-fé objetiva processual e o dever de atuação processual discursiva a partir do novo Código de Processo Civil.

Desde já, contudo, diante do escopo do presente trabalho, ressalva-se a impossibilidade da abordagem de todas as alterações legislativas sobre o tema ou de maior aprofundamento das especificidades que lhe são inerentes.

## **2. DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL OU DEVER DE ATUAÇÃO PROCESSUAL DISCURSIVA**

Deveres são regras de condutas exigidas dos sujeitos processuais, com finalidade técnico-jurídica vinculada aos objetivos do processo e, cujo descumprimento, por isso, implica via de regra em sanção ao descumpridor, na medida em que se teria, por consequência, um ato processual ilícito.<sup>2</sup>

Diversos são os deveres dos sujeitos processuais previstos no Código de Processo Civil. Os juristas, em geral, contudo, convergem para o entendimento de que o mais amplo dever das partes no processo é o da

<sup>2</sup> Sobre o conceito de deveres processuais e a distinção entre direitos, deveres e ônus processuais, confira-se: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª edição. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 117. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 18-19. BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 92-99, jul-ago, 1987, p. 94. VINCENZI, Brunela Vieira De. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 95. ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática: escopos fundamentais do processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 8

lealdade<sup>3</sup>. Nesse sentido, a lealdade seria dever-gênero que englobaria todos os demais deveres-espécies, conforme asseveram, dentre outros, Celso Agrícola Barbi<sup>4</sup> e Arruda Alvim:

(...) mercê de uma interpretação sistemática e finalística da lei, o inciso II, deveria estar colocado no *caput* do artigo 14, pois que, no inciso II se enuncia um dever genérico de proceder com lealdade e boa-fé, vale dizer, o não agir em conformidade com o n° I, III e IV levará à caracterização da lealdade e da má-fé.<sup>5</sup>

Na matriz instrumentalista do processo, a lealdade seria o dever de atuação processual conforme a ética e a moral.<sup>6</sup> Anne Joyce Angher, por exemplo, define o dever de lealdade como a:

(...) qualidade de uma pessoa sincera, franca e honesta. Agir com lealdade é um dever de natureza processual que obriga o litigante e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo a proceder de conformidade com a ética e a moral, em todo o curso do processo, não se utilizando de meios ardilosos, sofismas, subterfúgios na pretensão de saírem-se vitoriosos ou até mesmo de procrastinarem o feito<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Nesse sentido, por todos, pode-se elencar, DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p. 210; ALVIM, José Manuel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n° 69/7; e VINCENZI, Brunela Vieira De. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 93.

<sup>4</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, p. 173.

<sup>5</sup> ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2, p. 447-448. Vale frisar que ao tempo em que publicadas as obras de Arruda Alvim e Celso Barbi inexistia inciso V no artigo 14 do Código de Processo Civil (“V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”), visto que incluído pela Lei n° 10.358, de 27.12.2001. Nesse sentido é que é possível concluir que a lição de ambos os autores é no sentido de que todas as condutas prescritas no artigo 14 são corolários ou espécies do gênero dever de lealdade.

<sup>6</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>7</sup> ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no Processo Civil*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 43-44.

## 2.1 Lealdade como boa crença

Para a aferição da adequação ético-moral da conduta do sujeito processual seria necessário, para uma parte da literatura especializada, investigar o elemento volitivo que motivou a prática do ato ou, em outras palavras, a sua intenção e a pureza de sua convicção de que atua conforme o direito. Nesses parâmetros, a lealdade seria subjetiva, coincidindo com a boa-fé subjetiva.

Segundo Tornaghi, leal “(...) é o que procede conforme a lei, conforme a justiça”, “proceder conforme a lealdade é agir às claras, sem embustes, ciladas ou armadilhas, é o fair dealing, o *fair play*, a atuação franca, sem hipocrisia, é a honestidade na ação”.<sup>8</sup> (grifo nosso).

Batista Lopes defende que a natureza da responsabilidade por litigância de má-fé:

(...) cuida-se de responsabilidade subjetiva, decorrente de dolo processual, que não se confunde com a responsabilidade pelo manejo indevido da ação cautelar de que tratar o artigo 811 do CPC, de caráter objetivo. A má-fé caracteriza-se, essencialmente, pela intenção de prejudicar e, por isso, não se presume, isto é, incumbe à parte prejudicada o respectivo ônus da prova.<sup>9</sup>

Diante da indesejável insegurança inerente a esta definição, assim como de proteção insuficiente às garantias processuais das partes ou rigor excessivo na aplicação de sanções, alguns juristas<sup>10</sup> passaram a mitigar a concepção puramente psicológica da lealdade processual para incluir, no rol de ilícitos processuais, os atos que, embora praticados sob a crença de legitimidade, revelem erro vencível (ou grosseiro) na avaliação de determinada situação.

<sup>8</sup> TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I, p. 145.

<sup>9</sup> BATISTA LOPES, J. *O juiz e a litigância de má-fé*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 740, p. 128-133, jun.1997, p. 128.

<sup>10</sup> WINTER, Vera Regina Loureiro. *A boa-fé no direito privado e no direito público: breve estudo comparativo e suas aplicações práticas*. São Paulo: Juris Síntese Millennium, 1988, p. 133. STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 94.

## 2.2 Da boa crença à boa conduta

Assim, iniciaram encaminhamento mais objetivo da análise da legitimidade da conduta praticada em juízo, já que propugnam desconsiderar a intenção de quem praticou o ato e direcionar a aferição para a conduta em si, de forma (progressivamente) independente de quem a praticou.

Deveras, este também é o sentido trilhado pelas alterações legislativas procedidas desde o Código de Processo Civil de 1939 até o Código de Processo Civil de 2015,<sup>11</sup> passando pelo Código de Processo Civil de 1973 e pela reforma processual de 1980 (Lei nº 6.771, de 1980). Em sentido progressivo, a legislação buscou, em regra, extirpar inteiramente dos dispositivos legais expressões que remetessem à análise do propósito do litigante.<sup>12</sup>

A própria terminologia “litigância de *má-fé*”, após as alterações legislativas mencionadas, conforme ressaltamos em outra oportunidade,<sup>13</sup> tornou-se incoerente com sistema normativo pátrio relativo aos deveres processuais já que, apesar do conceito jurídico remontar a atuação que se vale de esperteza, astúcia ou ardil, a norma hoje vigente, no rol de hipóteses de configuração de ilícitos processuais passíveis de sanção, não faz qualquer exigência nesse sentido, com a restritiva exceção do artigo 17, VII, em que até o uso da expressão “manifestamente” parece apontar no sentido de objetivação da análise.

Vários juristas, portanto, especialmente a partir das alterações legislativas de 1980 sobre o Código de Processo Civil de 1973 passaram a dispensar integralmente a análise dos elementos psicológicos do sujeito processual e interpretar a lealdade de forma objetiva, pela exclusiva análise da conduta em si, cotejando-a com padrões de conduta socialmente recomendados àqueles que atuam em juízo, a partir de uma égide ética vigente no contexto social a espera de identificação pelo intérprete.

<sup>11</sup> Com pontuais exceções, como as dispostas nos artigos 100, parágrafo único e 702, §§ 10 e 11, que serão objeto de menção posteriormente no presente trabalho.

<sup>12</sup> Explicitamos o conteúdo dessas alterações legislativas pormenorizadamente em ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática*: escopos fundamentais do processo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 8.

<sup>13</sup> ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Uma breve abordagem sobre a tutela antecipada pelo abuso do direito de defesa. *Revista da Amagis*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, nº 8, p. 29-48, jan./jul. 2013, p. 33.



## 2.3 Lealdade como boa conduta

Ovídio Batista assevera que “o preceito contido no artigo 14 do Código de Processo Civil é uma manifestação do princípio geral da boa-fé objetiva, de que já se disse constituir, mais do que um princípio, o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do Direito seria impossível”.<sup>14</sup>

Brunela Vieira de Vincenzi advoga expressamente que a lealdade e a boa-fé processuais seriam cláusulas gerais, positivadas no Código de Processo Civil, donde emanam diversos deveres processuais “anexos” ou “acessórios” aos sujeitos processuais, mesmo que não tipificados/positivados, identificados com uma “diligência especial” inerente ao dever de cooperação, a partir de um espírito de solidariedade que fixaria uma diretriz ético-processual-social:

No processo civil, as partes têm liberdade para agir e para definir os parâmetros do julgamento (...) em contrapartida, portanto, é que se exige a cooperação das partes, ou em outras palavras, uma corresponsabilidade das partes para a correta resolução dos conflitos e para a realização dos escopos do processo.

(...) O dever de colaboração das partes no processo civil resulta, em última análise, na aplicação da regra da boa-fé objetiva, pois esta, como criadora da deveres acessórios, impõe a cooperação das partes para o fim do processo e a realização dos resultados programados pelo direito. Em suma, não se trata de simplesmente vedar atuações abusivas ou exclusivamente resistente aos avanços do procedimento: é algo mais, trata-se de uma *diligência especial* que se deve entender expressamente compatível com a possibilidade de utilizar, de boa-fé, os meios e os instrumentos jurídicos que são oferecidos pelo sistema. O que importa dizer que condutas contrárias a essa *diligência especial*, mesmo que não tenham evidente propósito de obstruir a movimentação do processo, revelam a inegável falta de colaboração processual (...) (Grifos nossos).<sup>15</sup>

Mariana Pretel e Pretel, em trabalho destinado especificamente ao tema, asseveram que para a constatação objetiva de deslealdade processual, na modalidade de abuso de direito:

<sup>14</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 103.

<sup>15</sup> VINCENZI, Brunela Vieira De. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169-170.

Não deve ser verificado o dolo ou a culpa do agente, mas sim analisado se no caso concreto houve: 1) A prática de um ato em desconformidade com a confiança depositada na contraparte ou em desrespeito a uma situação jurídica equilibrada; ou 2) A prática de um ato em descompasso com os ditames éticos exigidos no transcorrer do processo civil; ou 3) O exercício inadmissível de uma posição jurídica amparada em formalismo exacerbado.<sup>16</sup>

Deveras, analisando as referências feitas no Código de Processo Civil de 1973 (à lealdade, boa-fé e ilícitos processuais) e cotejando-as com as previsões do Código Civil (quanto à boa-fé) é possível concluir o acerto destes últimos autores, ou seja, da acepção objetiva (boa conduta) e não da subjetiva (boa crença), dispensando, portanto, a análise do elemento subjetivo (intenção, representação da realidade, culpa).

Ao que nos parece, a acepção objetiva da lealdade processual configura avanço científico na análise deste dever processual em relação a sua anterior concepção subjetivista, visto que implica abandonar a investigação de intencionalidade do sujeito processual reduzindo o solipsismo da análise e, ao menos em princípio, acentuando a precisão da argumentação.

Entretanto, apesar desses fatores favoráveis à teoria da lealdade objetiva, essa ainda mantém obscuro o referencial de aferição de correção da conduta praticada, já que busca fundar-se em preceitos éticos e extrair de uma vaga, ambígua, incerta e variável diretriz decorrente das práticas sociais e procedimentais, por raciocínio tópico-indutivista, quais seriam efetivamente as condutas exigíveis dos sujeitos processuais.

## **2.4 Incompatibilidade do fundamento ético da lealdade com o discurso democrático**

Em obra específica sobre o tema, procuramos demonstrar como a aferição da lealdade da conduta prescinde (e na realidade é incompatível) do – fundamento ético utilizado pela teoria objetiva ou do conteúdo moralizante da teoria subjetiva da boa-fé processual.

Seja qual for a concepção ética utilizada, a aferição da honestidade, moral, correção e ética da conduta frustra o estabelecimento de um discurso democrático sobre este ponto específico:

<sup>16</sup> PRETEL E PRETEL, Mariana. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 167.

É claro que é muito mais salutar, proveitoso, eficaz e benéfico que as partes atuem sempre de forma honesta, transparente e correta em relação à outra parte, ao juiz e, enfim, ao processo.

A questão é que, conforme se buscou demonstrar, tais advérbios de modo constabanciam avaliação da conduta do sujeito processual situada no imaginário ou *no more* geométrico, já que extraído de deduções da razão prática *a priori* (Kant e Platão) ou da indução a partir da experiência e do contexto, considerada reveladora, pelas tradições e costumes, da razão universal (Aristóteles e Hegel). Portanto, tais avaliações acabam se colocando antes e acima da crítica, imunes de qualquer possibilidade de refutação, visto que o percurso do fato (experiência) à ideia é demasiadamente curto para qualquer questionamento crítico.

O encaminhamento da lealdade pela concepção ética suprime a teorização quanto à avaliação da legitimidade da atuação da parte no processo substituindo tal teorização pela concepção solipsista e não testificável do que seria ético ou justo para o detentor do monopólio de aferição da verdade e da justiça.

A utilização da ética como vetor hermenêutico da lealdade implica a impossibilidade de encaminhamento discursivo do processo. Vale frisar, a estabilização dos sentidos de atuação leal se dá a partir do pragma e não por uma interenunciatividade de teorias, prevalecendo a que melhor exprima a atuação discursivo-democrático-processual da regra suprema da proibição da vedação da liberdade.

Ainda, insista-se, a aferição da correção ética da conduta, situando-se no imaginário (decurso) e uma vez induzida a partir do pragma ou do dedutivismo solipsista, é feita de forma tópica, assistemática ou dialética, variando conforme contingências não normativas extraídas da realidade social, das tradições, dos costumes ou da própria experiência de quem avalia.

Assim ficam prejudicados o contraditório, a ampla defesa e isonomia duplamente, equivale dizer, em dois diferentes momentos: no discurso que incide sobre a aferição da possível atuação em deslealdade processual e respectiva sanção, assim como pela possibilidade de que a interpretação solipsista da lealdade enseje, na condição da jurisdição de instrumento do processo, restrição demasiada ou proteção insuficiente a tais princípios institutivos. Com efeito, a garantia dos princípios institutivos do processo estará sempre condicionada e sitiada pelo maior ou menor comprometimento com valores éticos do órgão jurisdicional, do seu

maior ou menor rigor e tolerância ética, enfim ao seu contexto pessoal e personalíssima concepção ética.<sup>17</sup>

Conforme se verifica, além de não possibilitar a instalação efetiva do contraditório, prejudica-se a função instrumental da jurisdição em relação ao processo consistente na proteção das garantias fundamentais processuais dos sujeitos processuais pelo órgão jurisdicional. É que, em regra, ou o órgão jurisdicional encaminha concepção de lealdade processual demasiadamente severa que restringe indevidamente os princípios institutivos do processo ou adota concepção da lealdade demasiadamente branda ao ponto de que a ampla defesa, contraditório e isonomia acabam restringidos indevidamente pela conduta desleal do *ex adverso*, que a pratica sem qualquer espécie de inibição ou sanção por parte de quem tem o dever de fazê-lo (artigo 139, I, II, III e IV, dentre outros do Código de Processo Civil).

Nesse sentido, portanto, ao se proceder a interpretação constitucional democratizante do instituto (artigo 5º, LV), outra alternativa não resta senão remover o conteúdo ético-moral da interpretação:

É que a lealdade processual instrumentalista, em feições éticas indutivistas-pragmáticas ou racionalistas-dedutivistas, implica invariavelmente, impossibilidade de instalação de concorrência de teorias sobre a aferição da correção da conduta processual e a consequente restrição dos direitos fundamentais discursivos, processuais-institutivos, do contraditório, da ampla-defesa e isonomia, os quais são biunívocos com a vida, liberdade e dignidade.

(...)

Conforme se verifica, o devido processo, paradigma do Estado Democrático é também elemento estrutural (a teoria) da lei que cria, rege e opera o sistema jurídico-democrático e, ademais, direito fundamental. Não pode, portanto, ser informado por princípio instituído encaminhado por regras dogmáticas e pragmáticas (ética/moral), que lhe retirariam efetividade (certeza, liquidez e exigibilidade) até porque, não se poderia conceber a lealdade

<sup>17</sup> ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática: escopos fundamentais do processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 227 e 228.

processual em acepção que negasse ou restringisse os princípios institutivos do processo dos quais é corolário.

Caso contrário, a previsão de inafastabilidade da tutela jurisdicional acabaria ensejando promessa retórica, na medida em que, improvável assegurar ou ‘reconhecer’ isonomia e liberdade vital e teórico-linguística e, por consequência, direitos fundamentais à autoilustração àqueles que, pela história e pela tradição, nunca tiveram voz nem vez, muito menos igualdade nos espaços discursivos da sociedade, tampouco direitos individuais para serem ‘assegurados’.

Nesse diapasão, se o sentido da norma é dado a partir do pragmatismo, a exigência de lealdade tende a homologar a realidade, concedendo liberdade argumentativa ampla a quem já a recebe na realidade social e restringindo-a daqueles desprivilegiados pela tradição. Daí, recorrentemente, partes sem maior força político-institucional-financeira são extensamente punidas por atuarem deslealmente e outras partes, como a Administração Direta do Estado, o Ministério Público, governantes, Estados estrangeiros, organismos internacionais, raramente ou mesmo nunca venham a ter sua conduta considerada desleal. É que, na conotação instrumentalista da lealdade, além de se estar submetido a raciocínio tendente à homologação irrefletida da realidade, a advertência, multa ou outra espécie de sanção implica a consequente e automática declaração de desonestidade daquele sujeito processual, o que certamente acanha o órgão jurisdicional diante do peso político da avaliação.

Permite-se que o ‘reconhecimento’ de liberdade argumentativa irrestrita, de isonomia ao se engajar no discurso e os direitos fundamentais daí advindos fiquem à mercê de livres, indemarkados e incontroláveis critérios semânticos e hermenêuticos, de lealdade, ética, moral<sup>18</sup>.

## 2.5 Lealdade como dever de atuação processual discursiva e deslealdade como atuação em vacuidade processual

Na teoria do processo como instrumento ético-jurídico da Jurisdição, a lealdade processual é um dos meios voltados a permitir que o órgão jurisdicional declare, sem entraves, qual a interpretação correta

<sup>18</sup> ARAÚJO, *op. cit.*, p. 182.

e legítima do direito no caso concreto, revelando como se apresenta a justiça naquele caso específico, pela eleição de um preceito ético unificador. Já na teoria neoinstitucionalista,<sup>19</sup> a lealdade processual é princípio instituído do processo, o qual se volta a resguardar a – e portanto, é instrumento da - máxima extensão dos princípios institutivos, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia e, por consequência, que a (re)construção discursiva do direito observará isonomia e liberdade vital e teórico-linguística para todo o povo (conjunto de legitimados ao processo).<sup>20</sup>

Por essas razões, é que a lealdade na processualidade democrática nada mais seria do que atuação processual discursiva, visto que a atuação processual do povo deve estar amparada normativamente no direito fundamental de contribuir de forma ativa e efetiva, verdadeiramente protagonista, para a construção, interpretação e aplicação do direito e que “(...) quando não se utiliza do ambiente processual (consequentemente do direito de defesa) como garantia para participar da construção do provimento estatal pela prevalência lógico-racional do melhor argumento, a pretensão ou resistência deduzidas em juízo não se qualificam como atuação legítima da parte”.<sup>21</sup>

Se os princípios institutivos (ampla defesa, contraditório e isonomia) são “elementos jurídico-existenciais” do processo, só poderia ser considerada processual a atuação do sujeito que se situe como variável lógico-jurídica do contraditório, da ampla defesa ou da isonomia e, portanto, com as finalidades declinadas acima. Assim, a constatação da lealdade ou não da parte se daria não pela depuração do conteúdo ético de sua conduta, mas, sim pela aferição de seu amparo normativo-processual, ou seja, sua localização, em última análise, no âmbito dos princípios institutivos do processo.

Caso o sujeito processual proceda “deslealmente”, o que se tem é atuação no bojo do procedimento, mas fora do espaço discursivo

<sup>19</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>20</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 59.

<sup>21</sup> ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Uma breve abordagem sobre a tutela antecipada pelo abuso do direito de defesa. *Revista da Amagis*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, nº 8, p. 29-48, jan./jul. 2013, p. 36/38.

proporcionado pelo Estado a partir de metodologia normativa tendente à democratização do direito e do exercício das funções públicas (processo). Em outras palavras, a atuação se dá em juízo, mas desprovida de amparo normativo, em espaço vazio, portanto. Por isso é que denominamos a deslealdade processual, seja qual for (litigância de má-fé, abuso do direito de defesa, ato atentatório à dignidade da justiça – *contempt of court*), de atuação em vacuidade processual.<sup>22</sup> Embora se fale nos autos e perante o juízo, a atuação em vacuidade é extraprocessual, visto que não se dá no exercício das garantias que delineiam o espaço jurídico processual.

### **3. DEVER DE ATUAÇÃO PROCESSUAL DISCURSIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

#### **3.1 Dever processual de boa-fé objetiva**

O novo Código de Processo Civil trouxe significativas alterações na disciplina do dever geral de atuação processual discursiva e dos deveres processuais específicos que dele são corolários.

Neste trabalho, procuraremos abordar principalmente a primeira questão por imposição metodológico-didática, visto ser prope-dêutica à segunda, tendo em vista que o exame à análise de cada uma das condutas especificamente prescritas no Código de Processo Civil como configuradoras de descumprimento de dever dependerão sempre das matrizes teóricas firmadas quanto ao dever geral de “lealdade”.

Inicialmente, conforme diversos autores desta obra coletiva ressaltaram, o novo Código de Processo Civil se destaca pela positivação, logo em seu capítulo inaugural (“*Das Normas Fundamentais do Processo Civil*”), da principiologia que lhe atribuirá sistematicidade e unidade e que, portanto, informará a interpretação de todas as demais normas processuais.

<sup>22</sup> No intuito de tornar mais didática a proposição, elaboramos figura que ilustra em que consistiria a atuação processual discursiva e a atuação em vacuidade processual. Ver: ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática: escopos fundamentais do processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 234.

E este capítulo principiológico traz dispositivo significativamente inovador para o tema que ora abordamos. Com efeito, já no artigo 5º prescreve que todo “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. A redação, com altíssimo grau de abstração e reduzidíssima densidade normativa, referindo-se às hipóteses mais genéricas possíveis e até mesmo o cotejo do dispositivo com os do Código Civil que sufragam a boa-fé objetiva (artigos 113, 187, 422, 765 e 1.741) não deixam maiores dúvidas de que a interpretação dos deveres processuais no novo Código de Processo Civil orienta-se pela matriz ético-moral objetiva.<sup>23</sup>

E o novo Código de Processo Civil vale-se da boa-fé objetiva não só em sua função de controle e integrativa, mas também como cláusula geral a orientar a interpretação do pedido (artigo 322, § 2º) e da decisão judicial (artigo 489, § 3º).

### **3.2 Boa-fé objetiva equivale a *fair play* e *due process of law* NÃO equivale a devido processo legal**

Deveras, ao trabalhar cada vez mais com a boa-fé objetiva e outros conceitos jurídicos indeterminados, o Código de Processo Civil de 2015 revela a predileção para o encaminhamento do sistema normativo positivo concernente aos deveres processuais em direção à concepção de *fair play*. Nessa visão, a atividade de cumprimento do dever processual vale-se, não da estrutura normativa constitutiva do processo, mas dos valores colhidos no mundo vivido e na tradição histórica (*law of the land*) a partir da tópica e da dialética, para se desvelar, por meio da particular compreensão do destinador do sentido e pelo encurtamento do percurso entre sentidos naturais e objeto do conhecimento, a essência do leal ou o “sentimento” de justiça (*fairness*) que informa a conduta.

<sup>23</sup> As previsões do Código Civil a respeito da boa-fé subjetiva são feitas em referência a situações e destinatários específicos (possuidor, credor, adquirente) e sempre se referem à crença subjetiva do mesmo de que procede conforme o direito, ou seja, a ignorância de circunstância que impediria de possuir, adquirir ou fruir a coisa ou que anularia o contrato (artigos 242, *caput* e parágrafo único; 286; 307, parágrafo único; 523; 606; 686; 856; 1.049; 1.201; 1.561 e 1.827).



O processo, nesse quadrante, na medida em que se aproxima cada vez mais do *due process of law*, fica circunscrito a instrumento de (re)ativação de valores – supostamente – vigentes na sociedade e das tradições que impregnam a realidade, restringindo as possibilidades de auto, ilustração da pessoa humana, de juridificação normativa da existência humana, de interrogação das ideologias pré-instaladas na realidade e de alforria dos grilhões das estruturas sociais insatisfatórias.

Nesse diapasão, como pudemos demonstrar de forma mais detida em outra oportunidade, a concepção de *fair play* e de *due process of law* não se compatibiliza com o devido processo legal no Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º da Constituição Brasileira):

Nesse sentido, é que é possível sufragar que, embora a tradução literal de *due process of law* seja devido processo legal, a melhor tradução, na perspectiva jurídico-científica-epistemológica é *devido processo leal* [ou devido processo da tradição ou da ética] já que a matriz que orienta o discurso e o direito a ser ativado são a ética, as tradições, enfim, as pautas axiológico-pragmáticas, e não a lei. No mesmo diapasão, tampouco seria correto defender que lealdade seria a tradução de *fair play* já que a fonte de perquirição do *fair* seria pragmática, enquanto a fonte de investigação do que seria leal não poderia ser outra senão a lei.

(...)

O espaço da discursividade então fica indemarcado, quando se admite elementos culturais e históricos (dentre os quais, a ética, a moral e a razoabilidade) na construção ou justificação do discurso de criação ou aplicação do direito e, assim, o contraditório não pode ser exercido. Não há contraditório efetivo, sequer é ele possível, quando a sustentação argumentativa situa-se em alegações de moral, ética, costume, equidade, tradição e princípios não legislados. É a lei que demarca o espaço de discursividade no direito (artigo 5º, II, da Constituição Brasileira) e, na democracia, além disso, é necessário que a lei esteja aberta à testificação incessante por meio do devido processo, sem blindar suas premissas à crítica<sup>24</sup> (Grifos nossos).

<sup>24</sup> ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática*: escopos fundamentais do processo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 197.

### 3.3 Substituição do dever processual de lealdade pelo dever de boa-fé objetiva

Deveras, importante registrar que tamanha foi a predileção pela concepção de boa-fé, que houve supressão no novo Código de Processo Civil da terminologia “lealdade”, conquanto fosse essa a denominação do princípio e dever geral reconhecida e abordada pelas construções teóricas da grande maioria dos processualistas pátrios.<sup>25</sup>

É bem verdade que considerável parcela dos autores não realizava distinções significativas entre a boa-fé e a lealdade a ponto de se dizer que a alteração trazida pelo novo Código de Processo Civil invalidaria todas as construções teóricas até então desenvolvidas. Pelo contrário, possível afirmar, agora sem maiores dúvidas, que o sistema normativo processual aderiu ao que defendido por parcela significativa da literatura jurídica que atribuía contornos éticos objetivos ao princípio da lealdade processual e continuou tendência legislativa iniciada pelo Código de Processo Civil de 1973 e reforçada pela reforma processual de 1980 (Lei nº 6.771, de 1980).

Por outro lado, não significa dizer que a alteração legislativa é desprovida de maiores repercussões teórico-científicas e, por consequência, na prática do processo jurisdicional democrático.

<sup>25</sup> Nesse sentido, LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. SOARES, Carlos Henrique; *Manual elementar de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 26; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 80; DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p. 210; ALVIM, José Manuel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, nº 69/7; NALINI, José Renato. *A ética nas profissões jurídicas*. Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ano 19, n. 225, set. 1997, pp. 5-23, p. 16; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, p. 173; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2, p. 447-448; TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I, p. 145.

A utilização da boa-fé como gênero de deveres processuais, em lugar da lealdade não nos parece, *data venia*, salutar. Mesmo que, a rigor interpretativo, conforme salientado, não implique maiores mudanças, revela uma busca pelo sistema normativo de uniformização terminológica com o instituto de Direito Civil.

### 3.4 Desnecessária identificação entre instituto de direito privado e de direito processual

Ocorre que tomar por similares institutos jurídicos inseridos em regimes jurídicos antagônicos (um de direito privado e outro de direito público) desconsidera a autonomia científica do direito processual e de seus institutos e reitera o equívoco da teoria da relação processual, cujas impropriedades vêm sendo apontadas pela literatura processualista, especialmente por Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Luiz Guilherme Marinoni.<sup>26</sup>

Deveras, foi a partir da superação da teoria da relação jurídica (instrumentalista) que a teoria estruturalista do processo<sup>27</sup> foi capaz de desenvolver o conceito de contraditório para muito além da vetusta bilateralidade da audiência. Se na teoria da relação jurídica se delimitava à mera participação<sup>28</sup> (*audiatur et altera pars*), a teoria estruturalista, forte no princípio da isonomia, aperfeiçoou o conceito de contraditório como participação em simétrica paridade, algo incompatível com as relações jurídicas de direito privado que convivem tranquilamente com a desigualdade de participação das partes na formalização da relação jurídica, como ocorre, por exemplo, com o contrato de adesão.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 68 a 71; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 87; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 404 a 409.

<sup>27</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 1992.

<sup>28</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINA-MARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64.

O espaço de diálogo criado pelo processo, não decorre de uma conexão de vontades ou de um vínculo entre sujeitos, conforme adverte Aroldo Plínio Gonçalves,<sup>29</sup> mas, sim, deriva de uma estrutura metodológica normativamente construída que viabiliza o embate discursivo-argumentativo das partes, em simétrica paridade, ou seja, em condições espaciais e temporais de proporcional isonomia.

Foi, portanto, pelo abandono da importação do instituto alheio ao direito processual (relação jurídica) que:

(...) foi possível migrar da concepção de contraditório como direito de participação dos sujeitos do processo, de dizer e contradizer, para garantia específica e exclusiva das partes, que as coloca como protagonistas da construção do provimento, em condições de igualdade sustentadas pelo arcabouço normativo-metodológico que constitui o processo e não por generosidade (ou compromisso ético, ou metajurídico, ou por adotar concepção mais ou menos severa de lealdade processual) do órgão jurisdicional.<sup>30</sup>

Por isso, mesmo considerando que na linguagem natural inexistia distinção semântica entre lealdade e boa-fé e que sequer o faziam parte da literatura, era mais salutar que tivesse sido mantida a terminologia clássica (lealdade), ao menos para se preservar a distinção e autonomia científica do instituto de direito processual:

(...) desde a teoria estruturalista do processo é possível dessumir que, assim como franquear espaço e oportunidade às partes, no processo, para protagonizar a construção do provimento jurisdicional não consiste em ‘concessão generosa’ da autoridade diretora do processo; assim como a observância da garantia da isonomia não depende da integridade ética do órgão jurisdicional; assim como assegurar às partes o direito de argumentar, produzir provas, recorrer e estar assessorado por advogado não decorre da retidão moral da vontade do magistrado; enfim, assim como a condução do processo com adesão e observância integral a sua estrutura metodológica não decorre de qualquer fator extrajurídico, tampouco a exigência cumprimento de dever pelas partes, ou seja, de atuação conforme a lealdade pode ter tal fundamento.

<sup>29</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 69.

<sup>30</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 180.

Também os deveres das partes, especialmente, a lealdade processual, decorrem, não de uma retidão de caráter, de honestidade exemplar ou de integridade ético-moral das partes, mas, sim, exclusivamente, do arcabouço normativo-metodológico que constitui o processo.<sup>31</sup>

Não é que se opõe à mudança de terminologia ou à superação da terminologia outrora utilizada. Pelo contrário, propusemos em trabalho científico a superação da “lealdade processual” para passar a falar em atuação processual discursiva, conforme exposto acima. Ocorre que a mudança da nomenclatura que se deu no novo Código de Processo Civil foi sem o condão de encampar avanço teórico-científico, já que, conforme expusemos, grande parte da literatura já se inclinava para a aceção objetiva da lealdade e pelo imbricamento entre lealdade e boa-fé.

A alteração terminológica sem repercussão semântica, ao tornar homônimos institutos de direito privado e de direito processual, acaba, *data venia*, embaraçando a autonomia científica deste e de seus princípios, podendo também contribuir para a confusão entre os juristas e estudantes de direito.

Melhor que a alteração terminológica tivesse vindo para expurgar a indemarkação e a insindicabilidade do discurso inerente ao conteúdo ético que acompanha concepções de lealdade e boa-fé processuais, visto que buscam a estabilização do sentido, conforme a concepção ética adotada, no pragma (Aristóteles e Hegel) ou na razão prática *a priori* – consciência do destinador do sentido (Kant e Platão).

Ademais, não houve harmonia ou coerência teórico-sistemática dentre as alterações introduzidas no novo Código de Processo Civil no que concerne ao tema do presente artigo. Apesar de se estabelecer a boa-fé objetiva como diretriz teórica a orientar a interpretação dos deveres processuais, trouxe, em aparente descompasso com tal inovação, assim como com a evolução normativa e teórica supra, delineada, condutas que, ao menos na literalidade normativa, exigiriam a investigação do elemento subjetivo (má-fé) para a constatação da atuação em deslealdade (artigo 100, parágrafo único; artigo 702, §§ 10 e 11).

---

<sup>31</sup> *Ibidem*.

Interpretando tais dispositivos sistematicamente, considerando a força normativa irradiante da parte geral do novo Código de Processo Civil, especialmente as normas fundamentais (artigo 5º c/c artigo 77, I), tem-se que, apesar da literalidade desses dispositivos, deve-se também interpretá-los a partir da diretriz teórica da boa-fé objetiva.

Interpretando tais dispositivos a partir de um filtro de democracia (conforme pugna a teoria neoinstitucionalista), assim como todas as demais hipóteses previstas no Código de ilícitos processuais passíveis de sanção (litigância de má-fé, abuso do direito de defesa e ato atentatório à dignidade da justiça), em observância das garantias processuais institutivas – ampla defesa, contraditório e isonomia (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Brasileira), é mister interpretá-los como atuações em vacuidade processual, despojando-os de qualquer matiz ético-moral.

#### **4. INOVAÇÕES DO NOVO CPC QUANTO AO REGIME JURÍDICO DE DEVERES E ILÍCITOS PROCESSUAIS**

##### **4.1 Jurisdição como instrumento do processo**

Anteriormente o processo era concebido como instrumento da Jurisdição, ou seja, cumpria a finalidade precípua de permitir que a autoridade declarasse o direito aplicável ao caso concreto (*juris dictione*). A partir da Constituição Brasileira de 1988, com a previsão dentre o rol de direitos e garantias fundamentais de uma série de balizas procedimentais-discursivas (artigo 5º, LIV, LV, XXXV, XXXVI, LIII, LVI, LVII, LX, LXVIII, LXIX, LXXI, LXXIII, LXXIV e LXXXVIII) imprescindíveis à legitimidade do exercício da função estatal processual-jurisdicional, a própria existência do processo restou condicionada à sua observância, motivo pelo qual se pode afirmar que houve com seu advento um “giro de escopos, de instrumentalidades ou de finalidades”<sup>32</sup> no direito processual brasileiro.

<sup>32</sup> ARAÚJO, *op. cit.*, p. 182.

É que à Jurisdição passou a incumbir, precipuamente, assegurar aos sujeitos processuais a observância irrestrita de mencionadas vigas sustentadores do espaço cognitivo-argumentativo constitutivo do processo. Nesse sentido, tivemos chance de afirmar em outra sede que “(...) na medida em que compete ao Estado-Juiz adotar as providências necessárias para a observância das garantias processuais no bojo do processo, é a Jurisdição que atua como instrumento por meio do qual o processo se realiza”.<sup>33</sup>

## 4.2 Controle do cumprimento dos deveres processuais como instrumento de efetivação e proteção de garantias fundamentais

Dentre diversos outros modos de realizar este mister, à função estatal jurisdicional incumbe examinar o cumprimento do dever de atuação processual discursiva e, constatando eventual descumprimento, respeitado o contraditório assim como o dever de fundamentação não dogmática, fazer com que incidam as consequências jurídicas previstas em lei, sob pena de restrição de garantias fundamentais do sujeito processual pela atuação do *ex adverso*:

O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo.<sup>34</sup>

Nesse exato sentido, o novo Código de Processo Civil listou dentre os deveres do juízo, assim como fazia o código de 1973, o dever de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias (artigo 139, III). O artigo 7º, de forma inovadora, é ainda mais evidente ao sufragar

<sup>33</sup> ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. O Processo constitucional como elemento de proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*. RBDPro, ano 20, nº 80 (out./dez. 2012). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 71-97, p. 81.

<sup>34</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 105.

que compete “(...) ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”,<sup>35</sup> demonstrando, a imprescindível atuação do órgão estatal, diretor do processo, no sentido de garantir às partes o acesso e exercício de suas garantias fundamentais.

Dentre as alterações específicas procedidas neste regime, cumpre registrar que no presente artigo não será possível abordar todas especificamente. Não obstante explicitaremos as de maior inovação e mais relevantes.

### 4.3 Contraditório prévio

Dentre outras inovações trazidas, o novo Código de Processo Civil encampou os avanços teóricos alcançados na esfera acadêmica<sup>36</sup> em relação ao contraditório, especialmente, a impossibilidade de se decidir qualquer questão relevante de ofício sem a anterior contribuição das partes, considerando-se como relevante a questão de fato ou de direito necessária como premissa ou fundamento para a decisão (artigos 7º, 9º e 10).

Considerando que o contraditório é elemento jurídico-existencial do processo em sua base institutiva,<sup>37</sup> trata-se de exigência de imprescindível observância para a constatação de atuação em vacuidade processual e, principalmente, para a aplicação, se for o caso, das consequências jurídicas previstas na respectiva norma.

Dessarte, apesar de ser dever do órgão jurisdicional zelar pela observância dos deveres processuais (artigo 139, III), podendo conhecer de ofício de eventual atuação em vacuidade processual, não

<sup>35</sup> Poderia ter o legislador sido mais técnico utilizando a expressão juízo, órgão jurisdicional ou função jurisdicional ao invés de “juiz” o que contribuiria para acentuar o caráter impessoal da função exercida, assim como seu caráter público e vinculado ao cumprimento dos deveres impostos pela Constituição Brasileira e pelas leis.

<sup>36</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 226 a 230. LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, 2008, p. 79. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 101.

<sup>37</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 93.



poderá decidir pela violação do dever e aplicação de sanção processual, ou qualquer outra consequência jurídica prejudicial à parte, antes de permitir-lhe manifestar-se sobre a ocorrência ou não da conduta ilícita.

Nesse sentido, verificando a possibilidade de violação do dever de atuação processual discursiva e subsunção da conduta em algumas das hipóteses de litigância de má-fé, abuso do direito de defesa ou ato atentatório à dignidade da justiça, caso a questão não tenha sido suscitada pelo *ex adverso*, deverá facultar ao interessado manifestar-se sobre a possível ocorrência da vacuidade processual, indicando, de preferência, qual conduta e qual norma teriam, a princípio e em tese, sido violadas.

Não é demais consignar que, caso a parte contrária tenha alegado a violação do dever e reclamado a aplicação da sanção e a parte já acusada tenha tido oportunidade de se manifestar após tal alegação, será desnecessária a intimação do interessado, visto que a este terá sido dada oportunidade de se manifestar (artigo 10).

Também é salutar gizar que nas hipóteses de tutela da evidência concedida com base na caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório, será necessária a prévia manifestação, conforme supradelineado, uma vez que o artigo 9º, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, ao excepcionar a regra do *caput* não incluiu tal hipótese.

#### *4.3.1 Prévia advertência nos casos de ato atentatório à dignidade da justiça*

Ainda releva destacar que para a aplicação de eventual sanção por ato atentatório à dignidade da justiça se deverá advertir à parte que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 77, § 1º). Não se trata de simples corolário de norma processual fundamental de caráter irradiante (artigo 10) e, sim, de previsão que extrapola as consequências ordinárias desta norma. É que nesse caso não bastará ouvir a parte a respeito da ocorrência ou não do ilícito e sim adverti-la antes mesmo da própria prática do ato, sob pena de inaplicabilidade da sanção.

Embora se presuma o conhecimento das leis, especialmente no espaço processual-jurisdicional onde a capacidade postulatória é imprescindível para a prestação da atividade processual (artigo 133 da Constituição Brasileira) pela previsão legal será necessário lembrar as partes do conteúdo de norma legal vigente, de direito público, para que só então ela se torne cogente.

Por essa razão, considerando que o artigo 334, § 8 do novo Código de Processo Civil dispõe que caso autor ou réu deixem injustificadamente de comparecer à audiência de conciliação configura-se ato atentatório à dignidade da justiça, o Fórum Permanente de Processualistas Civis deliberou ser imprescindível a advertência nesse sentido:

*Enunciado nº 273 do Fórum Permanente de Processualista Civil (art. 250, IV; art. 334, § 8º) Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação configura ato atentatório a dignidade da justiça, punível com a multa do art. 335, § 8º, sob pena de sua inaplicabilidade. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento)*

Vale destacar, embora não tenha constado do enunciado, que também o autor deverá ser advertido nesse sentido, seja no ato de distribuição da ação ou de designação da audiência de conciliação, sob pena de a norma não ser eficaz em relação a ele.

#### **4.4 Sanções pecuniárias**

Embora não seja a única forma de se zelar pelo cumprimento dos deveres processuais ou pelas garantias discursivas fundamentais, é válido abordar as alterações trazidas em relação às sanções pecuniárias, considerando que se trata de matéria significativamente alterada no novo Código de Processo Civil.

##### *4.4.1 Litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça*

Em termos gerais, excluídos eventuais consectários acessórios (indenização, pagamento de prejuízos, despesas processuais, honorários advocatícios), a multa por litigância de má-fé que antes era prevista no percentual de 1% do valor da causa (artigo 18, *caput*) passou a incidir no patamar entre 1% e 10% do valor da causa (artigo 80).

Não é inteiramente correto, contudo, falar que houve exacerbação da sanção decorrente de litigância de má-fé. É que, o § 2º do artigo 18 prescrevia que o valor a ser pago à vítima da litigância de má-fé seria fixado “desde logo” pelo juízo, em quantia não superior a 20% do valor da causa. Diante dessa previsão normativa, o egrégio Superior Tribunal de Justiça sufraga,<sup>38</sup> desde 1997, que a indenização – além da multa – por litigância de má-fé poderia ser fixada de pronto independentemente de provas do prejuízo sofrido. Recentemente o entendimento foi confirmado pelo órgão especial do Tribunal, afastando eventuais dúvidas quanto ao posicionamento da corte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARTIGO 18, CAPUT E § 2º, DO CPC. NATUREZA REPARATÓRIA. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. 1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a indenização prevista no art. 18, *caput* e § 2º, do códex processual tem caráter reparatório (ou indenizatório), decorrendo de um ato ilícito processual. Precedente da Corte Especial, *julgado pelo rito do artigo 543-C do CPC*. 2. *É desnecessária a comprovação do prejuízo para que haja condenação ao pagamento da indenização prevista no artigo 18, caput e § 2º, do Código de Processo Civil, decorrente da litigância de má-fé*. 3. *Embargos de divergência conhecidos e providos*. (Grifos Nossos).<sup>39</sup>

O artigo 81 do novo Código de Processo Civil não repete a expressão “desde logo” prevista no § 2º do artigo 18 do Código de 1973, tampouco estabelece patamar máximo da indenização. Pelo contrário, prescreve que, caso não seja possível mensurá-lo, será liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Na prática, portanto, ao que tudo indica, apesar da elevação do percentual da multa aplicável, a litigância de má-fé passa a ser sancionada pelo novo Código de Processo Civil de forma menos severa que o sistema jurídico normativo-jurisprudencial vigente no Código de 1973.

<sup>38</sup> STJ. AgRg no Ag 138.100/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/1997, DJ 30/06/1997, p. 31157.

<sup>39</sup> STJ. EREsp 1133262/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2015, DJe 04/08/2015.

No que concerne às sanções por ato atentatório à **dignidade da justiça** – *contempt of court*, manteve-se o percentual de multa aplicável, qual seja, até 20% do valor da causa.

Tanto na sistemática das sanções por litigância de má-fé quanto na das sanções por ato atentatório à dignidade da justiça, houve mudança cuja explicitação não pode deixar de ser feita. Segundo dispõem os artigos 77, § 5º, e 81, § 2º, “quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo”.

Trata-se de salutar alteração legislativa, considerando que, o reduzido valor da causa tornava, muitas vezes, inócuas e ineficazes as tentativas de proteção das garantias fundamentais do *ex adverso* diante da reduzida capacidade de desestímulo da multa fixada. Ademais, vale frisar que, muitas vezes, demandas que versam sobre os mais fundamentais direitos não possuem valor da causa que reflita a grandeza do objeto em termos de dignificação da pessoa humana, o que acaba reduzindo a aptidão da Jurisdição resguardar aos litigantes as balizas procedimentais discursivas e, por consequência, a efetividade do próprio direito fundamental pleiteado.

É necessário, contudo, fazer digressões quanto à novel previsão normativa para que se evitem contradições lógicas. É que, no caso de demanda com valor da causa de R\$20.000,00 somente comportaria multa de R\$400,00 ou R\$200,00 (no caso de ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé, respectivamente). Por outro lado, demanda com valor da causa de R\$200,00 comportaria multa de até R\$7.888,00 (10 vezes o atual salário mínimo, tanto no caso de ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé).

Dessarte, deve-se proceder a interpretação apta a manter a coerência sistemática das previsões legais do novo Código de Processo Civil, assim como que privilegie a máxima efetividade das garantias fundamentais da parte prejudicada pela conduta em vacuidade processual, para entender-se que, sempre que o valor equivalente a 10% ou 20% do valor da causa (litigância de má-fé e *contempt of court*, respectivamente) for inferior a 10 vezes o salário mínimo vigente, será possível aplicar este último parâmetro em detrimento daquele.

Em outras palavras, em toda e qualquer demanda será possível aplicar sanção por ato atentatório à dignidade da justiça ou litigância de má-fé em valor equivalente a, pelo menos, até 10 salários mínimos.

#### *4.4.2 Multa por descumprimento de obrigação de pagar quantia certa*

Não se poderia deixar de consignar, tampouco, significativa alteração no que tange ao cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. Pelo Código de 1973, intimada a parte devedora, caso não realize o pagamento no prazo de 15 dias, incidirá multa de 10% (artigo 475-J), acrescido de honorários advocatícios, entre 10 e 20%, ambos sobre o valor da condenação, conforme sufraga o egrégio Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo de controvérsia:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do ‘cumpra-se’ (REsp. n.º 940.274/MS). 1.2. Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença. 1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC. 2. Recurso especial provido.<sup>40</sup>

Já pelo novo Código de Processo Civil, intimado o devedor no cumprimento provisório ou definitivo da sentença (artigo 520, § 2º), caso não realize o pagamento no prazo de 15 dias incidirá multa de 10%, honorários advocatícios no montante fixo de 10% (artigo 523, § 1º), além de multa de até 20% do valor do débito – ou até 10 salários mínimos, conforme o caso – a título de ato atentatório à dignidade da justiça, desde que o devedor tenha sido advertido nesse sentido,

<sup>40</sup> STJ. REsp 1134186/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2011, DJe 21/10/2011.

sendo esta última multa devida ao erário e não ao exequente (artigo 77, *caput* e parágrafos).

No código de 1973 a redação do artigo 14, V, que falava em provimentos mandamentais e “criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais”, aliada à falta de previsão da possibilidade de cumulação das sanções do artigo 475-J e do artigo 14, parágrafo único, acabou fazendo prevalecer a interpretação pela impossibilidade de cumulação.

O Código de Processo Civil de 2015, contudo, tratou de superar tais fatores pela alteração do artigo 77, IV, que não distingue entre provimentos mandamentais ou condenatórios, referindo-se apenas ao gênero “decisões jurisdicionais” e pela previsão do § 4º deste dispositivo legal que, por sua vez, expressamente dispôs quanto à possibilidade de cumulação.

Vale ressaltar, contudo, que para a configuração do “ato atentatório à dignidade da justiça”, além da prévia advertência (artigo 77, § 1º) e do prévio contraditório (artigos 9º e 10), será imprescindível a inexistência de justificativa para o descumprimento da decisão, ensejando efetiva constatação de atuação em vacuidade processual a partir de fundamentação não dogmática.

#### 4.4.3 *Multa por descumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa*

Em sentido semelhante, na vigência do Código de 1973, prevalecia a interpretação pela não cumulação das *astreintes* com responsabilização por crime de desobediência ou outras sanções processuais como a litigância de má-fé (artigo 17, IV e V) ou o ato atentatório ao exercício da jurisdição (artigo 14, V, e parágrafo único), à míngua de previsão expressa autorizando-as.

O Código de Processo Civil de 2015, ao contrário, expressamente sufragou a possibilidade de cumulação da multa por descumprimento da obrigação de fazer (artigo 536, § 1º), com a responsabilização por crime de desobediência,<sup>41</sup> com as sanções por litigância de má-fé

<sup>41</sup> Vale consignar que, até para fins de instalação de debate a respeito, no caso de descumprimento de obrigação de pagar, nos termos do artigo 523, § 1º,

(artigo 536, § 3º) e com a multa por ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 77, §§ 2º e 4º).

Mister consignar que os artigos 536, § 3º, e 77, § 4º, prescrevem expressamente a possibilidade de cumulação de duas sanções (*astreintes* e litigância de má-fé ou *astreintes* e ato atentatório à dignidade de justiça). Não há previsão explícita da possibilidade de cumulação das três multas (*astreintes*, litigância e ato atentatório), embora seja até possível inferir tal interpretação do fato de que o artigo 77, § 2º, prescreve que a multa por ato atentatório incidirá independente de outras sanções processuais cabíveis e que no § 4º do artigo 77 se prevê a possibilidade de cumulação da multa do *contempt of court* com a das *astreintes*.

Entretanto, considerando que se teriam sanções cumulativas, de natureza semelhante (vacuidade processual) e pelo mesmo fato, inexistindo previsão legal explícita que permita a tríplice aplicação de multa, deve prevalecer a regra de proibição do *bis in idem* quando da inexistência de expressa autorização de cumulação, como direito fundamental incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por construções teóricas e jurisprudenciais<sup>42</sup> (artigo 5º, § 2º da Constituição Brasileira).

---

configurada a atuação em vacuidade processual e, por consequência, o ato atentatório à dignidade da justiça, o novo Código de Processo Civil prescreve a possibilidade inclusive de responsabilização nas esferas criminais, civis e processuais cabíveis.

<sup>42</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 49/50; HUNGRIA, Nelson in: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.1140. DAMASIO DE JESUS. *Direito Penal – Parte Especial* – vol. 4, p. 219, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002; SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, nº 4 e ano V, nº 5, p. 91-122, 2003-2004; STF. HC 86606, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00086 EMENT VOL-02283-04 PP-00638; STF. HC 86254, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 10-03-2006 PP-00054 EMENT VOL-02224-02 PP-00257 RTJ VOL-00203-01 PP-00243 RT v. 95, n. 848, 2006, p. 490-494; STF. HC 80263, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO,

Além disso, cumpre novamente ressaltar que para a aplicação dessas sanções, imprescindível o prévio contraditório (artigos 9º e 10), assim como a inexistência de justificativa para o descumprimento da decisão, ensejando efetiva constatação de atuação em vacuidade processual a partir de fundamentação não dogmática.

Ainda sobre as *astreintes* vale consignar que a alteração ou exclusão da multa fixada somente será possível em relação ao valor vincendo, mas não em relação ao valor da multa que já tenha incidido em decorrência do não cumprimento pontual da obrigação de fazer (artigo 537, § 1º, do novo Código de Processo Civil).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, de forma sucinta, foi possível consignar inicialmente a estatura do processo, como paradigma linguístico-jurídico fundamental à operacionalização do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao dever de lealdade processual, trilhou, na academia, na jurisprudência e na legislação, evolução desde uma concepção moral subjetiva até uma concepção ética objetiva. Entretanto, ao se valer da ética ou da moral, ou seja, da lealdade como boa conduta ou como boa crença, torna-se inviável o estabelecimento de discurso democrático sobre o cumprimento ou não do dever processual.

Essa impossibilidade implica dupla violação das garantias fundamentais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, seja porque o órgão jurisdicional ao interpretar o dever de lealdade o faz de forma excessivamente ampla a ponto de restringir tais garantias, seja porque o faz de forma excessivamente branda, hipótese em que tais garantias acabam sendo restringidas pela ilícita atuação processual do *ex adverso*.

O dever de lealdade processual nada mais seria do que de atuação em juízo de forma normativamente amparada no direito fundamental de contribuir de forma ativa e efetiva, verdadeiramente protagonista, para a construção, interpretação e aplicação do direito. A deslealdade processual seria a atuação no procedimento sem amparo em ampla

---

Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2003, DJ 27-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02116-03, PP-00515.



defesa, contraditório ou isonomia, em espaço, portanto, externo ao processo e, enfim, em vacuidade.

O novo Código de Processo Civil abandonou a terminologia “lealdade” processual, adotando, em substituição o dever de boa-fé e fazendo-o na perspectiva objetiva, de boa conduta, conforme dispõe o artigo 5º, o que é inerente ao *due process of law* mas incompatível com o devido processo legal no Estado Democrático de Direito.

Ao tornar homônimos institutos inerentes a diferentes regimes jurídicos, a alteração trazida pelo Código de Processo Civil acaba incorrendo no erro da teoria da relação jurídica processual, identificando um mesmo princípio para atuar em âmbitos manifestamente diferentes do direito e regidos por princípios, muitas vezes, antagônicos.

Considerando a função instrumental da Jurisdição em relação ao processo, no sentido de ao Estado-Juiz incumbir precipuamente assegurar aos sujeitos processuais a observância irrestrita das garantias discursivas fundamentais e que o controle quanto ao cumprimento dos deveres processuais é um dos meios pelos quais tal função se efetua, é importante que a avaliação do cumprimento ou não dos deveres processuais seja procedida com base em parâmetros jurídico-científico-processuais e por linguagem não dogmática, aberta à ampla testificação.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2.

ALVIM, José Manuel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, nº 69/7.

ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no Processo Civil*. São Paulo: Rideel, 2005.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. O Processo constitucional como elemento de proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*. RBDPro, ano 20, nº 80 (out./dez. 2012). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 71-97.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Uma breve abordagem sobre a tutela antecipada pelo abuso do direito de defesa. *Revista da Amagis*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, nº 8, p. 29-48, jan./jul. 2013.

- ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática: escopos fundamentais do processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.
- BATISTA LOPES, J. *O juiz e a litigância de má-fé*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 740, p. 128-133, jun.1997.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et al.* *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; *Manual elementar de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 92-99, jul./ago. 1987.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 1992.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NALINI, José Renato. *A ética nas profissões jurídicas*. Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ano 19, n. 225, set. 1997.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2011.

PRETEL E PRETEL, Mariana. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I.

VINCENZI, Brunela Vieira De. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002.

WINTER, Vera Regina Loureiro. *A boa-fé no direito privado e no direito público: breve estudo comparativo e suas aplicações práticas*. São Paulo: Juris Síntese Millenium, 1988.

*Recebido em 26/2/2016*

*Aprovado em 20/6/2016*



# 3

## O SISTEMA DE PRECEDENTES “À BRASILEIRA” OU “TROPICALIZADOS” NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (“BRAZILIAN WAY” OR “TROPICALIZED” PRECEDENTS SYSTEM IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE)

*José do Carmo Veiga de Oliveira*<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente ensaio tem o propósito de apresentar uma discussão que vem crescendo a cada dia desde que decidiu elaborar um “novo” Código de Processo Civil, que foi instituído pela Lei n. 13.105, de 15 de março de 2015. Com o propósito de se reduzir os mais de 106.000.000 de processos em curso no Judiciário Brasileiro, foi adotado um sistema de *precedentes* mediante simples edição legislativa, com o elevado desiderato de permitir a mesclagem entre as duas grandes famílias do Direito: a *civil law* e a *common law*. Essa aproximação vem sendo defendida arduamente por alguns processualistas brasileiros, enquanto outros ainda resistem a essa possibilidade. O fato é que a referida Lei foi sancionada e já faz parte do arcabouço jurídico nacional e os *precedentes* deverão ser a alternativa para se impedir

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual pela PUC-MINAS, Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Professor de Direito Civil e Processual Civil da PUC-MINAS.

a renovação de demandas que tenham a mesma fundamentação fático-jurídica adotada em julgado por algum Tribunal de 2o grau ou Superior. Constatada a existência de *precedente* editado sob o manto da *ratio decidendi*, e inaplicável qualquer técnica de sua superação, será impossível a qualquer pessoa apresentar nova demanda sob o mesmo fundamento fático-jurídico e respectiva pretensão. É inegável a inconstitucionalidade da referida lei ordinária, sob vários aspectos e que serão tratados no presente trabalho.

Palavras-chave: Precedentes; *ratio decidendi*; *obter dictum* ou *obter dicta*; *distinguishing*; *overruling*; *overriding*; magistratura; jurisdição.

### ABSTRACT

This essay has the purpose of presenting a discussion that is growing every day as it is decided to draw up a “new” Civil Procedure Code, which was established by Law n. 13,105, of March 15th, 2015. In order to reduce the more than 106,000,000 of ongoing processes in the Brazilian Judicial System, a system of precedents upon simple legislative issuance was adopted, with high desideratum to allow merging between the two major families of Law: *civil law* and *common law*. This approach has been ardently defended by some Brazilian proceduralists, while others still resist this possibility. The fact is that the referred Law was sanctioned and is already part of the national legal framework and *precedents* should be the alternative to prevent the renewal of demands that have the same factual and legal basis adopted in final judgement by a Court of 2nd degree or Higher. Verified the existence of *precedent* edited under the cover of *ratio decidendi*, and inapplicable any technique of its overcoming, it will be impossible for anyone to present a new demand under the same factual and legal basis and respective pretension. The unconstitutionality of the referred ordinary law is undeniable, in various aspects and that will be addressed in this paper.

Keywords: Precedents; *ratio decidendi*; *obtain dictum* or *obtain dicta*; *distinguishing*; *overruling*; *overriding*; magistracy; jurisdiction.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Características do sistema de precedentes à luz da common law – divergência com o sistema jurisprudencial e seu abandono para a adoção de decisões prospectivas. 3. Figuras típicas da common law: *distinguishing* ou *distinguish*, *overruling* e *overriding* –

técnicas de superação dos precedentes. 4. Obter dictum ou obter dicta e ratio decidendi – distinção e aplicação na nova sistemática “brasileira” – os precedentes e o trânsito em julgado da “fundamentação” das decisões judiciais. 5. Estabilidade – integridade – coerência – exigência da novel legislação processual quanto à uniformização da jurisprudência dos tribunais – a análise de questões fáticas nos recursos especial e extraordinário – reflexões quanto às súmulas já editadas pelo superior tribunal de justiça e supremo tribunal federal. 6. Conclusão. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O contexto por meio do qual surgiu entre nós, de tradição secular da eminente família do Direito denominada de *civil law* e, agora, de um momento para outro, vê-se adotada uma mesclagem com a família do sistema da *common law*, proporciona um impacto forte e faz romper barreiras que há pouco mais de trinta (30) anos seria inimaginável que fosse possível registrar essa mudança extrema, num ambiente em que jamais se pensou a respeito, pelo menos em nível de discussão no âmbito da comunidade jurídica brasileira, ante a própria cultura romano-germânica da qual o Brasil sempre foi signatário.

Ocorre, no contexto atual, a adoção do sistema de precedentes em que toda a estrutura para seu funcionamento está fundado em termos culturais, históricos, filosóficos, políticos, estruturais, econômicos e, sobretudo, pautado numa tradição arraigada no próprio povo dos países que adotam esse sistema de Direito.

Já se viu que no Brasil existe uma grande dificuldade de aceitação, a princípio, exatamente em virtude de não haver, em toda a sua História, qualquer margem para se promover essa “adoção” pelas razões já declinadas e, ainda, porque não se olha para uma decisão proferida pelo Judiciário Brasileiro, em nenhuma das áreas de atuação que impliquem em promover uma séria distinção entre o *obter dictum* ou *obter dicta* daquilo que sistematicamente se conhece por *ratio decidendi*.

Esses dois termos que, aparentemente, são estranhos à nossa linguagem em Direito Processual, doravante vão integrar a nossa cultura de modo que deveremos apreender a distinção se faz de um e outro na prática do cotidiano forense, visando assimilar que a *obter dictum* ou a *obter dicta* possuem o sentido de se afirmar que o que se disse foi apenas por dizer e que não reside em nenhum desses termos qualquer forma ou razão de decidir. Nesse passo, pois, estaremos diante

da *ratio decidendi*, ou seja, a razão de decidir, o fundamento de toda a sustentação do *decisorium*.

Essa razão de decidir passa a integrar, doravante, a fundamentação de qualquer sentença ou acórdão que for proferido, em qualquer nível jurisdicional, de modo que, para se formar um precedente, haveremos que olhar para o futuro, decidindo para orientar as decisões que haverão de ser proferidas. A *contrario sensu*, de como ocorre na *civil law*, olhar para as decisões pretéritas como orientação para decidir um caso presente. Isso significa que as sentenças que forem proferidas de agora em diante deverão servir de orientação e direção para os casos futuros. Isso significa, claramente, que não mais serão proferidas decisões, sentenças ou acórdãos por todos os níveis do Judiciário Brasileiro que não tenham o condão de orientar as decisões que de futuro haverão de ser proferidas, sustentando a formação dos precedentes, geradores de efeito vinculante desde o Supremo Tribunal Federal ao Juízo de primeiro grau, em qualquer comarca dos Estados Brasileiros, na sua inimaginável hierarquização jurisprudencial.

Como se disse, estamos vivendo uma grande transformação no sistema judiciário brasileiro a ponto de se permitir uma verdadeira mudança de pólos para, de um modo ou de outro, atender-se aos interesses mercadológicos, tratando-se de decisões pautadas na possibilidade de se tornarem previsíveis, cabendo aos Tribunais manter um “banco de precedentes”, mediante livre acesso pela rede mundial de computadores, pautando uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Essa é a nova realidade do Direito Processual Brasileiro que ora se inaugura por força da vigência do Novo Código de Processo Civil. Sejam, todos, portanto, muito bem vindos ao regramento estabelecido pelo Banco Mundial por meio do seu Documento n. 319.

## **2. CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA DE PRECEDENTES À LUZ DA *COMMON LAW* – DIVERGÊNCIA COM O SISTEMA JURISPRUDENCIAL E SEU ABANDONO PARA A ADOÇÃO DE DECISÕES PROSPECTIVAS**

Diante da nova ordem processual instituída pela Lei n. 13.105, de 15 de março de 2015, mediante a adoção do chamado “sistema de



precedentes” que se tornou tão defendido por uns<sup>2</sup> e, em contrapartida, rejeitado por outros<sup>3</sup>, em virtude da mesclagem entre as duas grandes famílias do Direito – *civil law* e *common law* – tornou-se indispensável, ainda que de forma singela, a elaboração de um breve comentário quanto ao modo com que isso está se tornando uma realidade no Direito Processual Civil Brasileiro.

De fato, estamos diante de uma nova formatação para o Direito Processual Civil, sem qualquer estruturação adequada e própria para que se possa redirecionar o *modus operandi* das decisões que serão proferidas por todas as instâncias judiciais brasileiras, já que o Judiciário vai trabalhar em outro viés decisório. Explica-se: será abandonado o sistema jurisprudencial, por meio do qual sempre se adotou a orientação decisória considerando os julgamentos anteriormente proferidos, constituindo uma espécie de persuasão por julgados pretéritos, com o propósito de orientar os Julgadores em casos presentes. No dizer de Pedro Nava, estariam os Julgadores sendo guiados por faróis instalados na traseira de um veículo, ou seja, iluminando o passado. Doravante, os faróis iluminarão o futuro, parafraseando o grande brasileiro.

É de se frisar que esses julgados sempre serviram para estabelecer paradigmas sob os quais muitos deles constituíram a “*jurisprudência dominante*” ou a “*jurisprudência minoritária*”, em certas temáticas,

<sup>2</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010).

· Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 117 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 380, p. 48, 2009, dentre outros.

<sup>3</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 72. Da independência jurídica do juiz, pág. 161/162, Campinas: Millenium, 2000. LIMONGE, Celso Luiz; STEFANO, Cláudia. Breves anotações sobre a reforma do judiciário. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). *A reforma do judiciário, uma abordagem sobre a Emenda Constitucional 45/2004*. Campinas: Millennium, 2007; Boaventura de Souza Santos, in <http://www.uepg.br/rj/alvlat16.htm>. – dentre outros.

mormente perante os próprios Tribunais aos quais estivessem vinculados os subscritores dos acórdãos proferidos. Vale notar, ainda, que em muitas dessas vezes não se tenha firmado a melhor interpretação dos fatos para efeito de se permitir a identificação dos elementos que fossem capazes de, verdadeiramente, permitir a formação do convencimento racional do Julgador na situação fática debatida nos autos, reiterar-se, submetida à sua apreciação para o ato de julgar.

No entanto, a realidade que se nos apresenta para doravante tem outro viés: os julgados serão proferidos com o intuito de se permitir que, diante da análise fática da lide submetida à apreciação do Julgador, sejam estabelecidos os fundamentos da decisão mediante o realce dos fatos e, com tamanha clareza, intensidade e precisão, não permitindo qualquer dúvida sobre os aspectos que realmente sustentarão os precedentes que a serem editados, no futuro, pelos Tribunais, visando atender as exigências a serem preenchidas para se formar o “*banco de precedentes*” em cada Tribunal da Federação.

Esse “*banco de precedentes*” será divulgado pela rede mundial de computadores<sup>4</sup>, de modo a se permitir que qualquer pessoa interessada em acessá-lo, quaisquer sejam as suas razões, mediante disponibilização, possa servir de orientação às próprias partes assim como a todos os Operadores do Direito que, por acesso a um *link* específico nos sítios dos Tribunais, poderão se orientar quanto a essa ou aquela pretensão, quanto à sua viabilidade ou não no que tange à sua aplicação aos casos concretos que talvez sejam admitidos e submetidos à apreciação do Judiciário.

No sistema *common law* a construção do Direito dá-se mediante a publicação dos julgados e, assim, todos eles observam os *precedentes* já existentes para se permitir ao Julgador a formação do seu convencimento tendo como orientação as decisões proferidas a partir de casos concretos já decididos e formada a coisa julgada, ou seja, com ou sem a interposição ou desistência de eventuais recursos e os respectivos julgamentos pelos Tribunais quanto àquela decisão que servirá de paradigma para as situações vindouras, verificada, no âmbito dos respectivos processos, a conhecida preclusão máxima.

<sup>4</sup> Art. 927 – omissis... § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

É de se frisar que o sistema *common law* indica a orientação ao Julgador para a prática do seu ato de julgar e possui, desde a sua adoção, ampla acolhida pelos Operadores do Direito, como um todo, em virtude de se tratar de uma sistemática por meio da qual todos os jurisdicionados e Julgadores, do primeiro ao último grau recursal, possuem uma formação social, cultural, filosófica, política, jurídica e jurisprudencial capazes de aderir ou não, conforme a situação fática posta à sua apreciação, autorizando ou rejeitando a pretensão deduzida perante o Órgão Julgador. Deve-se frisar que a parte que pretenda apresentar em Juízo uma postulação, valer-se-á dessa fonte de pesquisa e orientação para que a avaliação prévia de um caso concreto seja formada diante do banco de dados existente, para firmar posição quanto ao cabimento ou não de uma pretensão em Juízo.

Não se pode olvidar, entretanto, que se a orientação já firmada pelos julgados existentes a respeito da matéria em questionamento for contrária à pretensão da parte, ela não deduzirá em Juízo aquela postulação. No entanto, se lhe for favorável, a sua conclusão decorrerá depois de, igualmente, examinar, pausada e detidamente, a *ratio decidendi* ou *holding* do julgado ou julgados visando identificar se a questão fática possui os mesmos contornos do fato que está sendo avaliado para, somente então, se for o caso, decidir-se quanto ao ajuizamento da pretensão.

É como se dissesse: esse *banco de precedentes* funcionará como uma espécie de balizamento para informar a “*condição de procedibilidade*” da pretensão que se quer deduzir perante o Judiciário. Se encontrar respaldo positivo, a parte terá a sua resposta e, da mesma forma, se o respaldo for negativo. No entanto, em qualquer hipótese, os fatos serão de fundamental importância para que se forme um convencimento, prévio ou posterior ao ajuizamento, se for o caso, dependendo, obviamente, de como forem apresentados e avaliados pelo Julgador, ante a *ratio decidendi* ou *holding*, reitere-se.

Note-se, por outro lado, que toda essa questão está firmada numa tradição secular, em que toda uma estrutura social, cultural, jurídica, política, filosófica e jurisdicional, já se encontra sedimentada através de vários séculos. Isso nos conduz, forçosamente, à conclusão de que todo o sistema judiciário, social, cultural, político, jurídico e filosófico estão pautados dentro de premissas consolidadas e solidificadas através

de vários séculos, diante de uma formação histórica que permite à população uma submissão capaz de lhe pacificar a mente e o coração para aceitar a orientação de casos idênticos já julgados e que informaram o Julgador quanto ao seu julgamento, com caráter vinculante àquele ou àqueles casos que serviram de orientação ao estabelecimento do precedente.

De outro lado, traz para nós, brasileiros, uma grave inquietação sob o ponto de vista técnico, jurídico, legislativo e constitucional: pode-se permitir a adoção de uma “nova” sistemática, desse naipe, como que se fosse um produto que esteja sendo “*importado*” para a nossa sofrida experiência jurisdicional, acreditando que seja capaz de alterar o nosso estado de fato a partir dos nossos próprios Tribunais Superiores? Isso se indaga em virtude da grande oscilação de entendimentos e posicionamentos de nosso Superior Tribunal de Justiça que, em grande parte de suas decisões, ao invés de “*uniformizar*” o entendimento quanto à legislação infraconstitucional, acaba por criar um efeito de “*desuniformização*” como referido pelo seu Ministro Humberto de Barros<sup>5</sup>...

<sup>5</sup> “Nos últimos tempos, entretanto, temos demonstrado profunda e constante insegurança. Vejam a situação em que nos encontramos: se perguntarem a algum dos integrantes desta Seção, especializada em Direito Tributário, qual é o termo inicial para a prescrição da ação de repetição de indébito nos casos de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo ou combustível, cada um haverá de dizer que não sabe, apesar de já existirem dezenas, até centenas, de precedentes. Há dez anos que o Tribunal vem afirmando que o prazo é decenal (cinco mais cinco anos). Hoje, ninguém sabe mais. Dizíamos, até pouco tempo, que cabia mandado de segurança para determinar que o DTA fosse corrigido. De repente, começamos a dizer o contrário. Dizíamos que éramos competentes para julgar a questão da anistia. Repentinamente, dizemos que já não somos competentes e que sentimos muito. O STJ existe e foi criado para dizer o que é a lei infraconstitucional. Ele foi concebido como condutor dos tribunais e dos cidadãos. Em matéria tributária, como condutor daqueles que pagam, dos contribuintes. ... Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula n. 276 do STJ, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o STJ, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que

Não se pode, portanto, partir da premissa de que, em havendo uma alteração legislativa, pura e simplesmente, como ocorre no Brasil por meio da mudança abrupta de um sistema constitucional e processual tenhamos a possibilidade de, simplesmente, de um momento para outro, por meio do vencimento do prazo da *vacatio legis* do novo regramento processual, haver uma alteração que implica num rompimento *ex abrupto* para adotar-se uma nova realidade jurisdicional, como se tivéssemos esses requisitos totalmente atendidos desde tempos imemoriais em relação à época de quando se decidiu elaborar o ante-projeto do novel ordenamento processual brasileiro.

Esses argumentos têm o propósito de promover a afirmativa de que não se constrói um sistema de precedentes por meio de edição de uma lei, como se pretendeu no passado recente da história brasileira, *mutatis mutandis*, reduzindo inflação mediante decreto-lei consubstanciado mediante prévio “*tabelamento*” ou “*congelamento de preços*”, porque, num determinado momento político, financeiro e econômico, ocorreu um rompimento com esse estado de coisas e a inflação retomou elevados patamares dantes nunca vistos, exigindo-se medidas drásticas visando debelar o novo quadro que se instalou devido à imperícia na adoção das medidas adotadas sem o menor quadro

---

estávamos errados. Por isso, voltamos atrás. Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o STJ está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos já menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não ter devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados”. (Voto-vista do Min. Humberto Gomes de Barros no AgRg no REsp n. 382.736-SC, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, S1. Primeira Seção, DJ 8.10.2003, DJ 25.2.2004, pág. 91, *in* RDR 31/329).

estrutural/estruturado/estruturante que lhe permitisse qualquer chance de êxito.

Para efeito de se estabelecer um comparativo num contexto absolutamente diametral com o que se discute neste trabalho, seria o mesmo que adotar a terapia aplicável ao uso de antitérmico visando debelar uma infecção pela sua singela ministração, sem buscar a identificação do quadro infeccioso para se aplicar o tratamento com o uso de antibióticos próprios e adequados ao combate da bactéria específica, causadora do quadro febril. Isso não se faz mediante simples estalar de dedos.

Talvez houvesse algum luminar que suscitasse como uma espécie de “*balão de ensaio*” a existência de um sistema de efeito vinculante já instalado no ordenamento constitucional-jurídico-processual brasileiro, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, autorizado pelo Ordenamento Maior, e como seu guardião, estivesse a editar súmulas com tal efeito, determinado a vinculação dos órgãos do Judiciário e, assim, de todo o Executivo às suas decisões.

No entanto, o que se tem visto é que as súmulas editadas e já mencionadas neste trabalho, com efeito vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, muitas delas, à data de sua edição, sequer estavam amparadas em decisões publicadas e, conseqüentemente, sem que tivesse ocorrido a formação de coisa julgada, de modo a oferecer-lhe autoridade suficiente para ser acolhida no meio jurídico por parte daqueles que as examinassem com um mínimo de juridicidade, posto que meramente formal. Não é assim, com a mais honrosa vênias, que se muda ou se altera o sistema de uma das duas grandes famílias do Direito, a *civil law*, com redobradas vênias.

Ademais disso, tudo quanto se fizer nesse período de adaptação à nova realidade processual e jurisdicional que se espera reinar no Brasil, corre-se o risco de, inicialmente, haver uma espécie de “*repristinção fática*” do Código de Processo Civil, de 1973, considerada toda a sua cientificidade, cuja característica em grande parte se ressentem o novel diploma... Houve quem dissesse que “*as palavras não têm o dom de mudar a natureza das coisas*”. Por evidente, não se altera um sistema processual simplesmente por meio de uma nova lei, por mais que, em muitos dos seus dispositivos, sejam utilizadas expressões de

caráter técnico, mas que por si só não têm o condão de “*dourar a pílula*” ou mudar a natureza jurídica de nossa legislação processual, promovendo-se-lhe uma grande alteração capaz de redirecionar tudo o que se pratica no Judiciário deste País, sobretudo do ponto de vista cultural, desde a sua “*descoberta*” por Pedro Álvares Cabral.

O que se aproxima, na verdade, é o abandono do sistema jurisprudencial, de caráter persuasivo para se adotar um sistema constituído por decisões que serão proferidas com o condão de firmar entendimentos para novos litígios que ainda haverão de serem ajuizados, ou seja, para ditar uma nova ordem jurisprudencial com efeitos prospectivos. Tudo isso implica, na verdade, em abandonar totalmente o sistema vigente durante séculos para que outro seja adotado, desfazendo-se completamente das raízes e tradições da *civil law* em busca de uma nova realidade, a *common law*, como se isso fosse possível de um momento para outro, sem qualquer espécie de transição, como costumemente se faz com as reformas da previdência social que, aliás, mais uma vez, volta à pauta política.

De outro lado, ainda havemos de considerar que a atual realidade da jurisdição brasileira consiste, na verdade, numa grande “*linha de produção de decisões judiciais*”, em virtude das dezenas de metas que são estabelecidas a cada ano pelo Conselho Nacional de Justiça, mais especificamente a conhecida “*Meta 02*” que determina o julgamento de todas as ações novas ajuizadas a cada ano e mais dez por cento (10%) do “*estoque*” de processos em curso. Isso autoriza dizer que se houver o ajuizamento mensal de duzentas, trezentas ações novas, para cada vara de uma grande comarca ou mesmo nas comarcas menores, do interior, deverá ser julgada naquele mês de sua entrada igual quantidade de ações já em curso e acrescida de dez por cento (10%) do “*estoque*” de processos em tramitação. Miseravelmente, esse número não será inferior a quatrocentas, quinhentas sentenças de mérito ao mês, isso porque não existe comarca neste imenso País que não possua um acervo em cada Secretaria de Juízo ou Comarca, ainda que do interior de qualquer Estado da Federação que não tenha menos de 10.000 processos em tramitação, consideradas todas as competências jurisdicionais.

Ademais disso, não se pode olvidar que, uma vez decididos esses feitos na mesma proporção dos novos ajuizados mais o percentual

do estoque já mencionado e remetidos em grau de recurso aos Tribunais de segundo grau, são freqüentes as sessões de julgamento em que muitos desses processos julgados primeiramente têm sentenças declaradas nulas, anuladas ou cassadas em virtude do indispensável provimento de recursos interpostos por uma ou por ambas as partes litigantes, fundados em questões que foram superadas quando do julgamento do primeiro grau de jurisdição e/ou que não foram ou não poderiam ter sido rejeitadas ou superadas sem uma análise mais aprofundada de seu conteúdo fático ou jurídico. Todavia, as metas devem ser atendidas e cumpridas...

Também não se pode desconsiderar um fato que é de suma importância e que se encontra umbilicalmente jungido à causa primária de tamanho volume de processos em primeiro grau: mesmo que julgados os feitos até mesmo na última instância recursal brasileira, esses processos retornarão, obrigatoriamente, ao primeiro grau de jurisdição, para enfrentar a fase do cumprimento do julgado, mesmo sob o ponto de vista do sincretismo processual, até mesmo para dar cabo à sucumbência em favor da parte vencedora, em caso de extinção do processo sem exame de mérito, sujeitando-se, naturalmente, a vários incidentes processuais até que, finalmente, receba a ordem de arquivamento por ter se esgotado a prestação jurisdicional.

Por fim, a grande “*linha de produção de sentenças*” de primeiro grau, repetida nos Tribunais de segundo grau e também nos Superiores, acabam por se tornar uma imensa automação judiciária, de modo que a quantidade pode ficar próxima do atendimento das metas, mas, a qualidade fica imensamente prejudicada, onde os recursos são providos e a fase do cumprimento do julgamento, muitas das vezes, encontra óbices intransponíveis, como consequência das inúmeras intervenções protelatórias das partes vencidas.

### **3. FIGURAS TÍPICAS DA *COMMON LAW*: *DISTINGUISHING* OU *DISTINGUISH*, *OVERRULING* E *OVERRIDING* – TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES**

Diante do fato de que o sistema da *common law* encontra-se firmado numa proposta que consiste em que não apenas se decida a



respeito de um caso concreto, mas, na verdade, servirá de paradigma para surtir o efeito de firmar um precedente e com caráter vinculante, aplicável a caso idêntico, de fato e de direito, visando decidi-lo da mesma forma e com efeitos prospectivos sob os mesmos fundamentos constituídos anteriormente, quais sejam, a *ratio decidendi* e a *quaestio iuris*. Havemos, pois, de convir, que nem todos os casos poderão ou mesmo serão apreciados sob idêntico figurino.

Isso decorre de um elemento que envolve toda situação fática que leva e conduz milhares e milhares de litígios que são diariamente submetidos à apreciação do Judiciário em todo o território brasileiro. Logo, não se pode considerar que para todos esses casos a decisão a ser proferida pelos Juízes de primeiro grau também haverão de ser idênticas diante de cada caso concreto, mormente em se considerando que cada um deles, por mais idêntico que seja, ainda apresentará um ponto de divergência com outros tantos partindo sempre da mesma premissa: *quaestio factum*.

Todavia, num determinado momento identificar-se-á alguma similitude entre essas pretensões. Nesse particular poderá ocorrer a aplicação quando do ato sentencial de um ponto de convergência entre o feito que está sob análise e outro que já foi julgado anteriormente e, que, pelas suas razões de decidir – *ratio decidendi* – de fato ou de direito – servirá de fundamento para a nova decisão que vier a ser proferida, pois, aquela, possui efeito vinculante quanto ao precedente que ela ajudou a formar com efeitos prospectivos.

Essa decisão anterior será o paradigma para a nova e, então, estaremos diante de um precedente que, em razão de lei, terá o condão da força vinculante, ou seja, será o padrão adotado para casos idênticos e, reiterar-se, de fato ou de direito. Estaremos, pois, diante do *leading case*, aquele que será o referencial decisório para casos que tais. Adotar-se-á, por isso, o que no direito anglo-americano denominou-se de *stare decisis*, equivalendo dizer, está decidido e não se deve decidir novamente.

Apesar disso, não se pode ignorar que essa teoria – *stare decisis* – não funciona como se fosse um valor absoluto no sistema da *common law*, porque em todo e qualquer sistema de Direito deve ocorrer um vínculo entre as regras de ordem social, política, cultural e filosófica

em plena sintonia com as ordens jurídica e judiciária. Para isso, devem ser considerados os *topois* de cada povo, suas origens e, mormente, seus valores éticos, morais, sociais, políticos, religiosos e respectivos costumes.

Para que se possa falar em *stare decisis* é de se considerar que não se trata de uma situação em que seja uma questão de ordem absoluta, de total aplicação a todos os casos. É necessário tomar em consideração o que se chama de *identidade de demanda* ou de *igualdade fática*. Seria, nos termos da *civil law*, o que se denomina de *identidade da causa de pedir* e do próprio *pedido*, que têm por fundamentos a *quaestio factum* que sempre orientou as partes diante das situações hipotéticas criadas pelo legislador brasileiro às quais os fatos devem se subsumir. Constatados esses requisitos, a sua aplicação é consequência natural, como garantia do próprio sistema da *common law*<sup>6</sup>.

Registre-se, contudo, que tal propósito é princípio e não garantia absoluta e insuperável, não havendo, portanto, obediência cega, indiscutível e incontestável, vez que é possível proferir decisão diversa do precedente, uma vez verificada ausência de razoabilidade e/ou erronia na decisão anterior.

No entanto, se eventualmente o Julgador identificar no aspecto fático ou jurídico questão que o caso posto à sua apreciação for divergente daquele que foi firmado anteriormente com caráter vinculante, deverá aplicar um método de distinção e indicar o ponto em que ocorre a divergência entre o precedente e o caso concreto em análise. Referimo-nos, pois, ao *distinguishing* ou *distinguish*, exatamente o instituto da *common law* que tem o condão de distinguir um caso concreto de outro para efeito de excluir o último daquele que, em tese, serviria de paradigma para o julgamento em curso.

A essa modalidade dá-se o nome de *técnica de superação do precedente*, ou seja, a exclusão do precedente como paradigma para o

---

<sup>6</sup> “Conseqüentemente, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para estabelecer a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Logo, a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas”. (RE, Edward D. *Stare Decisis*, tradução de Elle Gracie Northfleet, Revista Forense v. 327, págs. 38/39).

juízo do caso novo, isto é, a inaplicação do *leading case* por não servir de padrão para o caso concreto *sub examine* pelo Julgador, exatamente porque parcialmente diferente, ainda que por mínimo que seja, do julgado considerado como paradigma.

Deve-se observar, ainda, que em se tratando do *distinguishing* ou *distinguish* as partes litigantes, autores, réus ou terceiros intervenientes que eventualmente sejam admitidos no curso da tramitação processual, deverão tomar em consideração o possível precedente para efeito de, os autores, promoverem a indicação, na sua petição inicial, dos aspectos fáticos ou jurídicos em que a sua pretensão diverge dos termos do precedente e, assim, os réus, bem como os terceiros intervenientes, no momento de sua primeira manifestação nos autos do processo. Normalmente, isso ocorrerá quando da apresentação de resposta à pretensão vestibular deduzida pelo autor. De outro norte, em se tratando de reconvenção, tanto na sua inicial, de parte do reconvinente, quanto na resposta do reconvido. Da mesma forma, em virtude da intervenção de terceiros interessados no curso do processo.

Assim fazendo o autor, pretende ele, na verdade, que o Julgador acolha a sua pretensão no sentido de determinar o seu processamento, ou seja, dar-lhe seguimento. Como dito, compete ao réu ou réus e assim a terceiros intervenientes, em posição contrária àquela assumida pelo autor ou autores, opor-se a essa pretensão sob o argumento de que o precedente *a* ou *b* não lhe autoriza o seguimento processual e, assim, o Juiz deverá, ao final, decidir a respeito. Essa decisão implica, necessariamente, na avaliação do precedente para, se for o caso, aplicá-lo ao caso *sub examine* e, dессarte, proferir o seu julgamento concretamente.

Desta forma, caberá, pois, ao Julgador, no momento adequado, conhecer ou não da aplicação do precedente invocado, de modo a acolher ou rejeitar a alegação de seu cabimento ou aplicação. Em sendo o caso de se lhe dar acolhimento, aplicará o precedente. Todavia, deverá declinar, em todos os seus pormenores, as razões que o levaram àquela convicção quanto a aplicação, fundamentando, pois, a sua decisão. Caso contrário, deverá, igualmente, aduzir a motivação pela qual concluiu pela sua inaplicabilidade, ou seja, fundamentando a sua decisão. Em qualquer das hipóteses, a fundamentação é de suma importância,

pois, a partir dela, abre-se o contraditório às partes para que façam aduzir suas razões, favoráveis ou contrárias à acolhida ou rejeição do precedente invocado por qualquer delas, sobretudo, em sede recursal dirigida aos respectivos níveis jurisdicionais.

Sob a mesma perspectiva, caberá aos Tribunais de apelação ou Superiores avaliar do cabimento ou não do precedente adotado ou rejeitado e, da mesma forma, fundamentar para acolher ou rejeitar as alegações, sob pena de nulidade do decisório, conforme enumera exaustivamente o artigo 489, da novel ordem processual civil brasileira<sup>7</sup>.

Pode ainda ocorrer mais uma hipótese: a aplicação do *overruling*, que se constitui em mais uma *técnica de superação do precedente*, já que a sua acolhida implica, na verdade, em se afirmar que é possível proceder-se à revisão dos precedentes quando não se adequarem à realidade fática posta à apreciação do Julgador no momento de proceder a sua análise quando receber a postulação lançada pela parte interessada ou mesmo quando de sua contraposição pelo seu ex-adverso ou

<sup>7</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

terceiros que intervierem no processo, assim como em se tratando de reconvenção.

Não se pode deixar de ponderar o fato de que seria, em tese, possível que a criação do precedente que se pretende aplicar a um determinado caso concreto deixou de considerar algum aspecto que lhe fosse absolutamente relevante e, por isso mesmo, não seria de todo equivocado compreender que o precedente em apreço teria sido construído sob premissas equivocadas e, desta forma, seria o caso de, dentro da margem de ponderação aplicável ao Julgador, rejeitar a sua acolhida e aplicabilidade diante da concretude da situação submetida ao seu julgamento.

Finalmente, a última hipótese que deve tratada nesta etapa do presente trabalho reside no *overriding*, correspondendo à hipótese de o precedente encontrar-se ultrapassado, até mesmo por força dos próprios fatos que lhe deram origem. Portanto, ocorrendo a evolução da interpretação jurídica a seu respeito, porque o próprio Direito avançou em termos de mudança social e jurídica, poderá vir, por isso mesmo, perder a sua aplicabilidade em face de sua notória inaplicação.

Um exemplo típico dessa possibilidade no nosso sistema jurídico decorre do entendimento que havia no Supremo Tribunal Federal quanto aos contratos de promessa de compra e venda firmado entre as partes contratantes. No entanto, há um porém a ser considerado: o documento não havia sido submetido ao registro imobiliário. Essa situação chegou a constituir-se em súmula persuasiva pelo número de decisões que foram proferidas.<sup>8</sup> O fato é que, ao entendimento sumulado pelo Pretório Excelso, esse tipo de documento constituía-se apenas em direito obrigacional entre as partes, dada a ausência de sua inscrição no registro imobiliário do foro de situação do respectivo imóvel. Conseqüentemente, seria inoponível contra outrem, mormente em sede de embargos de terceiro.

Quando a matéria foi submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, após a instalação e funcionamento de suas Turmas e Seções Julgadoras, seus Eminentes Ministros entenderam de modo

<sup>8</sup> Súmula 621 – Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.

diverso. Por isso, foi editada a Súmula 84, que passou a admitir os embargos de terceiro que se encontrassem amparados em alegação de posse decorrente de compromisso de compra e venda, *mesmo que não registrado*. Entenda-se, registro, por óbvio, de natureza imobiliário<sup>9</sup>.

Assim, a Súmula n. 621 editada pelo Supremo Tribunal Federal, quando tinha competência ampla, ou seja, inclusive sobre matéria infraconstitucional, foi totalmente desconsiderada pelo Superior Tribunal de Justiça que adotou entendimento diametralmente oposto, conforme se lê do texto da Súmula n. 84, admitindo o contrato de promessa de compra e venda devidamente registrada no serviço imobiliário competente para o efeito de lastrear pedido em sede de embargos de terceiro.

#### **4. *OBTER DICTUM* OU *OBTER DICTA E RATIO DECIDENDI* – DISTINÇÃO E APLICAÇÃO NA NOVA SISTEMÁTICA “BRASILEIRA” – OS PRECEDENTES E O TRÂNSITO EM JULGADO DA “FUNDAMENTAÇÃO” DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Para viabilizar a adoção do sistema de precedentes segundo a nova ordem processual será necessário tomar em consideração, seriamente, algumas questões que são de suma importância para se permitir falar em obrigatoriedade dos precedentes judiciais. Referimo-nos, pois, a duas características primárias dessa novidade para nós “*importada*” da *common law*: o *obter dictum* ou *obter dicta* e a *ratio decidendi*.

É incontestável para efeito de argumentação como razão de o Julgador deduzir os fundamentos que as suas razões de decidir haverão de adotar. Em considerando a sentença como derivada do latim *sententia*, *sentiendo*, formado do gerúndio do verbo *sentire*, não há dúvida no sentido de que assim implica, na verdade, em verdadeiro sentimento. O Juiz, pois, no ato de julgar, vai expor o seu sentimento ou sentimentos quanto ao caso submetido à sua apreciação.

É inequívoco que ao elaborar a sua fundamentação, o Juiz estará apresentando o seu sentimento sobre o caso *sub examine* e, assim,

---

<sup>9</sup> Súmula 84 – É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

deixará explicitadas as razões pelas quais concluiu desta ou daquela forma quanto ao seu entendimento sobre a questão fática e jurídica sob seu julgamento. É nessa linha decisória que o artigo 93, inciso IX, da CR/88 exige do Julgador que toda decisão proferida seja devidamente fundamentada, pena de nulidade. E isso não apenas autoriza o controle das decisões judiciais por parte dos Operadores do Direito como também pela sociedade em geral, já que para exercer a jurisdição, o Juiz precisa motivar as suas decisões, declinando-as de maneira clara e precisa. Da mesma forma, os Tribunais de segundo grau de jurisdição e, sobretudo, os Superiores que, via de regra, são a última esperança de parte dos litigantes. Não se pode desconsiderar que os Tribunais de segundo grau são, em grande parte, a única chance que as partes têm de buscar a reversão total ou parcial dos julgamentos proferidos pelos Juízos monocráticos ou de primeiro grau, já que nos demais níveis recursais a fundamentação encontra-se vinculada às respectivas disposições constitucionais que autorizarão, ou não, a sua admissibilidade, em face de suas competências específicas.

Dáí é fácil compreender que, por outro lado, os princípios do contraditório, da amplitude de defesa e dos meios e recursos a ela inerentes, insertos no inciso LV, do artigo 5o, da CR/88, são de fundamental importância para que as decisões respeitem, igualmente, ao *due process of law*, assegurando-se às partes o próprio princípio do contraditório a partir do momento em que o Julgador declina as razões ou motivação de seu convencimento. Permite-se, pois, pelo ato de julgar ou, se preferir, de se prestar a jurisdição, nos termos dos dispositivos constitucionais elencados acima, que as partes acolham a fundamentação apresentada pelo Julgador em suas razões de decidir ou, contra ela, apresentem a respectiva irrisignação, recorrendo da decisão aos Tribunais de apelação e Superiores, de esse for o caso e se admitidos os respectivos recursos, eis que submetidos ao crivo da admissibilidade.

É evidente que se as partes acolherem as razões de decidir adotadas pelo Julgador em sua decisão interlocutória ou sentença monocrática e, assim, pelos julgados colegiados, elas terão à sua frente, plenamente disponível, toda a possibilidade de contra-razoar, impugnando os argumentos expendidos. Logo, o contraditório estará sendo aplicado da maneira mais clara e precisa, inquestionavelmente aberto, sob todas as possibilidades. Aplica-se, nessa hipótese, a cláusula relativa ao

contraditório, à amplitude de defesa, os meios e recursos a ela inerentes. Também não haverá de se dizer o contrário se as partes entenderem de concordar com o Julgador, em qualquer de suas modalidades – monocrático ou colegiado – porque suas razões de decidir estarão expostas, sem qualquer chance de surpresa ou perplexidade, já que apresentadas claramente, ressentindo-se de subterfúgios, em razão de sua indispensável fundamentação.

Por esse aspecto decisório, tem-se que na própria fundamentação em que o Julgador apresenta a sua decisão é que haverá de se encontrar o que se denomina de *ratio decidendi*, ou seja, as razões de decidir, por meio das quais emergirão os argumentos favoráveis ou contrários à parte vencedora ou vencida, total ou parcialmente.

No sistema processual instituído pelo legislador de 1973 não havia a preocupação com esse capítulo da novel legislação processual civil brasileira, porque o foco estava no trânsito em julgado quanto à parte dispositiva da sentença. Agora, no entanto, nesse capítulo decisório é que se encontrará o ponto fulcral da decisão monocrática ou acórdão, por meio do qual vai se concretizar a *coisa julgada*, que será o objeto de toda a observação pelas partes litigantes e pelo próprio órgão julgador.

Todavia, na nova ordem processual civil brasileira, o que será considerado como de fundamental importância, é a chamada *ratio decidendi*, ou seja, o que o Julgador considerou relevante para firmar a sua convicção. Essa é a chave de toda a temática decisória. Ficará claro, inequivocamente, qual foi a motivação que serviu de fulcro para o Julgador. Esse ponto será de relevante importância na fundamentação do julgado, seja monocrático ou colegiado.

Será, nesse particular, portanto, que o Julgador vai pautar sua decisão e, naturalmente, constituir-se-á no grande marco da decisão, o ponto no qual todas as questões fáticas e jurídicas haverão de granjear a distinção e relevância para efeito de se estabelecer o *precedente* a ser constituído ao longo das muitas decisões que haverão de, uma vez proferidas, pautar os Tribunais Superiores e os próprios do segundo grau de jurisdição, para elaborar os seus precedentes.

De outro lado, será possível como forma de se estabelecer uma certa confusão por parte dos litigantes ou dos Operadores do Direito,



que haverão de adotar olhares argutos e perspicazes, no sentido de se distinguir a *ratio decidendi* do que se chama de *obter dictum* ou de *obter dicta*, ou seja, distinguir uma razão de decidir de um *dizer por dizer*, ou um *dizer periférico*, sem a necessária relevância decisória, ou seja, a razão fulcral de decidir.

O simples *obter dictum* ou *obter dicta* não terá relevância alguma diante da *ratio decidendi*, já que não influirá, de modo algum, na própria decisão em si para efeito de formação do precedente.

Por isso é que insistimos no argumento de que não se cria ou se estabelece uma mudança tão radical num sistema processual a ponto de mediante um simples ato legislativo alterar-se uma realidade secular como a *civil law*. Ainda que se argumente no sentido de que o Direito Processual Constitucional Brasileiro já adota o sistema de precedentes mediante o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade – em controle difuso ou concentrado – ou, mesmo nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Essa afirmativa é simples de se compreender, porque as decisões desse naipe são proferidas pela mais alta Corte Jurisdicional do País, formada por Julgadores que têm a função específica, nessa ordem de matéria, de serem os Guardiões do Texto Constitucional. Ademais disso, toda a matéria que lhes é submetida à apreciação tem a marca da fundamentação vinculada, ou seja, por disposição constitucional – artigo 102, incisos, alíneas e respectivos §§ – CR/88<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional

Os Juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição, somente agora e doravante, é que terão a preocupação de serem precisos em

---

e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; II – julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 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. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

declinar a *ratio decidendi*, distinguindo-a da *obter dictum* ou *obter dicta*, ou seja, das razões de decidir do simples dizer por dizer, sem que nessa última possibilidade esteja inserida a exigência de declinar o por quê desse ou daquele argumento.

De outro lado, as partes, por seus procuradores, terão que identificar quais foram os argumentos ou *ratio decidendi* que foram adotados pelos Julgadores para que sejam colhidos os exatos fundamentos decisórios como motivação para suas peças recursais. Para isso terão que distinguir, igualmente, os *obter dictum* ou *obter dicta*, o dizer por dizer, sem que se tenham constituído em fundamento decisório.

Poderia até se dizer, nesse particular, que a fundamentação também transitará em julgado, ainda que na parte em que se identificar a *ratio decidendi* como sustentáculo do precedente, no exato ponto em que se discutir a matéria de ordem fático-jurídica a permitir a sua edição.

É evidente que em todas as ações em que se discute, por exemplo, revisão de contratos bancários, exibição de documentos de origem bancária ou quaisquer outras demandas de massa, bem como o próprio questionamento dos expurgos inflacionários, onde milhões de ações aguardam o tão clamado e esperado julgamento do Supremo Tribunal Federal, servirão, sim, de precedente para outros casos idênticos, como já ocorre no que se convencionou chamar de *recursos repetitivos*, com a suspensão dos recursos de idêntica matéria, que se encontram no aguardo dos chamados *acórdãos paradigmas*, assim como ocorre também nos processos em que se reconheceu a repercussão geral como cláusula de admissibilidade em se tratando dos recursos extraordinários.

Também estarão submetidos a essa mesma exigência infraconstitucional todos os processos que derivarem da disposição inserta no artigo 927, incisos e §§, do novel diploma processual brasileiro<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o

Uma questão de ordem prática para os Tribunais de segundo grau de jurisdição é que enquanto se aguarda, na atual realidade processual, o julgamento dos processos que haverão de orientar os milhares ou milhões de outros que esperam os julgamentos daqueles, é o imenso espaço físico que se exige para efeito de se guardar ou depositar os processos que receberam a determinação de que o seu julgamento deverá ficar suspenso até que aqueles sejam julgados pelos Tribunais Superiores. É evidente que no dia em que forem decididos tais recursos, a própria população sobre a qual se estabeleceu a expectativa pelo julgamento desses processos, saberá o destino de seus postulatórios. Enquanto isso ficará no aguardo da publicação desses julgados, visando compreender exatamente o alcance do que foi decidido ou, se favorável ou não às suas respectivas pretensões.

Todavia, quando isso ocorrer, será esclarecido, de vez, qual foi o norte que também os Julgadores de segundo grau de jurisdição haverão de tomar para proferir os seus respectivos julgamentos. Essa é uma das multi-facetadas manifestações do mercado, pois, esse tipo de julgado decide milhares e até milhões de ações em curso, aliviando-se, pois, a carga de trabalho dos Tribunais Brasileiros, mediante a adoção de alguns poucos casos para serem decididos como *leading case*, firmando-se, conseqüentemente, o *stare decisis* consolidado no Direito Anglo-saxônico que ora se importa para o nosso Direito Processual.

---

disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

## **5. ESTABILIDADE – INTEGRIDADE – COERÊNCIA – EXIGÊNCIA DA NOVEL LEGISLAÇÃO PROCESSUAL QUANTO À UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS – A ANÁLISE DE QUESTÕES FÁTICAS NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO – REFLEXÕES QUANTO ÀS SÚMULAS JÁ EDITADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Outra questão a suscitar grandes expectativas, discussões ainda que em tese, é a disposição do artigo 926 e §§, do novel diploma processual<sup>12</sup>, no que tange à *estabilidade, integridade e coerência* dos Tribunais ao se promover a uniformização da sua jurisprudência, a “*menina dos olhos do mercado*”.

E nesse particular é de se voltar a atenção para o Documento 319, do Banco Mundial, tão mencionado neste trabalho e, especificamente, para os aspectos examinados pela pesquisadora Maria Dakolias, no sentido de que o País que não possui um Judiciário previsível, não é digno da confiança do “*mercado*” para efeito de receber investimentos, porque as decisões judiciais não guardam estabilidade, integridade e coerência com os interesses mercadológicos.

Ora, é evidente que pautado nessa tríade elementar para interesses outros, o Judiciário Brasileiro passou pela reforma que resultou na promulgação da Emenda Constitucional n. 45, em 08 de dezembro de 2004 – data em que se “*comemora*” o Dia da Justiça – ditada por tais interesses e padrões, visando garantir a manutenção dos investimentos internacionais no mercado interno, seu evidente consumidor por razões as mais óbvias.

No entanto, depois da derrocada da política econômica adotada e mau conduzida, conseqüência inafastável diante da própria observação

---

<sup>12</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

de seus efeitos e sem qualquer conotação de ordem político-partidária, mas que vem afetando imensamente a ordem econômico-financeira nacional, temos visto o despencar periódico das notas de avaliação do Brasil pelas agências internacionais de risco – classificando ou, desclassificando o País dentre os bons ou maus pagadores –, e mesmo com a adoção de estratégias e até mesmo com a mudança de Ministros de Estado, não se tem percebido grandes alterações no gravíssimo quadro que se instalou, já que não se identifica qualquer margem de mudança quanto aos seus efeitos.

O fato é que o Brasil vem sofrendo redução de suas notas de avaliação por agências internacionais e, assim, caindo no *ranking* dos bons pagadores e passou para a “*linha de baixo*”, ao lado de outros Países que se encontram em igual condição, ou seja, a de maus pagadores.

A questão é: será que nessa escalada negativa, pela constante redução das notas de classificação pelas agências de risco, ainda será possível receber investimentos internacionais? Ou seja, do que valeu a mudança do Direito Processual Brasileiro sem que haja uma mudança rigorosa nos rumos da administração da política econômica brasileira?

Acredita-se, sempre, que a essa altura dos acontecimentos e fatos que ocupam diariamente as manchetes de todos os jornais que têm veiculação pelo País e na própria imprensa internacional, a primeira exigência que os investidores internacionais apresentarão estará, por óbvio, dentro de uma perspectiva que implique numa mudança de conjuntura do sistema político e econômico para, somente então, ter-se em mente uma mudança radical quanto à possibilidade de aporte de investimentos internacionais no Brasil.

Vê-se, dessarte, que não isso ocorrerá mediante uma alteração em nível de direito processual ou no Poder Judiciário em sua forma de processar e julgar os litígios que envolvem interesses econômicos. Na verdade, outras medidas precisam ser adotadas com urgência e transparência, com divulgação de informações sem qualquer tipo de divórcio entre os fatos efetivamente identificados e a sua divulgação, amparados na realidade econômica interna e externa, com a adoção de índices confiáveis de taxa de inflação, com um sistema de fornecimento de energia elétrica que não passe por intervenção quanto à remuneração dos seus serviços, efetiva redução do valor

dos combustíveis em sintonia com o preço da matriz em nível internacional, ainda quando se despenca o preço do barril do petróleo ao invés de, internamente, os consumidores pagarem quase ou mais que um dólar pelo litro de gasolina.

Indaga-se, uma vez mais: do que adiantará essa reforma processual se o seu escopo – atender às exigências mercadológicas – já não persistem no mesmo nível de quando da sua formulação pelo Banco Mundial, por meio dos estudos da pesquisadora Maria Dakolias?

Todavia, o fato é que, voltando à matriz deste trabalho em sua proposta original, pode-se afirmar que diversas súmulas editadas pelos Tribunais Superiores – leia-se – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – haverão de serem revistas mormente no que pertine à chamada “*jurisprudência defensiva*”, que não tem outro propósito senão evitar discussões em que as grandes questões de interesse jurídico-fático-processual deveriam ser debatidas.

Mas, o que vem ocorrendo desde a edição de algumas de suas súmulas reside exatamente no seu oposto. Adotou-se uma estratégia de vazão de julgados que deve ser superior à entrada de recursos e, assim, o que se busca é não apreciar a matéria fática e probatória, deixando essa questão à margem dos julgamentos proferidos. Explicasse: os Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – respectivamente, possuem competências diversas determinadas em sede constitucional. Por isso que, doravante, à luz do disposto no § 2º, do artigo 926, do Novo Código de Processo Civil, algumas súmulas por eles editadas e que constituem a chamada “*jurisprudência defensiva*” terão que ser modificadas ou, revogadas ou, talvez, canceladas. Vejamos o texto da referida disposição processual:

“Art. 926 – omissis...

§ 2º – Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

É de todo inquestionável que para se adentrar à *ratio decidendi*, doravante, os Tribunais Superiores terão de analisar provas e questões fáticas de modo a se permitir um julgamento claro, completo e indiscutível quanto às exigências inseridas no artigo 489, incisos e §§, do novel diploma processual.

Desta forma, obrigatoriamente muitas das súmulas editadas pelos Tribunais Superiores terão de ser revisitadas para se permitir o fiel cumprimento do disposto no § 2º, do artigo 489, da legislação processual<sup>13</sup> que entrará em vigor dentro de mais alguns dias e, num plano mais efetivo e próximo, a Súmula de n. 05, do Superior Tribunal de Justiça que dispõe que “*a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*”. Ora, se aí residir o pomo da discórdia entre as partes litigantes e, assim, a *ratio decidendi* estabelecida pelos Julgadores de primeiro e segundo graus, como não se admitir recurso especial? Talvez aí também se encaixe a Súmula n. 07, que sempre foi a grande razão de inadmitir os recursos especiais decidir de parte do Superior Tribunal de Justiça quando se refere a reexame de provas.

De outro norte, também se encontra no mesmo escaninho a fixação do valor relativo à compensação do dano moral, que exige uma reavaliação dos fatos a ponto de se estabelecer esse montante, máxime quando demasiadamente alto ou baixo. Com a devida vênia, será impossível, doravante, simplesmente inadmitir o recurso especial sob esse fundamento, tal como consta da redação da Súmula 07, do Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup>, sob o manto da “*jurisprudência defensiva*”, que subtrai do referido Sodalício as grandes discussões dos fatos diante do Direito que, a essa altura, renovadas as devidas vênias, apequena o próprio Tribunal em apreço.

Não fosse tudo isso mais que suficiente, também havemos de convir, apenas à guisa de amostragem, a respeito da Súmula n. 279, do Excelso Pretório o Supremo Tribunal Federal, lavrada nas mesmas bases da Súmula 07 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, haverá de merecer a devida e necessária reavaliação, já que “*para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”.

<sup>13</sup> § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.  
§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

<sup>14</sup> Súmula n. 07 – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.



Por outro norte, é de todo clara a redação do parágrafo único, do artigo 928, do Novo Código de Processo Civil que assim edita, *litteris*:

“Art. 928 – omissis...

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

Por óbvio, seria desnecessária tamanha clareza e evidência. Aliás, o legislador, nesse particular, “*pecou pelo excesso*”. Mas, como julgar direito material sem analisar a lide sociológica ou fática instalada entre as partes litigantes? O próprio inciso II do artigo 928, do novel diploma processual, é claramente preciso ao afirmar que “*para fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em recursos especial e extraordinário repetitivos*”.

Pois bem. Voltemos nossos olhos, uma vez mais, para o caso dos expurgos inflacionários em cuja matéria foi acolhida sob a alegação de repercussão geral. Esse tema cai para o presente artigo como que a luva que se encaixa à mão. São mesmo indissociáveis, pois, o direito material em que se ampara é exatamente o contrato de serviço bancário firmado entre os milhões de poupadores que foram lesados pelo não pagamento de percentual de correção monetária em seus depósitos em caderneta de poupança, assim como de outros tipos de poupança e os fatos decorrem exatamente do não pagamento. E isso é fato inconteste. Tanto que as ações estão aí aguardando o respectivo julgamento há alguns anos. Com a máxima vênica e a mais respeitosa delas, aplica-se aí, sim, por força desse dispositivo, a reanálise de fatos pautados no direito material, ou seja, a lesão aos poupadores como sustentáculo da própria admissibilidade da cláusula de repercussão geral como garantia do recurso extremo pela Corte Excelsa Brasileira.

Redargüir-se-ia que a matéria, nesse particular, já se encontra vencida a partir da cláusula da repercussão geral que foi acolhida para fazer-se submeter ao Excelso Pretório a referida matéria. Mas, não voltemos nossos olhos apenas para essa questão que se encontra sob o manto da repercussão geral, mas, para milhares de outras que já tiveram recursos especiais e, sobretudo, extraordinários inadmitidos ao argumento de que se tratavam, na verdade, de reanálise de prova ou de cláusulas contratuais, conforme já frisado em linhas volvidas.

Outra possibilidade de igual natureza assenta-se nas áreas rurais sujeitas a decreto expropriatório para reforma agrária. E o tema fulcral desse tipo de discussão assenta-se na questão de fato, ou seja, se a propriedade é ou não produtiva para efeito de desapropriação para fins de reforma agrária. Portanto, matéria de prova fática ou pericial e com centenas de ações, casos ou demandas repetitivas para se adotar a linguagem do novel diploma processual no *caput* do artigo 928.

Da mesma forma, para se decidir a ação que a VASP – Viação Aérea São Paulo intentou contra a União Federal, cujo fundamento fático teria sido, segundo publicado pela imprensa nacional, a razão da quebra da referida empresa de aviação civil, constituindo-se exatamente na ingerência da União nas atividades privadas daí decorrentes. Não temos dúvida de que se trata de apreciação de um fato consubstanciando ou não a referida situação de interferência estatal na atividade privada e, ao final, o pedido foi julgado procedente e a União condenada ao pagamento de uma grande soma de dinheiro à VASP e que poderia, quem sabe, se em outras circunstâncias, permitir a continuidade das suas atividades empresariais, assegurando-se emprego aos seus milhares de funcionários.

Não nos esqueçamos de que Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio, quando se preparava para julgar o emblemático caso da Raposa Serra do Sol, originária do Estado de Roraima, requisitou aeronave da Força Aérea Brasileira e se dirigiu ao endereço do litígio para se informar dos fatos, conhecendo-os diretamente, sob o instituto da inspeção judicial e, dali, formou a sua convicção para proferir o seu douto julgamento.

Muitos e muitos outros casos poderiam ser mencionados aqui. Todavia, em virtude da própria natureza deste trabalho, abstenhamo-nos de fazê-lo, por ora.

Mas, nesse andar da carruagem, devemos considerar que “*cheira*” algum tipo de inconstitucionalidade, talvez, o fato de uma lei infraconstitucional ter o “*poder*” de editar julgados com efeito vinculante, sem que a matriz constitucional assim o autorize. A Reforma Constitucional estabelecida pela Emenda n. 45/2004, previu, expressamente, que o Supremo Tribunal Federal poderia editar súmulas com efeito vinculante após reiteradas decisões sobre matéria constitucional que fosse submetida à sua apreciação e julgamento.

Agora, estamos diante de uma realidade por meio da qual legislação infraconstitucional autoriza, como dito, edição de julgados com efeito vinculante e, mais, de modo a cercear o acesso, pela população ou, pelo menos parte dela, à prestação jurisdicional. Essa mesma legislação tem ainda o propósito de reduzir o acervo de processos em curso e assim, por meio desse cerceamento ou restrição ao exercício do direito fundamental à prestação jurisdicional, como forma de reduzir o acervo processual presente e futuro.

Ora, se emenda constitucional encontra-se submetida ao crivo da constitucionalidade, como a própria Emenda n. 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004, o que se dirá de lei infraconstitucional que, a olhos vistos e incontestemente, fere direitos fundamentais às escâncaras, sem qualquer chance de serem assim declaradas, pelo menos, por enquanto...

É evidente que existem outras questões nesse novel diploma processual que poderão ser suscitadas em nível de inconstitucionalidade, como o julgamento antecipado do mérito, parcial ou total, e também sem o exercício regular do devido processo legal, a suspensão dos prazos processuais quando disposição constitucional estabelece prestação jurisdicional ininterrupta, prevendo apenas o recesso forense entre a última dezena do mês de dezembro até o dia 06 de janeiro de cada ano, extinção das férias forenses nos juízos de primeiro e segundo grau e sua manutenção nos Tribunais Superiores, quebrando o princípio da isonomia constitucional, suspensão de contagem dos prazos processuais em dias considerados não úteis, sob o argumento de que proporcionará celeridade processual, formação de coisa julgada em diferentes momentos decisórios em virtude de “*sentenças parciais de mérito*”, entre outros.

Muito mais poderia ser questionado, no entanto, o tempo se encarregará de tratar dessas matérias na medida em que os casos concretos forem sendo apreciados durante a tramitação dos feitos que forem submetidos a julgamento pelo Judiciário.

## 6. CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto foi exposto resta inequivocamente claro que o Judiciário Brasileiro sofreu grave ingerência externa, mediante a adoção da “bula mercadológica” editada pelo Banco Mundial –

Documento 319 – e, assim, também, vários Países da América Latina e Caribe, pois, um País que não tenha um Judiciário confiável aos “olhos do mercado”, não preenche os requisitos necessários a se lhe permitir receber investimentos, fruto do capital internacional. Desta forma, não poderia promover o seu desenvolvimento, porque não atrairia investimentos a financiar a sua dívida interna e externa e, ainda, capacitar e dotar a sua infra-estrutura para se tornar um exportador competitivo em nível ou “padrão” internacional.

Logo, o Novo Código de Processo Civil vem se apresentar, diante de tudo isso, como sendo a “cereja do bolo”, ou seja, o último elemento inserido no seu contexto como instrumento da ordem processual, pretendendo, até mesmo, alterar a competência dos Tribunais Superiores quando essa Lei Instrumental, portanto, infraconstitucional, edita-lhes a competência para efeito de se conhecer e decidir a respeito de matéria de direito material e processual, nos moldes do disposto no parágrafo único, do seu artigo 927.

Assim, em breve, possivelmente, poderemos ter em mãos num acórdão da lavra do Excelso Supremo Tribunal Federal decisão por meio da qual seja declarada a inconstitucionalidade desse dispositivo em virtude de mudar o texto constitucional, em que se estabeleceu a “fundamentação vinculada”, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, o guardião maior da legislação infraconstitucional.

## BIBLIOGRAFIA

- Boaventura de Souza Santos, in <http://www.uepg.br/rj/alvlat16.htm>;
- David, René, Os dois grandes sistemas do direito contemporâneo, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1986. DIN
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19;
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;
- MARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 117;

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 380, p. 48, 2009, dentre outros;

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 72. Da independência jurídica do juiz, pág. 161/162, Campinas: Millennium, 2000;

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010; LIMONGE, Celso Luiz; STEFANO, Cláudia. Breves anotações sobre a reforma do judiciário. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). *A reforma do judiciário, uma abordagem sobre a Emenda Constitucional 45/2004*. Campinas: Millennium, 2007;

*Recebido em 16/2/2016*

*Aprovado em 20/6/2016*



# 4

## AS PECULIARIDADES PROCESSUAIS DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROPOSTAS CONTRA O ESTADO

(THE PROCEDURAL PECULIARITIES OF CIVIL  
LAWSUITS FILED AGAINST THE STATE)

**José Luiz de Moura Faleiros Júnior<sup>1</sup>**

### RESUMO

Para uma completa compreensão do tema da responsabilidade civil do Estado, é necessário que se busque, no campo do direito processual civil, esclarecimentos acerca das peculiaridades que envolvem as ações judiciais em que se discute o tema mencionado. A mera presença do Ente Político na relação jurídica processual altera sobremaneira a dinâmica da matéria, trazendo novas nuances a assuntos como foro competente, direito de regresso, revelia, denunciação da lide, recursos, execução, dentre outros, cujo estudo se mostra indispensável a todos os operadores do Direito. Nesse breve estudo, partindo do método indutivo, serão analisadas as mais importantes peculiaridades que dizem respeito à processualística nas ações de responsabilidade civil do Estado para, ao final, concluir-se pela relevância e coerência de tais aspectos para a aplicabilidade prática da matéria.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil do Estado; aspectos processuais; ações de responsabilidade civil do Estado.

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado.

## ABSTRACT

In order to fully comprehend State's civil liability, it's necessary to research, amidst the institutes of civil procedure, the enlightenments on the peculiarities that surround civil lawsuits that discuss the above mentioned theme. The mere presence of the Political Entity in the procedural legal relationship deeply alters the dynamics of the subject, bringing up new nuances to topic like jurisdiction, legal recourse, contumacy, denunciation of the dispute, appeals, execution, among others, which studying proves to be indispensable to every law professional. In this brief study, from the inductive method, the most important peculiarities that regard the procedural aspects of lawsuits involving the State will be analyzed to conclude, in the end, that such aspects are relevant and coherent with the practical applications of the proposed subject.

**Keywords:** State's civil liability; procedural aspects; lawsuits involving the State.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A ação de responsabilidade civil do Estado. 3. Foro competente e prazos processuais. 4. O Estado no pólo passivo. 4.1 Os agentes públicos. 4.2 Direito de regresso do Estado, litis-consórcio e denunciação da lide ao agente. 5. Revelia e transação. 5.1 A Fazenda Pública nos Juizados Especiais. 6. Prescrição. 7. Ônus da prova. 8. Recursos. 9. Execução da sentença condenatória. 10. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O avanço do Direito Processual Civil tem sido diagnosticado no Brasil frente ao paralelo desenvolvimento tecnológico e o clamor público pela celeridade da prestação jurisdicional. Isso reflete um engajamento profundo do legislador pátrio na elaboração de novos mecanismos processuais e na incorporação, à sistemática processual pátria, de critérios que permitam o atendimento desses anseios.

O advento do Novo Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015 e atualmente aguardando o decurso de seu prazo de *vacatio legis*, é a mais recente emanação de um processo que vinha se desenvolvendo há pelo menos duas décadas, por meio de reformas



significativas que foram transformando o vetusto Código em uma colcha de retalhos.

Fato é que, diante da nova legislação, muitas mudanças foram trazidas e o estudo pontual dessas modificações é tarefa fundamental a todos os operadores do Direito. Não obstante, um tema em particular desperta curiosidade, que é o conhecimento das peculiaridades processuais que circundam as ações de responsabilidade civil movidas contra o Estado, uma vez que este goza de uma série de benefícios diferenciados na processualística civil, que alteram sobremaneira o modo como se desenvolve a dinâmica do processo.

Nesse sentido, o presente estudo se propõe a enumerar as principais peculiaridades que devem ser conhecidas em ações dessa natureza, destacando aquilo de que mais se contrasta ao procedimento comum, enfatizando, onde houver, as alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

Utilizar-se-á o método indutivo, partindo-se da análise específica e pontual das peculiaridades que mais chamam a atenção dos operadores do Direito em ações de responsabilidade civil do Estado para, ao final, viabilizar-se a formulação de um raciocínio geral acerca dos desdobramentos de tais peculiaridades na sistemática processual civil moderna, o que viabilizará a conclusão no tocante à imprescindibilidade de que se conheça cada uma das particularidades processuais que envolvem o Estado, eis que mantidas quase todas elas pela novel legislação, em respeito à proteção ao interesse público imanente a toda e qualquer pretensão veiculada contra o Estado.

## **2. A AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Para a completa compreensão do instituto da responsabilidade civil do Estado, é importante que se faça uma análise processualística da matéria em pauta, no afã de demonstrar como se procede, perante o Poder Judiciário, no intuito de se vindicar em face do Estado os direitos que se encontram assegurados na lei material.

Nesse sentido, é imprescindível comentar que inúmeras são as peculiaridades de ordem processual que surgem para o operador do direito que se depara com uma ação judicial fulcrada na responsabilidade

civil do Estado, eis que a participação do Ente Político na demanda traz, devido a uma série de prerrogativas e garantias, alterações substanciais na dinâmica da relação jurídica processual.

No caso da responsabilidade civil do Estado, segue-se a lógica de que o Ente Político responderá pelos atos praticados por seus agentes, no exercício das respectivas funções institucionais, e que venham a causar danos aos administrados. Assim, diversas discussões de ordem processual, como direito de regresso, litisconsórcio, denúncia da lide e ônus da prova surgem no campo do Direito Processual Civil.

Como se não bastasse, aspectos como a execução das sentenças que condenam o Estado a ressarcir a vítima pelo dano causado seguem uma sistemática própria, cujo conhecimento é indispensável para que se dê concretude ao direito materializado na decisão.

### **3. FORO COMPETENTE E PRAZOS PROCESSUAIS**

Nesse sentido, imediatamente, destaca-se que o foro competente para o ajuizamento de demandas indenizatórias em face do Estado sempre seguirá as regras de aforamento do direito comum, previstas no Código de Processo Civil vigente – Lei nº 5.869/1973 – precisamente em seus arts. 94, 99, 100, incisos IV e V e parágrafo único, e que também constam do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – atualmente em período de *vacatio legis*, nos seus arts. 46 e seguintes.

Em suma, não há foro privilegiado para a Fazenda Pública, que deverá ser demandada em seu domicílio, perante o Judiciário Estadual local, se a demanda for proposta contra o próprio Estado ou contra determinado Município, sendo competente a respectiva Comarca, ou, ainda, perante a Justiça Federal, sendo parte a Fazenda Pública Federal, na Subseção Judiciária competente.

Se ajuizada a demanda em face de empresa pública ou autarquia federal, competente é a Justiça Federal para processar e julgar a causa, por expressa previsão constitucional (art. 109, inciso I, da Constituição da República de 1988), sendo tal dispositivo também aplicável às fundações instituídas pela União.

Se ajuizada a demanda em face de sociedade de economia mista, contudo, será competente a Justiça Comum estadual, em respeito ao entendimento já pacificado e sumulado do Superior Tribunal de Justiça, que, em seu enunciado de Súmula nº 42, preceitua que: “compete à Justiça Comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista.”

No âmbito da Justiça Comum estadual, têm sido criadas varas especializadas para julgar as causas em que figurem como parte a Fazenda Pública estadual ou municipal: são as Varas da Fazenda Pública, instituídas pelas leis de organização judiciária dos Tribunais.

Com relação às citações e intimações direcionadas à Fazenda Pública, mister se faz destacar que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) traz regras novas, semelhantes entre um e outro ato de comunicação processual, e que constam de seus arts. 242, § 3º (citações), e 269, § 3º (intimações).

Segundo os mencionados dispositivos do novel *Codex*, os atos de citação e intimação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público serão realizados perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial.<sup>2</sup>

Ajuizada a petição inicial, adotam-se os procedimentos da lei instrumental, com a peculiaridade de que os prazos processuais serão computados em dobro, consoante regra insculpida no art. 183 do Novo Código de Processo Civil. A principal peculiaridade que se observa é o abandono do antigo prazo computado em quádruplo para contestação;<sup>3</sup> já o antigo prazo em dobro, que se estendia apenas aos recursos, passa a se estender a todas as manifestações processuais:

<sup>2</sup> Verifica-se, neste ponto, uma inovação, eis que, segundo o CPC de 1973, as intimações da Fazenda Pública, podem ser realizadas por meio do órgão de imprensa oficial, não sendo necessária a intimação, na pessoa de seus procuradores, uma vez que, a eles, não se estende a previsão do art. 236, § 2º, do Código, aplicável apenas aos membros do Ministério Público.

<sup>3</sup> Novamente trazendo à tona o regramento contido no CPC de 1973, preconiza o seu art. 188 que: “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”. Ademais, quanto ao Ministério Público, o CPC de 2015 trouxe dispositivo

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

Para efeitos deste dispositivo, consideram-se contemplados pelos prazos mais amplos todos os Entes Políticos da Administração Direta – União, Estados, Municípios e o Distrito Federal – bem como suas respectivas autarquias e fundações de direito público. As duas últimas nem sempre contaram com o benefício dos prazos processuais dilatados, eis que a dicção da norma equivalente no CPC de 1973 mencionava apenas a “Fazenda Pública”, além do Ministério Público.

Com efeito, a nova normativa pôs fim a quaisquer dúvidas acerca das pessoas jurídicas contempladas pelo referido benefício. É que, pela sistemática anterior, quanto às autarquias, em razão de expressa disposição na legislação específica, qual seja, art. 1º do Decreto-lei nº 7.659, de 21 de junho de 1945, recepcionado pela Constituição da República de 1988 e não revogado ou derogado pelo Código de Processo Civil de 1973, era feita referência ao antigo art. 32 do Código de Processo Civil de 1939 – Decreto-lei nº 1.608/1939 – posteriormente transformado pelo CPC de 1973 no art. 188, que cuidou do tema.

Eis a redação do art. 1º do Decreto-lei nº 7.659/1945:

Art. 1º Aos representantes das autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio estatal descentralizado, com personalidade de direito público, fica estendido o benefício do art. 32 do Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código do Processo Civil), de que gozam os representantes da Fazenda Pública.

Sobre a questão, Yussef Said Cahali destaca que “a outorga do benefício em favor de determinadas pessoas jurídicas é de interpretação estrita; donde a sua inaplicabilidade em favor das pessoas jurídicas constituídas pela Administração Pública, mas dotadas de personalidade jurídica de direito privado”.<sup>4</sup>

---

específico, em seu art. 180, que, analogamente ao art. 183, previu-lhe prazos dobrados para todas as manifestações.

<sup>4</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 145.

A polêmica, contudo, persistia quanto à normativa de 1973, uma vez que não se verificava no dispositivo mencionado qualquer referência às fundações instituídas pelo Poder Público. Pela nova redação do art. 37, inciso XIX, da Constituição da República 1988, trazida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, fez-se uma mitigação da antiga distinção entre fundações dotadas de personalidade jurídica de direito público e personalidade jurídica de direito privado, suprimindo-se do texto constitucional o vocábulo *públicas*, para fazer menção apenas a “fundações”.<sup>5</sup>

Diante de tal omissão, adveio interpretação autorizativa para a criação de fundações com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado pelo Poder Público, diferenciando-se quanto à forma de criação e aos objetivos e finalidades institucionais, sem afetar essencialmente, a natureza eminente pública da pessoa jurídica.

A questão liga-se ao regime jurídico atribuído pelo Estado à respectiva fundação que for instituída: “pode optar pelo regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público”.<sup>6</sup>

A depender da lei instituidora, uma fundação poderá dotar-se de características eminentemente públicas, sendo caracterizada como verdadeira autarquia, levando inclusive o nome, costumeiramente adotado, de *fundação autárquica* ou *autarquia fundacional*.<sup>7</sup> E, sendo assim, também gozará do benefício da ampliação de seus prazos para contestar e recorrer, quando demandada em ação judicial.

Com base neste entendimento, o legislador contemporâneo optou por ser específico e inserir no texto do CPC de 2015 a garantia dos prazos dilatados às “fundações de direito público”, deixando clara a predileção por aquelas que se enquadrem no critério mencionado de possuírem características públicas, optantes pelo regime jurídico administrativo.

<sup>5</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 145.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 404.

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 413.

#### 4. O ESTADO NO POLO PASSIVO

Tratar da figuração do Estado no polo passivo das demandas indenizatórias pressupõe que o Ente Político réu ostente personalidade jurídica, isto é, que exista para o mundo jurídico. Na mesma toada, se a parte apontada para figurar no polo passivo não tiver capacidade de direitos e obrigações, nem capacidade de exercício ou de fato, ou seja, incapacidade de ser parte e incapacidade processual, jamais poderá ser considerada como tal, maculando a demanda.

Sobre a questão, oportuno colacionar a lição de Miguel Reale:

O ordenamento jurídico destina-se a reger as relações sociais entre indivíduos e grupos. As pessoas, às quais as regras jurídicas se destinam, chamam-se sujeitos de direitos, que podem ser tanto uma pessoa natural quanto uma pessoa jurídica. [...] A ideia de pessoa é fundamental tanto no domínio da Ética como no campo estrito do Direito. A criatura humana é pessoa porque vale *de per se*, como centro de reconhecimento e convergência de valores sociais. [...] No plano jurídico, a personalidade é isto: a capacidade genérica de ser sujeito de direitos. [...] O conceito de capacidade, em sentido estrito e próprio, não se confunde, porém, com o de personalidade. [...] A capacidade pressupõe certas condições de fato que possibilitam o exercício de direitos.<sup>8</sup>

Dessa maneira, poderá figurar no polo passivo a pessoa jurídica à qual se vincula o agente que praticou o dano por ação ou omissão.

Sobre isto, o art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988 delimita com clareza quem podem ser os sujeitos passivos da relação jurídica litigiosa, ao deixar claro que o Estado responde pelos atos praticados por seus agentes públicos, sejam pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, sejam pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, tendo em vista que se tratam de agentes incumbidos das atividades inerentes ao desenvolvimento de funções públicas, ressalvado, em quaisquer casos, o direito de regresso quando agirem com culpa ou dolo.

Tomando por base tal raciocínio, Cahali exemplifica que

<sup>8</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 227-236.

é correto o entendimento de que as Juntas Comerciais, por não serem dotadas de natureza autárquica, não têm personalidade jurídica, e, por conseguinte, aptidão jurídica para serem demandadas em juízo, por seus atos, pelos quais responde o Estado.<sup>9</sup>

O autor ainda destaca, dando um segundo exemplo, que os Tribunais de Contas, entes despersonalizados que são, não ostentam capacidade postulatória, eis que são entes despersonalizados, e, por isso, “responde por seus atos a pessoa jurídica que lhe dá existência e em que se integra”.<sup>10</sup>

Sendo ajuizada a demanda contra entidade autárquica, ao revés, deve a demanda ser apontada contra ela mesma e não contra o Ente instituidor, uma vez que, “tratando-se de autarquia, com personalidade jurídica própria, patrimônio e orçamento também próprios, responde individualmente pela reparação de danos emergentes de suas atribuições”.<sup>11</sup>

Nessas hipóteses, em que se propõe a demanda diretamente contra a pessoa jurídica pertencente à administração indireta, não se cogita de solidariedade do próprio Estado, pela ação ou omissão praticada por agente daquela, se admitindo apenas a responsabilização subsidiária, depois de exaurido o patrimônio da entidade autárquica.

Melhor explicando, tendo em vista a autonomia de que gozam as pessoas jurídicas que compõem a administração indireta, essas responderão diretamente perante os administrados que, de alguma forma, sofrerem danos pela atuação comissiva ou omissiva de seus agentes. Porém, sendo o patrimônio da entidade insuficiente para custear eventual condenação, o Ente Político (integrante da administração direta) à qual ela estiver vinculada, responderá subsidiariamente perante a vítima.

<sup>9</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 146.

<sup>10</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 147.

<sup>11</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 148.

É importante ressaltar, ademais, que a *subsidiariedade* não implica e tampouco se confunde com *solidariedade*, sendo certo que, advindo o dano de entidade da administração indireta, será esta quem responderá perante a vítima.

#### 4.1 Os agentes públicos

Quando se faz referência aos indivíduos que desempenham função estatal por exercerem função típica da atividade pública, adequado é o uso da expressão *agentes públicos*. Essa designação, ampla que é, serve para designar “de forma genérica e indistinta os sujeitos que exercem funções públicas, que servem ao Poder Público como instrumentos de sua vontade ou ação, independentemente do vínculo jurídico”.<sup>12</sup>

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles conceitua os agentes públicos como “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.<sup>13</sup>

Ademais, a doutrina classifica os tipos de agentes públicos em: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados, mas, a despeito da distinção, a noção de agentes públicos, ao tratar da matéria da responsabilidade civil do Estado, deve ser balizada por conceitos amplos, ligando-se ao exercício das atividades públicas que lhe foram outorgadas pelo Estado.

Para uma melhor elucidação da matéria, nessa linha, é importante enfatizar quem são os servidores englobados pelas mencionadas categorias. Assim, reputa-se agente político todo servidor com investidura em cargo ou função pública, que exerça atribuições constitucionais. Há doutrinadores que defendem uma concepção mais ampla do conceito, como o mencionado Hely Lopes Meirelles, mas a tese predominante na doutrina é aquela que vislumbra os agentes políticos sob uma ótica mais restrita.

<sup>12</sup> SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. *Servidores públicos*, Niterói: Impetus, 2010, p. 1.

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 73.



### Eis a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas. Com a devida vênia a tais estudiosos, parece-nos que o que caracteriza o agente político não é só o fato de serem mencionados na Constituição, mas, sim, o de exercerem efetivamente (e não eventualmente) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.<sup>14</sup>

Já os agentes administrativos são aqueles que se vinculam ao Estado por uma relação meramente profissional, não sendo considerados membros próprios nem representantes, eis que sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinados pela entidade estatal.

Os agentes honoríficos são os que exercem a função pública em caráter meramente momentâneo, sem que se revistam, efetivamente, da condição de servidores públicos. Os agentes delegados, por sua vez, são particulares incumbidos de realizar alguma atividade pública, pela qual se responsabilizam, embora, necessariamente, respeitando as normas ditadas pelo próprio Estado. Por fim, os agentes credenciados são aqueles que representam o Estado na prática de determinado ato ou realizam determinada atividade, mediante remuneração.

## **4.2 Direito de regresso do Estado, litisconsórcio e denúncia da lide ao agente**

O art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988 assegura direito de regresso do Estado, tendo por principal finalidade a condenação do verdadeiro causador do dano, desde que averiguada sua culpa ou o dolo.

Aqui, há duas relações jurídicas independentes: uma envolvendo a vítima e o Estado, e outra envolvendo o Estado e o agente público causador do dano. Se não fosse permitido ao Estado executar este último, haveria a impunidade do sujeito que agiu ilicitamente no exercício da

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 512.

função pública que lhe fora incumbida, além do fato de que o Estado seria responsabilizado por um ato que, em tese, não cometeu.

Desde que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a previsão do direito de regresso, a busca do ressarcimento do erário público em face do real causador do dano sempre representou um dever do Estado, e não uma mera faculdade, tendo em vista que não se pode consentir com a impunidade do agente causador do dano, em prejuízo do erário público, que será imediatamente atingido no momento da recomposição dos prejuízos experimentados pelo particular.

Questão interessante é a possibilidade de formação de litiscon-sórcio passivo entre o Estado e o agente público causador do dano, assim como a possibilidade de formação de demanda secundária entre o Estado e o agente público, por meio de denúncia da lide.

Hely Lopes Meirelles salienta que, na hipótese de ação indenizatória ajuizada com fulcro na responsabilidade objetiva do Estado, seja por falha administrativa, risco da atividade estatal, culpa anônima do serviço ou culpa presumida do Estado, “a ação de indenização da vítima deve ser ajuizada unicamente contra a entidade pública responsável, não sendo admissível a inclusão do servidor na demanda”,<sup>15</sup> sendo certo que tal entendimento se estende para os casos de ações propostas contra as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Cahali, posicionando-se sobre a questão, acrescenta que, na hipótese, não havendo no pedido inicial a individualização de dolo ou culpa do agente público,

não será admissível nem mesmo a denúncia da lide àquele, ainda que o Estado se disponha ao reconhecimento sumário e à prova de dolo ou culpa individualizada do mesmo, com vistas ao exercício da pretensão regressiva dentro do próprio processo.<sup>16</sup>

Arruda Alvim, por sua vez, pondera que, para que se admita ao Estado a denúncia da lide, em tal hipótese, “há de alegar sempre

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 610.

<sup>16</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 152.

a culpa ou dolo deste; caso contrário, faltarão possibilidade jurídica à ação regressiva. Para que se utilize o Estado do disposto no inciso III do art. 70 (do CPC),<sup>17</sup> necessário será que, ao denunciar a lide, satisfaça os pressupostos exigíveis para tanto”.<sup>18</sup>

Weida Zancaner Brunini, a seu turno, destaca que:

[...] o administrado deve acionar a Administração e não o funcionário, pois o funcionário só responde frente à Administração quando tiver agido com dolo ou culpa. Caso o Estado venha a ser acionado, e não a pessoa do funcionário, tem-se como certo, pacífico mesmo, pois a letra da lei o diz, que o Estado adquire direito de regresso, caso se individue a culpa, localizando-se o agente faltoso.<sup>19</sup>

Inarredável a conclusão de que, via de regra, a lide principal será instaurada com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado,<sup>20</sup> baseada no que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição da República, pouco importando para a vítima qualquer demonstração de culpa do agente público, até mesmo porque tal prova lhe é dispensada. Sendo assim, seria ilógico que se permitisse a denunciação da lide a tal agente público, que seria uma nova relação jurídica, de cunho eminentemente subjetivo e que não guarda estrita relação com os fundamentos da ação principal, embora instaurada nos mesmos autos.

Além disso, não há dúvidas de que o julgamento de uma demanda principal e de uma secundária, conjuntamente, acarreta lentidão no trâmite processual, deixando a prestação jurisdicional morosa e ineficaz. Não bastasse, sabe-se que a “denunciação é para que o denunciado preste ao denunciante a garantia a que se obrigou, quando lhe

<sup>17</sup> A denunciação da lide, no CPC de 2015, consta do art. 125 e seguintes.

<sup>18</sup> ALVIM, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 262-263.

<sup>19</sup> BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 62.

<sup>20</sup> Não se pretende, neste trabalho, debater a natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade estatal, particularmente no que diz respeito aos atos omissivos, tema polêmico no Direito pátrio e objeto de infindáveis debates e dúvidas; o texto manter-se-á focado na análise de aspectos processuais aplicáveis ao tema.

transmitiu o direto pessoal”,<sup>21</sup> e, sem essa função garantidora, perde sua razão de ser.

Com base nesta incompatibilidade processual, doutrina e jurisprudência passaram a repudiar a denúncia da lide, com base nesses três argumentos: (i) a celeridade de tramitação da ação principal; (ii) a inexistência da função de garantia da denúncia da lide; (iii) a indevida intromissão de um novo fundamento na ação principal<sup>22</sup>.

## 5. REVELIA E TRANSAÇÃO

Questão curiosa nas hipóteses em que o Estado figure no polo passivo de demanda judicial é a possibilidade ou não de ser a ele imposta a regra do art. 344 do Novo Código de Processo Civil (equivalente ao art. 319 do Código de Processo Civil de 1973), que faz se presumirem verdadeiros os fatos narrados na inicial, caso o réu deixe transcorrer *in albis* o seu prazo legal de defesa. Trata-se da revelia, que conduz à presunção ficta de veracidade das alegações iniciais, o que, obviamente, não impõe a automática procedência do pedido inicial.

A rigor, impõe-se posicionamento desfavorável à aplicação da dita regra ao Estado, por se tratar de interesse indisponível. O Conspícuo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já se posicionou nesse sentido, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0626537-26.2001.8.13.0223, cuja ementa abaixo se transcreve:

Processual civil. Razões recursais dissociadas dos fundamentos adotados pela sentença. Recurso de apelação interposto sob o fundamento de violação à literal disposição de lei. Preliminar de não-conhecimento afastada. Revelia. Estado de Minas Gerais. Efeitos. Contrariedade ao art. 319 do Código de Processo Civil. Hipótese inócurrenente 1. Ainda que as razões do recurso tenham sido deduzidas à míngua de impugnação específica dos fundamentos da sentença, de se rejeitar a preliminar de não-conhecimento, quando o apelante alega violação a literal disposição de lei. 2. Figurando o Estado no pólo passivo, contra ele não prevalece

<sup>21</sup> SANCHES, Sydney. *Denúnciação da lide*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 120. *apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 154.

<sup>22</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 154.

a regra da confissão ficta, sendo, portanto, imune aos efeitos da revelia, haja vista a indisponibilidade do direito que lhe é afeto, bem como a supremacia do interesse público.<sup>23</sup>

A preponderância do interesse público, norteador de todas as relações com o Estado, evidentemente é fator ineludível ao se analisar a possibilidade de se lhe impor a revelia. Expediente perigoso que é poderia conduzir a condenações infundadas o que seria temerário e repudiável em face do direito indisponível que constitui objeto nuclear do Estado.

Outro tópico polêmico é o da possibilidade de transação, por parte do Estado, com vistas ao fim do litígio. Sobre isso, doutrina e jurisprudência posicionam-se no mesmo sentido da possibilidade de decretação da revelia, inadmitindo a transação *in judicio*, a não ser nas hipóteses expressamente autorizadas por lei.

## 5.1 A Fazenda Pública nos Juizados Especiais

No âmbito dos Juizados Especiais, há uma gama de princípios peculiares à tramitação simplificada dos processos, que norteiam a finalidade desta Justiça Especializada, dentre os quais se destaca a simplicidade, a oralidade e a celeridade. Nessa linha, certas causas de menor complexidade que envolviam o Estado pareciam adequadas à sistemática mais simplificada dos Juizados Especiais.

Nos Juizados Especiais Federais, de acordo com o art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, os representantes da União e das entidades que compõem a administração indireta no âmbito federal estavam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos de competência dos Juizados Especiais. Permanecia a dúvida, contudo, no tocante aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Assim, em sintonia com tais preceitos, a Lei nº 12.153/2009 incluiu no chamado Sistema dos Juizados dos Estados e do Distrito Federal os Juizados Especiais da Fazenda Pública, paralelamente aos Juizados Especiais Cíveis e aos Juizados Especiais Criminais, resguardando,

<sup>23</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível nº 0626537-26.2001.8.13.0223, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Mauro Soares de Freitas, j. 30/08/2007, DJ 14/09/2007.

para as comarcas onde não houvesse estrutura para a implementação de tais Juizados, a utilização da estrutura preexistente de recursos humanos e materiais, nas Varas de Fazenda Pública, aplicando-se o procedimento trazido na nova lei.

Nessa linha, preconizando a finalidade precípua dos Juizados Especiais, a conciliação e a transação devem ser lembrados, eis que constituem seu objetivo-mor, e esta lógica não poderia ficar afastada dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Assim, os arts. 2º e 8º da Lei nº 12.153/2009 expressamente admitiram a transação por parte do Estado, nos termos e hipóteses previstas na lei de cada Ente da Federação.

Para ilustrar, no tocante aos Juizados Especiais Federais, as hipóteses em que se admite a transação no âmbito federal são duas e estão preconizadas no art. 3º da Portaria nº 109/2007 da Advocacia-Geral da União: (i) quando houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou quando verificável pela simples análise das provas e documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada; e (ii) quando não houver controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado, reconhecida pelo órgão consultivo competente.<sup>24</sup>

A mesma portaria, por outro lado, veda a transação em três hipóteses, a saber: (i) no caso de aplicação de penalidade a servidor público; (ii) no caso de indenização por dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada, contratada ou delegada de órgão da Administração Pública Federal e assumida, em juízo, o pagamento pactuado; (iii) em caso de litígio fundado em matéria exclusivamente de direito, quando a respeito houver Súmula da AGU, parecer aprovado na forma da Lei Complementar nº 73/1993 ou orientação interna do Advogado-Geral da União, contrários à pretensão.<sup>25</sup>

## 6. PRESCRIÇÃO

O tema da prescrição, embora seja inegavelmente de direito material, é absolutamente pertinente ao estudo proposto, tendo em vista

<sup>24</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

<sup>25</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

que gera enormes dúvidas a todos os operadores do Direito que se deparam com ações de responsabilidade civil do Estado. Nesse diapasão, tem-se que a prescrição em face da Fazenda Pública está regulada no Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, que, em seu art. 1º, dispõe o seguinte:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Curiosamente, o Código Civil de 1916 continha disposição específica acerca do prazo prescricional das dívidas contra a Fazenda Pública, em seu art. 178, § 10, inciso VI, que não foi repetida no Código Civil de 2002, de modo que a novel legislação, pelo critério da especialidade, admite a prevalência do supra transcrito dispositivo.

A responsabilidade civil do Estado, conforme prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República, e reproduzida no art. 43 do novel Código Civil, é a extracontratual, que não tem caráter alimentar. O direito de ação da parte, em demandas indenizatórias com fundamento nela, é, portanto, prescritível.

O prazo, segundo Hely Lopes Meirelles e boa parte da doutrina, é o de 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato de que se originaram, consoante previsão do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, aliado ao disposto no art. 1º-C da Lei nº 9.494/1997, restando afastados os prazos gerais de vinte anos e dez anos dos Códigos de 1916 e 2002, respectivamente. Além disso, a prescrição quinquenal, segundo o melhor entendimento da doutrina, é pertinente para “todas as Fazendas, autarquias, fundações públicas e paraestatais nas ações pessoais”.<sup>26</sup>

Contudo, no caso das sociedades de economia mista, a regra em questão não tem aplicabilidade, prevalecendo o entendimento já sacramentado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula nº 39, que estatui que “prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista”.

<sup>26</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 620.

Evidentemente, o prazo geral de 20 (vinte) anos foi reduzido para 10 (dez) anos, pelo art. 205 do Código Civil, o que impõe a análise, em cada caso concreto, da regra de transição do art. 2.028 da lei material civil: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

É importante destacar, contudo, que esta visão não é pacífica em toda a doutrina pátria, havendo autores que defendem a tese de que, com o advento do Código Civil de 2002, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos antes aplicável à hipótese sofreu redução, passando a ser aplicável o prazo prescricional de 3 (três) anos de que trata o art. 206, § 3º, inciso V, do Código.

Com efeito, é a lição de Flávio de Araújo Willeman:

[...] nada obstante o novo Código Civil não ter trazido grandes inovações quanto ao regime de responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público – eis que repete no artigo 43, quase que integralmente, a regra prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988 – inovou no estabelecimento do prazo de prescrição para que as pretensões indenizatórias sejam objetos de ações indenizatórias em face do Poder Público.

O artigo 206 do Código Civil de 2002, no § 3º, inciso V, estabelece que prescreve em (3) três anos o prazo para a “pretensão de reparação civil”. Digno notar que a referida norma não traz qualquer distinção a respeito das pessoas que devem compor o polo passivo ou que estariam excluídas de sua aplicação, o que certamente permite concluir, *prima facie*, que as pessoas jurídicas de direito público estão aí inseridas.<sup>27</sup>

O termo inicial de contagem do prazo prescricional, como não poderia ser diferente, dependerá da natureza da ação analisada, e deverá ser contado do ato ou fato de que se originou o dano, variando conforme o caso.

Outra questão interessante é a possibilidade de decretação da prescrição intercorrente em face da Fazenda Pública. Com efeito,

<sup>27</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. Prescrição das Ações Indenizatórias contra o Poder Público e o Código Civil de 2002. In: *Revista da EMERJ*, v. 12, nº 47, 2009, p. 202-203.



após obter êxito, na fase de conhecimento, em ação ajuizada contra o Estado, e, transitada em julgado a decisão, a parte deve executar o título executivo judicial em prazo igual ao previsto na lei para o ajuizamento da ação de conhecimento.

Essa questão foi pacificada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, quando da edição da Súmula nº 150, que prevê que “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. E, sendo de 5 (cinco) anos o prazo em comento, também o será o prazo para que a parte promova a competente ação satisfativa do crédito, com fulcro no art. 730 e seguintes do Código de Processo Civil.

O prazo para a prescrição intercorrente, contudo, obedecerá ao fundamento do art. 3º do Decreto nº 4.597/42, que estabelece o prazo de dois anos e meio. Tal dispositivo foi objeto de interpretação jurisprudencial, sacramentada pela Súmula nº 383 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe o seguinte: “A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por 2 (dois) anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de 5 (cinco) anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo”.

O entendimento do caso não é simples e pressupõe análise pontual de cada ocorrência concreta com rigorosa contagem de prazos. A título exemplificativo, se o autor for intimado a cumprir o acórdão e quedar-se inerte, mas, após dois anos, requerer prazo para apresentar planilha de cálculos, haverá uma causa de interrupção da prescrição, e, a partir daí, iniciar-se-á a contagem para efeito da prescrição intercorrente (dois anos e meio). Posteriormente, se permanecer inerte por mais dois anos e onze meses, mas, ao final deste período, apresente a planilha, segundo a Súmula nº 383, não haverá prescrição, pois os dois anos anteriores à interrupção, somados aos dois anos e onze meses posteriores estarão aquém do quinquênio previsto no Decreto nº 20.910/1932.

Pela mesma lógica, caso a somatória dos prazos ultrapassasse os 5 (cinco) anos, seria plenamente possível a decretação da prescrição intercorrente, inclusive de ofício, conforme facultado ao julgador pelo art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.280/2006.

## 7. ÔNUS DA PROVA

Prosseguindo este breve esboço processualístico, merece análise a matéria da prova, que, em processo civil, liga-se primordialmente às circunstâncias fáticas em análise, porém, varia conforme a teoria adotada para a responsabilização do Estado.

Conforme se viu, o Brasil adotou, em matéria de responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo, preconizando a responsabilidade objetiva, que, como se salientou, pressupõe simples demonstração do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente público. Comprovado este liame causal entre conduta e dano, dispensa-se qualquer comprovação de culpa do agente.

Diante deste cenário, o que ocorrerá é a inversão do *onus probandi*, que passará a incumbir o próprio Estado de se eximir do dever reparatório, elidindo-o ou atenuando-o através da demonstração de alguma das causas excludentes anteriormente abordadas.

Por outro lado, se a hipótese versar a aplicabilidade da teoria da responsabilidade subjetiva, o que é muito comum nas situações em que a conduta do agente público materialize-se a partir de uma omissão, conforme se verá mais à frente, incumbirá à vítima demonstrar a culpa do agente, comprovando que tenha atuado dolosamente ou culposamente, por imprudência, negligência ou imperícia.

## 8. RECURSOS

Na seara recursal, merece destaque, de plano, a questão do reexame necessário das sentenças proferidas contra o Estado, pela Instância imediatamente superior, desde que a condenação contemple valor certo e superior a sessenta salários mínimos e a sentença não esteja fundamentada em jurisprudência ou entendimentos sumulados dos Tribunais Superiores.

Sendo pertinente a remessa necessária (ou reexame necessário), os autos são automaticamente remetidos ao Tribunal *ad quem*, que deverá avocá-los caso o juiz *a quo* não determine a remessa. O art. 496 do Novo Código de Processo Civil (equivalente ao art. 475 do Código de Processo Civil de 1973) traz tal previsão, explicitando a necessidade

do reexame necessário ao destacar a sujeição da sentença proferida contra o Poder Público ao duplo grau de jurisdição.

Em razão de sua natureza, o recurso de ofício devolve ao Tribunal *ad quem* toda a matéria abordada na sentença de primeiro grau, podendo haver reforma total ou parcial da decisão, sem que a Fazenda Pública voluntariamente recorra.

Insta destacar, ainda, que o recurso de ofício é encarado pela doutrina como quase-recurso, eis que trata-se de verdadeira ordem de devolução integral, imposta por lei, pois, tratando-se de reexame necessário da matéria de que sucumbiu o Estado, o efeito devolutivo do recurso fica confinado aos limites do gravame, ou seja, o reexame necessário tem como limite o interesse fazendário.<sup>28</sup>

Tanto é verdade, que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 45, preconizando que: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”. Isso significa que, nos recursos de ofício, a devolução só se opera nos limites a sucumbência, sendo vedada a *reformatio in pejus*.

Outra questão que, por muito tempo, suscitou dúvidas na jurisprudência era o cabimento dos embargos infringentes em face de decisão não unânime no reexame necessário. Parcela da doutrina admitiu o cabimento deste recurso durante certo tempo, mas, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, editando sua Súmula nº 390, que determina que “nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes”.

Tal entendimento fundamentou-se na total distinção entre o recurso de apelação, cujo julgamento não unânime admite os embargos infringentes, e o reexame necessário, que não é visto como recurso propriamente dito, mas como mero “complemento” do julgado, ou “medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do Erário ou da coisa pública”.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil* – vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1969, nº. 1.058. *apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207.

<sup>29</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 206.

Quanto aos recursos endereçados aos Tribunais Superiores, em matéria de responsabilidade civil do Estado, plenamente cabível a interposição do Recurso Extraordinário ao Excelso Supremo Tribunal Federal, por se tratar de matéria constitucional, insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição da República. Esse entendimento, por decorrência lógica, afasta o conhecimento de Recurso Especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, que não tem competência para decidir questão constitucional.

A exceção está nos casos em que a matéria discutida abarque violação de norma infraconstitucional, não tendo por objeto a aplicabilidade de regra constitucional, embora o fundamento basilar da demanda seja a responsabilidade civil do Estado.<sup>30</sup>

## 9. EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Prolatada a sentença condenatória em face do Estado, exauridas as instâncias recursais, transitada em julgado a decisão, e, finalmente, liquidados os danos, impõe-se à parte a execução da sentença, por rito próprio, previsto no art. 910 e seguintes do Novo Código de Processo Civil (equivalentes ao art. 730 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973).

Diferentemente do que ocorre com os títulos executivos judiciais que envolvam unicamente particulares, em que se faz o cumprimento de sentença, quando a decisão é prolatada contra a Fazenda Pública, o rito adotado é especial, e não foi atingido pela reforma processual da Lei nº 11.232/2005, que implantou no CPC de 1973 o regime executivo do processo sincrético, em que o cumprimento de sentença passou a ocorrer dentro dos próprios autos do processo de conhecimento.

Contudo, não se aplicando tal método processual à Fazenda Pública, deve-se proceder pela via autônoma. Dessa forma, ajuizada a ação executiva, procede-se à citação da Fazenda Pública para opor embargos, no prazo legal, e o pagamento se dá pelo sistema de precatórios ou de requisições de pequeno valor:

<sup>30</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 209.

Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

§ 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

§ 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

§ 3º Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 534 e 535.

Com efeito, o prazo de 30 (trinta) dias a que se refere o dispositivo do CPC de 2015 pôs fim a um equívoco redacional que prevaleceu no texto do art. 730 do CPC de 1973 e que apontava prazo de 10 (dez) dias, sem aplicabilidade, eis que fora derogado tacitamente por disposição posterior do art. 1º-B da Lei nº 9.494/1997, passando a ser de 30 (trinta) dias a partir de então.

O processamento da ordem de pagamento se dá pelo sistema de precatórios, conforme previsto pelo art. 100 da Constituição da República, que destaca a utilização de uma ordem cronológica de sua apresentação para pagamento, ressaltando a proibição da designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

O sistema das requisições de pequeno valor é mais simplificado do que o de precatórios, mas deve respeitar a um teto, que, no âmbito federal, é de 60 (sessenta) salários mínimos. Estados e Municípios podem fixar o próprio limite, mas, não fixando, se sujeitam aos seguintes limites constitucionais: (i) para Estados, até 40 (quarenta) salários mínimos; (ii) para Municípios, até 30 (trinta) salários mínimos.

Quanto às autarquias e fundações autárquicas, dispondo elas de autonomia e patrimônio próprio, respondem individualmente por suas obrigações, sujeitando-se aos pagamentos a que forem condenadas, obedecidas, evidentemente, todas as regras referentes ao processamento de pagamentos pelo sistema de precatórios e requisições de pequeno valor.

## 10. CONCLUSÃO

Concluído este breve estudo acerca das peculiaridades que envolvem as ações de responsabilidade civil propostas contra o Estado, foi possível verificar, após repassar cada um dos principais aspectos de tramitação diferenciada dessas ações, que a dinâmica processual no que concerne ao Estado reveste-se de profunda especialidade, sendo imprescindível a qualquer operador do Direito o conhecimento de tais características.

Tendo em vista do advento do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – foram mantidas várias disposições da legislação anterior, com nova numeração, sendo que algumas sofreram mudanças, sendo merecedora de destaque a alteração concernente aos prazos dilatados de que sempre gozou a Fazenda Pública em sua atuação em juízo. A regra que antes lhe conferia o prazo em quádruplo para contestar, e em dobro para recorrer, foi alterada, passando a garantir-lhe prazos dobrados para todas as manifestações que deva fazer no processo, o que modificará sobremaneira um dos mais importantes aspectos da dinâmica do direito processual civil nessas ações.

Questões como a execução de sentenças condenatórias contra o Estado e a subsunção do pedido de pagamento da parte à sistemática dos precatórios e requisições de pequeno valor, que atendem a comando constitucional, permaneceram inalteradas na nova legislação processual, sendo certo que o profundo conhecimento dessa sistemática se revela fundamental a todos, notadamente por ser o crédito o principal objeto almejado em ações de responsabilidade civil.

Em que pese ser inegável o avanço tendente à incorporação de novas tendências ao direito processual civil, que caminha paralelamente aos avanços tecnológicos e sociais, bem assim aos clamores públicos por uma prestação jurisdicional célere, no tocante ao Estado e às ações que o mesmo figure em um dos polos da relação jurídica processual, permanece o conservadorismo, plenamente justificável do ponto de vista da indisponibilidade do interesse público que circunda qualquer pretensão reparatória veiculada contra o Ente Federativo.

Não obstante, ainda que pontuais, algumas das mudanças verificadas prometem alterar sobremaneira o modo como se haverá de encarar a lógica processual do novo *Codex* perante o Estado, o que

impõe um aprimoramento ainda mais detalhado a todos os que eventualmente enfrentarão a matéria, sendo imperioso distinguir rapidamente as peculiaridades que se apresentam nessas ações reparatórias em face da sistemática corriqueira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. *Servidores públicos*, Niterói: Impetus, 2010.
- WILLEMANN, Flávio de Araújo. Prescrição da Ações Indenizatórias contra o Poder Público e o Código Civil de 2002. *In: Revista da EMERJ*, v. 12, nº 47, 2009, p. 197-214.

*Recebido em 4/2/2016*

*Aprovado em 3/6/2016*





# 5

## O RETROCESSO NO ABRIGAMENTO DE PRESOS EM CADEIAS PÚBLICAS (RETROCESS IN THE SHELTERING OF PRISONERS IN PUBLIC JAILS)

**Lourenço Migliorini Fonseca Ribeiro<sup>1</sup>**

### RESUMO

O anteprojeto de Lei de Execução Penal, em trâmite no Senado Federal, com o número 513/2013, traz no artigo 102 a autorização para o recolhimento de presos definitivos em cadeias públicas.

Historicamente, as cadeias públicas foram utilizadas como local destinado ao recolhimento dos presos provisórios. Todavia, tornou-se regra o recolhimento de presos condenados por toda espécie de crimes, em condições sub-humanas, além de deslocar as forças policiais para atividades diversas daquelas que deveriam desempenhar. Logo, a previsão constante do Anteprojeto é a autorização legal para o retorno de um mal que acontecia, que vem sendo lenta e gradualmente eliminado, e que não se pode admitir.

### ABSTRACT

The draft law n. 513/2013, regarding the Penal Execution Law, which is pending approval from the Brazilian Senate, brings in its article 102 the authorization to confine definitive prisoners in public jails. Historically, public jails have been utilized as a space destined to receive temporary prisoners. However, the

<sup>1</sup> Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Uberlândia. Estado de Minas Gerais – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

confinement of prisoners condemned for all sorts of crimes in sub human conditions, as well as the displacement of police forces to perform activities diverse from those they should accomplish, has become a trend. Thus, the prevision inserted on the draft law is the legal authorization to bring back a then recurring bale, which has been slowly and gradually eliminated, and that cannot be allowed.

**Palavras-chave:** Execução Penal; Direitos Humanos; Anteprojeto de Lei de Execução Penal; Cadeia Pública.

**Keywords:** Penal Execution, Human Rights, Draft Bill of Penal Execution, Public Jail.

**SUMÁRIO:** Fundamentação. Do regramento legal sobre as cadeias públicas. Dos sistemas de cumprimento de pena. Do trabalho do preso. Da assistência à saúde. Da assistência educacional. Da assistência jurídica. Do direito a visitas. Conclusão. Conclusão Objetiva/Proposição. Referências.

## FUNDAMENTAÇÃO

### Do regramento legal sobre as cadeias públicas

Atualmente, consta da Lei n. 7.210, de 1984, no artigo 102, a previsão de que as cadeias públicas destinam-se ao recolhimento de presos provisórios.

Contudo, o Anteprojeto n. 513/2013, alterando a redação original do artigo, incluiu o parágrafo único, autorizando o recolhimento de condenados, não reincidentes, e com penas inferiores a oito anos, em cadeias públicas. *Verbis:*

A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Parágrafo único: Excepcionalmente, os presos com penas de reclusão de até 8 (oito) anos em regime fechado, que não sejam reincidentes, poderão cumprir pena em cadeia pública

A doutrina de Augusto Thompson, ainda no ano de 1991, já advertia que:

(...) como os estabelecimentos de entrada são as prisões comuns (xadrezes de delegacias, cadeias públicas, etc.), para as quais, como já vimos, não impõe à legislação a observância de quaisquer requisitos especiais, quer quanto ao tipo de acomodações quer quanto ao regime de operação, torna-se possível (ou não é completamente impossível) elastecer-lhes a capacidade a limites

absurdos e desumanos, muitas e muitas vezes superiores à lotação ideal.<sup>2</sup>

A inovação trazida pelo anteprojeto somente se justifica pela escassez de vagas atualmente existente no sistema prisional, em uma medida desesperada e, a nosso sentir, ineficaz para a criação de novos locais para abrigamento de presos.

A eliminação do recolhimento de presos em cadeias públicas foi uma vitória conquistada a duras penas, em lutas travadas por Comissões de Direitos Humanos nacionais e internacionais, Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública, Ministério Público e Magistratura, e até o presente momento se mostrou medida muito acertada.

A alteração legislativa proposta, portanto, anda na contramão da história, já que, notadamente, representará um retrocesso na forma de cumprimento de pena em nosso país, conforme adiante se demonstrará.

## DOS SISTEMAS DE CUMPRIMENTO DE PENA

Há basicamente, conforme a doutrina, três sistemas de cumprimento de pena: a) sistema pensilvânico ou celular; b) sistema auburniano; e c) sistema progressivo.

Por não ser o objeto principal do trabalho, teceremos alguns comentários, bastante objetivos e resumidos, sobre cada um deles.

O primeiro nasceu da necessidade de extinção dos trabalhos forçados, da diminuição na aplicação da pena de morte, fazendo com que a pena privativa da liberdade fosse a mais aplicada. Tem como características o isolamento em celas individuais dos indivíduos mais perigosos, mantendo-se os demais em celas comuns, estes últimos com direito a trabalho. Também era marcado pelo silêncio absoluto na meditação e na oração.<sup>3</sup>

Já o segundo sistema surgiu da necessidade de aprimoramento do primeiro, em especial quanto ao trabalho, que passa a ser comum

<sup>2</sup> THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991, p. 102.

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 76/79.

entre todos os presos, mantendo-se, contudo, a obrigação de silêncio e confinamento individual no período noturno. Sobre esse sistema, Bitencourt escreve: “O sistema auburniano pretendeu definir o trabalho sob um ponto de vista idealista, considerando-o como um agente de transformação, de reforma.”<sup>4</sup>

O último dos sistemas “consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do trabalho reformador”, possibilitando ao recluso sua reinserção na sociedade antes do término da pena.<sup>5</sup>

Dentro desse sistema, a doutrina indica basicamente três subdivisões: *sistema progressivo inglês ou mark system*, caracterizado pelo cumprimento da pena em três estágios, para os quais o sentenciado progredia de acordo com o trabalho e sua boa conduta carcerária. À medida que progredisse, haveria uma maior liberdade e menor vigilância. Por exemplo *no primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado... com a progressão ao segundo estágio, era permitido o trabalho comum, observado o silêncio absoluto e o isolamento noturno... o terceiro período permitia o livramento condicional*<sup>6</sup>; *sistema progressivo irlandês* que acrescenta um período aos três anteriormente aplicados, o de prisão intermediária, que antecederia ao livramento condicional no qual “o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos, preferencialmente, agrícolas”<sup>7</sup>, em que a disciplina era mais suave e o abrigo em quase nada lembrava o de uma prisão; *sistema de Montesinos* caracterizado pela eliminação dos castigos corporais, a implementação do trabalho remunerado do preso, proibição do regime de isolamento celular, possibilidade de concessão de saídas temporárias, redução de 1/3 da pena pelo bom comportamento do preso.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> BITENCOURT. Op. cit., p. 89/91.

<sup>5</sup> BITENCOURT. Op. cit., p. 97.

<sup>6</sup> GRECO. Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 2. ed. Niteroi Editor. Impetus, 2015, p. 124.

<sup>7</sup> BITENCOURT. Op. cit., p. 101.

<sup>8</sup> GRECO. Op. cit. p. 127.

Percebe-se, por essa rápida leitura, que os sistemas foram evoluindo com o passar do tempo, chegando-se ao último, no qual as marcas da humanização da pena já se mostram nítidas e presentes. Além disso, as progressões de regime ocorreriam dentro do mesmo estabelecimento prisional, com fundamento no merecimento do condenado, seja pelo trabalho, seja pelo bom comportamento.

E aqui *a primeira crítica* ao retorno do cumprimento de pena em cadeias públicas: *não há forma de se efetivar a progressão de regime de pena no interior das cadeias públicas, já que não há estrutura física adequada para separação dos presos por regime e por tipo de crime, além de não se permitir o trabalho, o estudo e a leitura, atualmente as formas de remição previstas na nossa legislação, de tal forma que a progressão se daria apenas pelo cumprimento de uma fração da pena, com a transferência para outra unidade prisional.*

## DO TRABALHO DO PRESO

O trabalho do preso encontra previsão legal no artigo 28 da Lei de Execuções Penais vigente, e em artigo de mesmo número no Anteprojeto 513/2013, e, segundo a própria legislação terá finalidade educativa e produtiva, valendo acrescentar que também contará para fins de remição da pena, nos termos do artigo 126 da Lei 7.210/84.

Sobre o trabalho do preso, a doutrina assevera que:

(...) o trabalho do condenado (e dos portadores de sofrimento psíquico capazes de realizá-lo) desempenha importante papel no processo de recontato com o meio livre, sendo eficaz instrumento de afirmação da dignidade humana...e ao mesmo tempo um dever e um direito do condenado.<sup>9</sup>

A questão do trabalho também consta de forma expressa, e bastante detalhada, nos itens 71 a 76 das Regras Mínimas das Nações Unidas para tratamento de reclusos, sempre com a orientação de que

<sup>9</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 165 e 168.

o trabalho não seja insalubre, penoso, remunerado e de acordo com a aptidão do preso, além de ser também instrumento de preparação para sua reinserção na sociedade quando de sua libertação.

Assim o trabalho é extremamente importante, porque

(...) ao mesmo tempo em que impede a ociosidade, gera ao condenado recursos financeiros para o atendimento das obrigações decorrentes da responsabilidade civil, assistência à família, despesas pessoais e até ressarcimento ao Estado por sua manutenção.<sup>10</sup>

Todavia, é de conhecimento público que os estabelecimentos penais formais não oferecem espaços adequados ao trabalho daqueles que se encontram no regime fechado ou que, estando no regime semiaberto, não tem proposta de trabalho externo. Para oferecer o mínimo de oportunidade, impedindo o ócio completo e permitindo a remição, surgiram no interior das unidades prisionais as oficinas de artesanato, de baixa capacidade produtiva e pouco rentável, além de não preparar o detento para o mercado de trabalho.

Ainda sobre o tema trabalho do preso, vale citar a contradição existente no próprio Anteprojeto, entre os artigos 28, § 3º, e 102, já que ao estabelecer no primeiro artigo citado que “*os estabelecimentos penais serão compostos de espaços reservados para atividades laborais*”, obriga que as cadeias públicas, agora destinadas ao recolhimento de pessoas condenadas, disponham de tais espaços, o que, convenhamos, será impossível.

Diante de tudo o que foi exposto, chega-se à seguinte constatação e *segunda crítica* à previsão de abrigo dos presos em cadeias: *se um estabelecimento penal destinado a abrigar condenados definitivos, que lá permanecerão por bastante tempo, não dispõe de espaço adequado para o exercício de trabalho, as cadeias públicas, verdadeiros cubículos, depósitos humanos, com pouco espaço disponível para as celas, não terão a mínima condição de oferecer qualquer oportunidade de trabalho, violando dispositivos da Lei de Execução Penal e das Regras Mínimas para tratamento dos presos.*

<sup>10</sup> SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide Editora. 1986. p. 39.

## DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A assistência à saúde do encarcerado encontra guarida legal no artigo 14 da Lei de Execução Penal, e no artigo 196 da Constituição Federal. Ademais, também há previsão legal na Resolução nº 7/2003 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Todavia, “no presídio a assistência à saúde é complicada e, na maioria das vezes, insuficiente<sup>11</sup>”, além do fato de que “o encarceramento nas atuais condições é por si só fator de agravamento do quadro de saúde dos presos”.<sup>12</sup>

Dentro deste cenário de absoluta precariedade da saúde em geral, com filas intermináveis para atendimento dos cidadãos, falta de medicamentos básicos nas unidades de saúde, equipamentos parados por ausência de manutenção ou falta de técnicos capacitados para instalação e operação, a assistência à saúde dos detentos também se encontra negligenciada.

Em vários presídios não há local próprio para o atendimento médico dos presos, e nesses casos

(...) os presos são levados ao serviço público de saúde, causando constrangimento à população e a eles mesmos, pois ingressam em hospitais públicos escoltados e algemados, infundindo, dessa forma, temor aos que ali se encontram, que imaginam sempre que uma tentativa de fuga, com auxílio de outros criminosos, está prestes a acontecer. Assim, no imaginário popular, já começam a preannunciar o seu destino, ou seja, em vez de se consultarem com algum médico, já irão direto para o necrotério<sup>13</sup>

Além desse temor, há também um sentimento de revolta na população, já que o preso tem tratamento prioritário, e ao chegar à unidade de atendimento público de saúde passará na frente de pessoas que estão aguardando atendimento por horas, quiçá dias.

E que não se utilize para negativa da assistência à saúde

<sup>11</sup> JÚNIOR, Sídio Rosa de Mesquita. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 171.

<sup>12</sup> ROIG. Op. cit. p. 150.

<sup>13</sup> GRECO. Op. cit. p. 181.

(...) o infame argumento de que se a população carente não tem assistência médica, os presos não podem reclamá-la para si. Sem levar em conta os aspectos legais e o fato de a maioria das doenças contraídas pelos presos decorrerem das próprias condições insalubres e promíscuas dos estabelecimentos penais, negar-lhes atendimento é tão ou mais cruel do que não proporcionar o acesso da população à saúde. A pessoa que está em liberdade tem pelo menos a possibilidade de lutar pela assistência, diversamente do preso, que, aliás, está sob a custódia do Estado.<sup>14</sup>

Dentro desse cenário precário de assistência à saúde no interior dos estabelecimentos prisionais, a autorização legislativa para prisão de condenados em cadeias públicas implicará em mais uma violação aos direitos mínimos dos presos, novamente em descumprimento das regras estabelecidas pela ONU, nos itens 22 a 26 de sua declaração das regras mínimas para tratamento de prisioneiros sendo esta a terceira crítica a alteração legislativa.

## DA ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL

No que toca a assistência educacional, vale destacar a redação do artigo 17, parágrafo único, do Anteprojeto n. 513/2013. *Verbis*:

A assistência educacional compreenderá a educação formal e profissionalizante do preso, cabendo assegurar o direito, acesso e permanência na instituição escolar do cárcere em todos os níveis e modalidades de educação, inclusive o superior, sem qualquer tipo de discriminação. *Parágrafo único – Serão reservados espaços adequados à assistência educacional, vedada a utilização para outras finalidades.*

Na mesma linha, tem-se a Resolução n. 03/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que no seu artigo 5º contempla, *verbis*:

Art. 5º As autoridades responsáveis pelos estabelecimentos penais devem propiciar espaços físicos adequados às atividades educacionais (salas de aula, bibliotecas, laboratórios, etc.), integrar as práticas educativas às rotinas da unidade prisional e

<sup>14</sup> SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. *Prática de execução das penas privativas de liberdade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.30/31.



difundir informações incentivando a participação do(a)s preso(a)s e internado(a)s.

Vale também citar, referente à questão da educação, a Recomendação n. 44/2013 do CNJ que contempla a remição pela leitura, e, via de consequência, a exigência de uma biblioteca, demandando espaço específico para tal finalidade.

As Resoluções acima citadas espelham a orientação contida nos itens 40, 77 e 78 da declaração das regras mínimas para tratamento de prisioneiros, elaborada pela ONU.

Várias unidades pelo Brasil possuem escolas em seu interior, além de bibliotecas, propiciando o acesso à educação. Contudo, não são todas, e as que não possuem, certamente não o fazem por absoluta falta de espaço.

E neste ponto, novamente se verifica grave e insanável incompatibilidade entre a previsão de abrigamento de presos condenados em cadeias públicas e a obrigatoriedade de se destinar espaço específico e adequado para a assistência educacional. Isso porque,

temos visto celas que são verdadeiros cubículos, onde um ser humano não goza das mínimas condições de habitabilidade. Para chegarmos ao cumprimento da exigência legal, urge que se renovem, quase por inteiro, os estabelecimentos prisionais brasileiros.<sup>15</sup>

Reside nesta *inexistência de espaço para instalação de escolas, bibliotecas, disponibilizando aos presos o direito a assistência educacional*, a quarta crítica a previsão legislativa de recolhimento de presos em cadeias públicas.

## DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Em um país de pessoas, em sua maioria, com baixa capacidade econômica, a assistência jurídica deve ser prestada pelo Estado àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, conforme previsão constitucional inserida no artigo 5º, inciso LXXIV.

Dentro desse contexto, insere-se a população carcerária, em sua maioria formada por pessoas com baixa renda, e, portanto, altamente

<sup>15</sup> SILVA. Op. cit. 88.

dependente da assistência jurídica a ser prestada pelo Estado, seja através da Defensoria Pública, dos advogados integrantes dos quadros das unidades prisionais, ou de advogados nomeados pelos juízes da execução.

Contudo, assim como os outros direitos dos sentenciados, em vários locais a assistência jurídica não é prestada adequadamente.

Portanto,

se é certo que um dos fatores de maior insatisfação no ambiente carcerário é a falta de assistência jurídica ao interno, está patente que uma das causas de rebelião em nossos presídios e delegacias policiais é a grande quantidade de apenados em condições de receber algum benefício e não tiveram o mesmo requerido.<sup>16</sup>

Quando havia o recolhimento de pessoas em delegacias policiais a existência de motins e rebeliões era constante, seja pela superlotação carcerária, pela violação de direitos ou pela prática constante e corriqueira de tortura.

Em obra sobre o sistema prisional, Rogério Greco<sup>17</sup> cita situação visualizada na década de 1990, em delegacias policiais de Minas Gerais. *Verbis*:

em uma delegacia localizada na cidade de Belo Horizonte, os presos deram início àquilo que denominaram de ‘ciranda da morte’. Assim, os presos que se encontravam naquele estabelecimento fizeram uma série de reivindicações dirigidas à melhoria do sistema. Como forma de pressionar o governo estadual a atender as referidas reivindicações, os presos elegiam um companheiro de cela e o matavam. Assim, começaram a matar os presos, um por dia, até que os pedidos fossem considerados e atendidos. Uma outra cadeia, localizada no interior da delegacia de furtos e roubos, era popularmente conhecida como ‘o inferno’, havendo sido palco de inúmeras rebeliões’.

As rebeliões e os motins “são os fatos que mais drasticamente evidenciam as deficiências da pena privativa da liberdade.<sup>18</sup>”

<sup>16</sup> REIS, Roberto A. *Excesso de população carcerária: realidade ou imobilismo?* Execução Penal: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1995.

<sup>17</sup> GRECO. Op. cit., p. 150/151

<sup>18</sup> BITENCOURT. Op. cit., p. 226.

E a prova de que o recolhimento em cadeias públicas não é a solução para o problema da superlotação é a conclusão afirmada pelo próprio Rogério Greco: “Hoje, as cadeias públicas foram quase que totalmente desativadas em Minas Gerais, embora ainda existam sistemas prisionais superlotados.<sup>19</sup>” Na mesma linha, seguem as lições de Alexis Couto de Brito,<sup>20</sup> ao apontar a realidade de São Paulo, asseverando que

o calamitoso estado atingido pela acumulação de presos provisórios e condenados em Distritos Policiais fez com que o Estado de São Paulo criasse os Centros de Detenção Provisória, para abrigar os presos mantidos em Distritos e desativar as cadeias anexas.

E, a partir da conclusão dos renomados autores, e pela análise de notícias colhidas da internet verificam-se que as rebeliões em estabelecimentos penais (presídios e penitenciárias em Minas Gerais e São Paulo), após o fechamento das cadeias, são fenômenos isolados e pontuais.

À guisa de conclusão sobre o tema da assistência jurídica, colhe-se do conjunto de princípios para a proteção de todos os indivíduos sob qualquer forma de detenção ou encarceramento, especificamente os princípios de n<sup>os</sup> 11, 17 e 18, de forma expressa o direito a assistência jurídica, seja por advogado particular ou por defensor custeado pelo Estado àqueles que não tiverem condições de arcar com tal pagamento.

Portanto, é injustificável que Delegacias Policiais possam abrigar detentos já em fase de execução de sentença, totalmente desassistidos juridicamente, sem qualquer amparo do Sistema Penitenciário, sujeitos às mais cruéis condições humanas, discriminados no direito de receber visitas, falidos do menor acompanhamento, a teor da individualização da pena, tal como previsto na LEP,<sup>21</sup> *configurando a ausência de assistência jurídica, os constantes motins e rebeliões quando havia o abrigamento de pessoas condenadas em cadeias públicas, a quinta crítica a alteração legislativa proposta.*

<sup>19</sup> GRECO. Op. cit., p. 151.

<sup>20</sup> BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 224.

<sup>21</sup> REIS. Op. cit., p. 81/82.

## DO DIREITO A VISITAS

A manutenção dos laços com a família é essencial no processo de reabilitação daqueles que estão em cumprimento de pena.

Nessa linha estão os itens 79 e 80 da declaração da ONU sobre as condições mínimas de tratamento de prisioneiros. *Verbis*:

79. Atenção especial deve ser dada para a manutenção e o aperfeiçoamento das relações entre o prisioneiro e sua família, conforme adequado ao interesse de ambos.

80. Desde o início do cumprimento da pena de um prisioneiro, deve-se considerar seu futuro após a liberação, e ele deve ser incentivado e auxiliado a manter ou estabelecer relações com indivíduos ou organismos fora da instituição, da melhor forma possível, para promover os interesses de sua própria reabilitação social e de sua família.

A visitação àqueles que cumprem penas deve se dar dentro das mínimas condições de higiene, segurança, inclusive para permitir a visitação íntima, importante elemento de manutenção da estabilidade dentro das unidades prisionais.

Aqui novamente *o recolhimento em delegacias, e seu acanhamento, impediria de forma absoluta o exercício de direito elementar daqueles que se encontram presos, tal seja a visita dos familiares, razão pela qual se registra a sexta crítica ao Anteprojeto.*

Foram exemplificados seis direitos que seriam violados com o recolhimento dos presos em cadeias públicas, mas todos os demais previstos na LEP seriam certamente usurpados dos sentenciados, caso venha a prevalecer a autorização para recolhimento de condenados definitivos em cadeias policiais.

Além disso, vale destacar que com o fim do recolhimento em cadeias públicas, as forças policiais puderam se dedicar às suas atividades precípuas: a polícia civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações, exceto as militares; e a polícia militar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Tudo isso somado ao desencargo financeiro causado às Prefeituras Municipais, grandes responsáveis pela manutenção das cadeias públicas quando estas estavam em funcionamento, já que

o Estado simplesmente se isentava de responsabilidade quanto à manutenção das cadeias em municípios menores, se preocupando unicamente com os estabelecimentos prisionais localizados nos grandes centros.

## CONCLUSÃO

A previsão legislativa de que *os presos com penas de reclusão de até 8 (oito) anos em regime fechado, que não sejam reincidentes, poderão cumprir pena em cadeia pública*, representará, caso venha a ser aprovada, grande retrocesso na história do cumprimento de pena no direito brasileiro, pelos motivos abaixo indicados:

**A uma**, porque, quando houvesse a progressão de regime, obrigatoriamente haveria a transferência do sentenciado para outro estabelecimento prisional, já que somente se permitiria o cumprimento de pena em cadeias públicas daqueles que forem condenados em regime fechado.

**A duas**, porque não há espaço para o desempenho de qualquer atividade laborativa no interior das cadeias públicas.

**A três**, porque as cadeias públicas são ambientes altamente insalubres, e também não há condições de se oferecer qualquer assistência médica as pessoas ali recolhidas, por mais básica que seja.

**A quatro**, porque não há o mínimo espaço para a realização de atividades educacionais e instrutivas, impedindo o acesso a remição pelo estudo e leitura.

**A cinco**, porque a história indica a ocorrência de intermináveis rebeliões quando havia o recolhimento de pessoas em cadeias, em sua imensa maioria pela existência de benefícios vencidos, manutenção de prisões indevidas, tudo pela ausência de assistência jurídica, e, também pela “morosidade da magistratura em responder aos incidentes executivos<sup>22</sup>”

**A seis**, porque não há mínimas condições de segurança, higiene, salubridade para realização de visitas sociais ou íntimas no interior das cadeias, em nítido prejuízo ao processo de ressocialização, já que sabida a importância das visitas nesse processo.

<sup>22</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2008, p. 204.

A **sete**, porque havia alto índice de fugas quando o recolhimento se dava em cadeias públicas, gerando a necessidade das forças policiais se deslocarem para vigilância frequente das cadeias, em evidente prejuízo das funções precípuas de cada instituição.

A **oito**, porque os custos com a manutenção das cadeias eram suportados pelos Municípios, ente federativo com a menor receita, ocasionando intensa sobrecarga financeira, com prejuízo a outras atividades obrigatórias e inerentes ao Município.

A diuturna judicatura na Execução Penal permite a observação acerca da violação dos direitos dos sentenciados em estabelecimentos, em tese preparados para recebê-los, e essa observação gera sensível incômodo. Dessa feita, a simples possibilidade de retrocesso na forma de cumprimento da pena, e aumento da violação dos direitos é motivo de grande preocupação.

A sociedade exige do juiz da execução um perfil diferenciado dos demais, pois, acima de tudo, trata-se de uma atividade de que pressupõe conhecimento jurídico aprofundado sobre as ciências criminais, mas, também, conhecimento vasto de administração penitenciária e de humanização da pena<sup>23</sup>.

## CONCLUSÃO OBJETIVA/PROPOSIÇÃO

Portanto, diante das violações aos direitos dos sentenciados que ocorrerão caso venha a ser permitido o recolhimento em cadeias públicas, propõe-se o veto/rejeição do artigo 102, parágrafo único, do Anteprojeto n. 513/2013, como medida inerente a uma atuação da magistratura voltada a efetivação dos direitos humanos e fundamentais e de minoração dos efeitos do cumprimento das penas no sistema penitenciário.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. 3. ed. Del Rey. Belo Horizonte, 1996

BARBOSA, Licínio. *Direito de execução penal*. Goiânia: Ed. Século, 2001.

<sup>23</sup> NUNES, Adeildo. *Da execução penal*. três. ed. . Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 128.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal /Organização: Secretaria Nacional de Justiça. Brasília, 2009.
- BRITO, Alexys Couto de. *Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo. *Crítica a execução penal*. 2ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre/RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.
- MARCÃO, Renato. *Lei de execução penal anotada*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.
- MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução Penal*. 12. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.
- NUNES, Adeildo. *Da execução penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- REIS, Roberto A. *Excesso de população carcerária: realidade ou imobilismo?* Execução Penal: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1995.
- PRADO, Luís Régis (Coord). *Direito de execução penal*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. *Prática de execução das penas privativas de liberdade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1986.

---

THOMPSON. Augusto. *A questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

*Recebido em 21/1/2016*

*Aprovado em 20/6/2016*



# 6

## EQUILÍBRIO ENTRE INFLUÊNCIA E INDEPENDÊNCIA NA FORMAÇÃO JUDICIÁRIA

(BALANCE BETWEEN INFLUENCE AND  
INDEPENDENCE IN JUDICIAL TRAINING)

**Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães<sup>1</sup>**

### RESUMO

O presente artigo trata da questão da imparcialidade e neutralidade relativas à formação judicial e ao exercício da jurisdição. O delicado tratamento para conseguir equilibrar a influência externa e interna para manter a independência e capacitação dos juízes é o que se almeja nos judiciários do mundo. Para tanto, são analisados concisamente os modelos de atualização e qualificação existentes, estilos de treinamento e de aprendizagem, bem como as normatizações internacionais a esse respeito. Por fim, algumas sugestões são apresentadas, como a Heutagogia, e outras propostas extraídas do próprio seio da magistratura em pesquisa realizada pelo CNJ.

**Palavras-chave:** Formação permanente. Heutagogia. Independência. Imparcialidade. Magistratura.

<sup>1</sup> Membro do Conselho Superior da ENFAM-STJ, do Conselho Superior do COPEDEM e da Academia Internacional de Jurisprudência e Direito Comparado. Vice-diretor Presidente da EMN-AMB. Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais. Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Juiz de Direito em Juiz de Fora-MG.

## ABSTRACT

This article discusses the impartiality and the neutrality regarding judicial training and professional practice. All over the world, the balance between external and internal influence aiming at maintaining the independence and the Judges' training has been sought. To do so, we analyzed current refresher and qualification models, training and learning styles, as well as international regulation on the subject. Finally, we present some suggestions such as Heutagogy and other proposals collected within the Judiciary through research done by CNJ.

**Keywords:** Continuing Education. Heutagogy. Independence. Impartiality. Judiciary.

**SUMÁRIO:** Introdução (introduction). Normatização (regulation). Modelos de formação (training models). No Brasil (in Brazil). Conclusão e sugestões (conclusion and suggestions). Bibliografia (bibliography)

## INTRODUÇÃO (INTRODUCTION)

Um tópico que tem merecido criteriosa abordagem por parte das instituições formadoras da magistratura refere-se ao modo pelo qual devem direcionar seus cursos e disciplinas, sem que possa transparecer algum tipo de direcionamento ideológico.

A maneira como apresentar as matérias controversas evitando externar juízo de valor tendente a influenciar no julgamento, bem como a forma de transmitir o conhecimento necessário à capacitação do julgador, demonstrando isenção e neutralidade, têm sido objeto de atenção e cuidado por parte de todos os envolvidos.

Tais preocupações têm como premissa assegurar por parte das escolas judiciais o não comprometimento com a imagem equidistante dos magistrados, que assegura ao Poder Judiciário a credibilidade dos seus julgamentos e a segurança jurídica esperada pelos jurisdicionados e por toda a sociedade.

A independência judicial visa garantir imparcialidade no julgamento<sup>2</sup>. Está consagrada nos principais diplomas internacionais<sup>3</sup> e em praticamente todos os países desenvolvidos do mundo, sendo uma conquista efetiva relativamente recente da humanidade<sup>4</sup>, com a finalidade

<sup>2</sup> Independência e imparcialidade não se confundem. A independência judicial trata de garantias asseguradas aos magistrados através de vencimentos, inamovibilidade e vitaliciedade, com a finalidade de não sofrer as pressões que possam afetar no seu julgamento, e diferencia-se da imparcialidade posto ser esta uma questão privada. A primeira significa que não deve haver subordinação alguma, enquanto imparcialidade é a ausência de qualquer prejuízo, paixão, fraqueza ou sentimento pessoal. A primeira é para ser analisada em relação a um terceiro, enquanto a última é vista em relação ao próprio magistrado (PIRAGIBE, Marcelo. *Imparcialidade judicial – direito fundamental implícito*: implicações filosóficas, sociológicas e dificuldades práticas no exercício da jurisdição. Novas Edições Acadêmicas, Berlim, 2015).

<sup>3</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, Paris, 1948) e O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966); A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Conferência Internacional dos Estados Americanos, Columbia, 1948); A Declaração dos Direitos Humanos no Islã (Organização da Conferência Islâmica do Cairo, 1990); A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Conselho da Europa, Roma, 1950); A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (São José da Costa Rica, 1978 – “Aliança”, Costa Rica, 1978); A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981); A Carta Canadense dos Direitos e Liberdades (anexo ao de 1982, Constituição); Os Princípios Básicos sobre a Independência do Judiciário (ONU, 1985); A Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juízes (Conselho da Europa, 1998, A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Conselho Nice, 2000); A Convenção sobre os Direitos Humanos; o Parecer n. 3 sobre os princípios e regras de conduta profissional dos juízes, nomeadamente no campo da ética, conduta incompatível e imparcialidade – do Conselho Consultivo Conselho de Juízes Europeus do Conselho da Europa, 2001 e 2002 –; O Estatuto Universal do Juiz (Associação Internacional de Juízes, 1999); o Projeto de Declaração Universal sobre a independência da justiça (“Declaração Singhvi”, 1989); Pequim, Declaração de princípios da Independência do Poder Judiciário na Região LAWASIA (Ásia-Pacífico Legal Association, 1995); A Declaração de Caracas (A Cúpula Ibero-Americana de Presidentes de Cortes Supremas e Tribunais de Justiça, de 1999); A Declaração de Beirute (Conferência Árabe da Justiça, 2003); Os Princípios de Bangalore da Conduta Judicial (UNODC, Judiciária Grupo de Reforço Integridade Judicial, 2001); a Declaração sobre os Princípios da Independência Judicial.

<sup>4</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Independência da Magistratura. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari21.html>>. Acesso em: out. 2015.

de garantia ao juiz de não sofrer influências internas e/ou externas e realizar a melhor justiça.

Algumas reflexões sobre como evitar quaisquer tipos de injunções nas decisões e zelar pela necessária independência na formação do Judiciário constituem objetivo deste artigo, bem como analisar o tratamento a ser implementado com cuidados no treinamento e nas diretrizes da formatação dos cursos e no incentivo a alguns estilos de aprendizagem.

De lembrar-se que a origem das escolas de formação dos juízes coincide em muito com o impulso maior do princípio da independência judicial<sup>1</sup>. Historicamente, o primeiro movimento de agrupamento para o nascimento das escolas ocorreu logo após a Segunda Guerra Mundial, no Japão<sup>5</sup>, no mesmo período da Declaração Universal de Direitos Humanos. Não se pode negar que em período anterior, no século XIX, já havia vários movimentos no mundo propondo diferentes formas de aplicação e interpretação por parte dos juízes, tanto no que diz respeito ao sistema *Civil Law* como ao *Common Law*, em razão do que se denominou um conflito entre “*law in books*” versus “*law in actus*”. Houve a necessidade, então, desse novo movimento de exegese, visando adaptar as leis às novas circunstâncias do mundo e em virtude da própria evolução social.

Nesse sentido, as escolas de magistratura, por raízes históricas, têm a finalidade de primar pela tutela ao princípio da imparcialidade das decisões, essência do Poder Judicial, e também estar a serviço de fornecer às ferramentas ideais a serem adotadas nesse mister de aperfeiçoamento de juízes. E muitas são as nuances e especificidades da carreira da magistratura, e que devem ser levadas em conta nesse contexto na sua formação continuada, em comparação com o tratamento empreendido a outras carreiras.

## **NORMATIZAÇÃO (REGULATION)**

Na Europa aprovou-se em 1998 a Carta Europeia, vinculante a todos os países que integram a União Europeia, sobre o Estatuto dos Juízes, que refere, entre outras importantes normas, que “o estatuto [dos juízes] assegura os meios de formação apropriados à preparação dos

<sup>5</sup> No Japão, em 1947, com o “Instituto de Formação de Juízes”, mas no mundo ocidental o destaque foi com o 1º Congresso Internacional de Magistrados em 1958, com tema principal a “preparação dos juízes para o exercício da função jurisdicional.”

candidatos escolhidos para o exercício das funções, levados a cabo pelos Estados”. O referido Estatuto estabelece igualmente que deverá existir uma instituição independente dos Poderes Executivos ou Legislativos, composta, pelo menos, por metade dos juizes eleitos pelos seus pares de acordo com as modalidades, que garanta a sua mais ampla representatividade, que estabeleça e assegure “a adequação dos programas de formação e de estruturas que os executem, de acordo com as exigências de abertura, competência e imparcialidade exigíveis ao exercício das funções judiciais”,<sup>6</sup> e dispõe nos seus princípios gerais sobre a necessidade da independência e imparcialidade por parte dessas entidades.<sup>7</sup>

Da mesma forma, os países ibero-americanos adotaram também como princípio maior norteador de todo sistema a independência judicial, conforme o artigo 1º do Capítulo I de seu Código Ibero-americano, dispondo que o juiz deve deixar evidente não receber influência externa ou interna na sua jurisdição<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> COELHO, Nuno; MORAES, Lopes. Diálogo judicial internacional e a formação de juizes: a lusofonia e a Europa, Lisboa, 2012. Disponível em: <<http://julgar.pt/o-dialogo-judicial-internacional-e-a-formacao-de-juizes-a-lusofonia-e-a-europa/>>. Acesso em: out. 2015.

LIGUERRE·Carlos Gómez. Juizes na Europa. Formação, seleção, promoção e avaliação. 2014. Lisboa – Portugal. Disponível em: <[https://www.ffms.pt/upload/docs/os-juizes-na-europa\\_NKE6OmDdPkCHxk07I0\\_O-g.pdf](https://www.ffms.pt/upload/docs/os-juizes-na-europa_NKE6OmDdPkCHxk07I0_O-g.pdf)>. Acesso em: out. 2015.

<sup>7</sup> 1. GENERAL PRINCIPLES 1.1. The statute for judges aims at ensuring the competence, independence and impartiality which every individual legitimately expects from the courts of law and from every judge to whom is entrusted the protection of his or her rights. It excludes every provision and every procedure liable to impair confidence in such competence, such independence and such impartiality. European Charter on the statute judges – Strasbourg, 8 – 10 July 1998.

<sup>8</sup> ART. 2º. O Juiz independente é aquele que determina a partir do Direito vigente a decisão justa, sem se deixar influenciar de forma real ou aparente por factores alheios ao próprio Direito.

ART. 3º. O Juiz, com as suas atitudes e comportamentos, deve deixar evidente que não recebe influências – directas ou indirectas – de nenhum outro poder público ou privado, quer seja externa ou interna à ordem judicial.

ART. 4º. A independência judicial implica que, sob o ponto de vista ético, o Juiz não deve participar, de qualquer modo, em actividade política partidária.

ART. 6º. O Juiz tem o direito e o dever de denunciar qualquer tentativa de perturbação da sua independência.

ART. 7º. Não só se exige que o juiz eticamente seja independente mas também que não interfira na independência de outros colegas.

Uma característica importante diz respeito às recomendações de órgãos da Europa e da América Latina, que frisam que o estudo dos juízes, dada a garantia de independência de que gozam os magistrados, deve partir, regra geral, da vontade destes, respeitando-se a livre determinação do juiz para a escolha de suas opções de capacitação, tanto no que tange aos conteúdos quanto às matérias acadêmicas.

Assim dispõe tanto na Europa, em texto mais relevante sobre o tema:

– *Consultative Council of European Judges (CCJE). Comissão de Veneza – Conselho da Europa – recomendação n.º 4, adotado em 16 de março de 2010*: A formação de juízes continuada, que deve ser facilitada ao juiz, durante toda a sua carreira profissional, e recomendada: que deve partir da vontade dos próprios juízes e, somente excepcionalmente, em algumas circunstâncias particulares pode o Tribunal sugerir<sup>9</sup>, como na América Latina.

– *Declaração de Campeche (Campeche, Abril, 2008)*:

Declaração dos princípios mínimos sobre a independência dos poderes judiciários e dos juízes. a) (...). b) Se respeite a livre determinação do juiz para a escolha de suas opções de capacitação, tanto no que tange aos conteúdos, como em relação às ofertas acadêmicas.

## MODELOS DE FORMAÇÃO (TRAINING MODELS)

De toda sorte, os métodos tradicionais adotados em todo o mundo, seja para a magistratura, seja para as demais carreiras do Estado, consistem em cursos/palestras/conferências/encontros/simpósios presenciais ou virtuais (em muito menor número) em cujos locais são apresentados as novas temáticas e os assuntos a serem tratados.

Tanto na formação inicial como na continuada, normalmente, há debates, discussões, propostas e, na esfera da magistratura, até mesmo a criação de súmulas particularizadas pelas instituições judiciais,

<sup>9</sup> Relatório sobre a independência do sistema judicial elaborado pela Iniciativa Europeia para a Democracia e os Direitos do Homem (Comissão de Veneza) do Conselho da Europa, adotado a 16 de Março de 2010 (CDL-AD [2010] e recomenda que a formação contínua deva, em princípio, partir da vontade dos juízes. ii. que, excepcionalmente, uma formação contínua possa ser imposta em certas circunstâncias, por exemplo (se o poder judicial ou outro órgão responsável o tiver decidido), quando um juiz aceita um cargo novo ou um tipo de trabalho ou função diferente ou funções particulares ou em caso de alterações fundamentais à legislação.

que servem como indicativo paradigmático ao magistrado da forma pela qual seria melhor o encaminhamento da questão posta *sub judice*. No Brasil, o sistema *Civil Law* é o vigente, e a vinculação ao entendimento dos Tribunais ocorre, evidentemente, como exceção à regra e nos casos expressamente previstos em lei.

Como há que ser voluntária a busca pelo conhecimento por parte do magistrado, cabe às escolas o oferecimento diversificado das matérias controversas, deixando ao livre-arbítrio do juiz criar seu convencimento próprio, imparcial.

Nesse contexto, o papel da escola consiste em oferecer, não impor, aos magistrados todo o material possível para que alcancem o convencimento próprio e necessário ao bem julgar. Há, portanto, mudança de paradigmas no que concerne à filosofia atual a ser adotada. Em vez do método clássico e tradicional de educação em que se utiliza uma exposição basicamente unilateral por parte expositor, a Escola passa a atuar como agente facilitador de acesso ao conhecimento, e não como transmissora exclusiva e obrigatória deste, como ocorre com a educação no sentido genérico.

Uma das boas formas complementares e coadjuvante nesse processo de livre escolha por parte do juiz, relativa aos conteúdos a serem estudados, surgiu no início deste milênio e denomina-se *Heutagogia*, categoria da ciência andragógica (espécie da pedagogia), expressão usada pela UNESCO.<sup>10</sup>

Nesse novo modelo educacional, a própria pessoa determina o que e como a aprendizagem deve ocorrer, proporcionando, assim, uma forma idiossincrática de valorizar as experiências pessoais e que se traduz em rapidez na assimilação do conhecimento e maior habilidade e segurança nas decisões.

O magistrado, nessa perspectiva, é quem formula seu processo de aprendizagem (heutagogia), e a Escola incentiva, motiva, estimula, compartilha modos de gestão das decisões e de conhecimento, oferece acervo necessário de informações, dados, estatísticas e outros, para que o juiz disponha e faça uso no exercício da jurisdição. Há que ser proporcionada, principalmente, de forma imediata, ágil e de fácil acesso por parte da instituição fomentadora.

<sup>10</sup> A UNESCO, por sua vez, já utilizou o termo para referir-se à educação continuada. “Andragogia é a arte de causar o entendimento” (Franklin Wave).

Hodiernamente ocorre ao contrário do que há 50 anos, quando a principal ferramenta de aquisição de conhecimento eram as aulas e os livros. O fluxo e o acesso às informações são muitos, e o importante não é o volume e a quantidade destas, mas, sim, a qualidade e a seletividade. Com o advento da informática, da globalização, da internet, ocorreu uma espécie de inversão da premissa de que o conhecimento era transmitido tão somente pelo professor ou pelo método clássico de livros ou aulas.

Ao que parece, visa-se, atualmente, a uma interação maior entre o conhecimento e quem o adquire.

## **NO BRASIL (IN BRAZIL)**

O processo de formação dos juízes brasileiros se reparte em três momentos nitidamente definidos: o certame de ingresso na magistratura, feito por provas escritas e orais, previsto na Constituição.<sup>11</sup> Numa segunda fase, a formação propriamente dita inicia-se a partir da aprovação no concurso e ingresso nessa segunda fase, denominada formação inicial, nas Justiças Federal, Estadual e Trabalhista, que consiste no período de estudo junto a instituição oficial supervisora, também prevista na Constituição Federal.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Art. 93 da CF. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

<sup>12</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) Parágrafo único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I – a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Art 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (...) § 2º Funcionário junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

I – a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira.



Nas Justiças Federal e Estadual, há um período de 6 (seis) meses de formação inicial<sup>13</sup>, que não se confunde com o período de 2 (dois) anos para o vitaliciamento.<sup>14</sup>

No que concerne à formação permanente, objeto deste estudo, ela ocorre durante toda a vida do magistrado, e, além de ser supervisionada, terá importância no caso da promoção por merecimento, desde que chancelada por estas duas instituições oficiais constitucionalmente previstas: ENFAM e ENAMAT<sup>15</sup>

Exemplo bastante oportuno que vem corroborando para acentuar a necessidade de ponderação de influência e independência na formação judiciária diz respeito ao chamado ativismo judicial, fenômeno que se encontra em muitos países da América Latina e da Europa, em face do novo modelo do Judiciário na pós-modernidade<sup>16</sup>.

Nas últimas décadas, em que pese o consagrado sistema, idealizado por Montesquieu, de tripartição dos poderes – *checks and balances* –, constata-se crescente deslocamento do papel típico do Poder Judiciário,

<sup>13</sup> Resolução nº 3 da ENFAM.

<sup>14</sup> Processo de vitaliciamento, ou chamado de estágio probatório, consiste em controle interno dos Tribunais durante dois anos, de estreita vigilância, para aferir as condições pessoais para o exercício das funções de juiz. Vitaliciedade, por sua vez, é a garantia constitucional que se adquire após passados os dois anos de estágio probatório, através da qual o juiz só poderá ser exonerado por sentença transitada em julgado e não por mero processo administrativo. Tem origem na Inglaterra em 1701 – Act of Settlement –, que recomendava a permanência do juiz quamdiu benegesserint (MAGALHÃES, Marcelo C. Piragibe. *Dicionário jurídico Piragibe*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012).

<sup>15</sup> A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) é o órgão oficial de formação de magistrados brasileiros. A ela compete regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira. Criada pela Emenda Constitucional nº 45, foi instituída em 30 de novembro de 2006, por meio da Resolução n. 3 do Superior Tribunal de Justiça. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) foi instituída pelo Tribunal Superior do Trabalho como órgão autônomo, por meio da Resolução Administrativa nº 1.140 do Tribunal Pleno, de 1º de junho de 2006, atendendo ao disposto pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

<sup>16</sup> O ativismo judicial não é um fenômeno praticado apenas pelo Judiciário brasileiro. Todos os autores que discutem o tema apontam que, em algum momento, tanto países da América Latina quanto países europeus praticam em maior ou menor intensidade o ativismo judicial. Luís Roberto Barroso aponta vários casos na América. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial/2>>. Acesso em: out. 2015.

que vem a ingressar, muitas vezes, em atribuições das outras esferas de poderes, em face do desvirtuamento das funções originais do Poder Judiciário. Há muitas posições doutrinárias nesse sentido, a favor e contra.<sup>17</sup>

Caso típico do ativismo judicial encontra-se nas questões relacionadas à saúde pública. Em razão de acelerada mudança e evolução das medicações, bem como de inovadoras terapias médicas adotadas e outras recém-oferecidas, destinaram por parte do Judiciárias decisões que extrapolam o âmbito de sua atuação e, muitas vezes, ingressam na esfera do Poder Executivo, obrigando, em nome da dignidade e do direito à saúde, que tais entidades sejam compelidas a custear despesas elevadas.

Como forma de amenizar e discutir o problema, diversas escolas têm oferecido cursos no sentido de esclarecimento sobre tais demandas, a fim de elucidar aos magistrados questões relativas tanto aos aspectos jurídicos como às próprias implicações econômico-financeiras das decisões, que geram, muitas vezes, elevado aumento dos gastos por parte do ente demandado.

Para assegurar a imparcialidade nesses cursos, as Escolas, através de mecanismo mais democrático e viável, optaram por convidar todas as partes envolvidas para participarem e terem voz, em igualdade de condições, adotando posição neutra para a capacitação por parte dos juízes dessa delicada questão. Assim, são chamados a participar os membros do Ministério Público, os Agentes do Estado, do Município, do Poder Executivo e profissionais ligados à saúde, em geral.

## **CONCLUSÃO E SUGESTÕES (CONCLUSION AND SUGGESTIONS)**

Em apertada síntese, temos que o desafio para a boa formação permanente e continuada dos magistrados há que estar sempre atento em zelar pela independência Judicial. Para tal mister, deve-se ampliar o leque de opções no oferecimento das matérias, bem como apoiar a geração de novos conhecimentos, condizentes com seu tempo. Também se

---

<sup>17</sup> Dizem alguns que a invasão da política pelo direito levaria à perda da liberdade, constituindo um “*paternalismo estatal*” (Habermas) ou levando “*à clericalização da burocracia*” (Garapon). Para Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, no entanto, as novas relações entre direito e política seriam favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade (como nas políticas do Acesso à Justiça), além de representar a efetivação dos direitos fundamentais na Constituição.

faz necessário atualizar e inserir os juízes na dinâmica da vida e criar mecanismos estimuladores para que continuem a estudar. Igualmente, oferecer suporte para melhor hermenêutica, visando à aplicação da lei, consentânea com seu tempo e com a melhor justiça. Tudo isso para criar mecanismos de fomento a fim de que os juízes se tornem verdadeiros agentes de transformação social, e não somente aplicadores cegos da lei.

Merecem, por fim, referência algumas proposições elaboradas sobre o tema, por meio de estudos e pesquisas, extraídas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),<sup>18</sup> relativas à formação dos magistrados, dentre as quais:

- garantia de participação do magistrado na formulação curricular dos cursos, como forma de legitimação;
- escolha direta dos dirigentes das Escolas, por todos os magistrados;
- criação de espaços, mecanismos de estímulo e incentivo às boas práticas e à publicação de pesquisa de estudos realizados pelo magistrado, incluindo a troca de boas práticas para a sua valorização em encontros periódicos presenciais ou a distância;
- conhecimento do público (ou seja, os juízes) e suas demandas tanto de formação quanto de participação em processos deliberativos;
- ascensão às escolas judiciais e escolas da magistratura do planejamento e da execução dos projetos desenvolvidos no programa de valorização;
- disseminação do Ensino a Distância (EAD) via normatização, permitindo às escolas o compartilhamento de estruturas dos cursos a distância das escolas judiciais;
- necessidade de as escolas judiciais definirem os seus projetos pedagógicos e currículos;
- incentivo à participação dos magistrados nos cursos de aperfeiçoamento contínuo;
- dispensa do comparecimento forense do magistrado matriculado em cursos de capacitação, inclusive os feitos por teleconferência;

<sup>18</sup> Órgão previsto no art. 103-B, presidido pelo Presidente do STF, que cuida, dentre outras coisas, da administração da justiça do Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>.

- faculdade do afastamento da jurisdição/distribuição dos diretores ou coordenadores das escolas judicias.

## BIBLIOGRAFIA (BIBLIOGRAPHY)

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: out. 2015.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar/São Leopoldo – RS: Unisinos, 2006.

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

COELHO, Nuno; LOPES, José Mouraz Lopes; MATOS, José Igreja Matos; MENDES, Luís Azevedo. *Manual de gestão judicial*. Coimbra: Almedina, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: out. 2015.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS – ENFAM. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/>>. Acesso em: out. 2015.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *O Poder Judiciário no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JR., Geoffrey C. Hazard; DONDI, Angelo. *Ética jurídica: um estudo comparativo*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PIRAGIBE, Marcelo. *Imparcialidade judicial: direito fundamental implícito: implicações filosóficas, sociológicas e dificuldades práticas no exercício da jurisdição*. Berlin: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

POSNER, Richard A. *Para além do Direito*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Compromisso com o Direito e a Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

*Recebido em 14/1/2016*

*Aprovado em 20/6/2016*

# 7

## PENSAR O DIREITO POR INTERMÉDIO DO ESFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO KANTIANA

(THINKING THE LAW THROUGH OF EFFORT  
RATIONALE KANTIANA)

Saulo Versiani Penna<sup>1</sup>

### RESUMO

A preocupação com a ética e o comportamento humano pautado pelo senso de justiça sempre foi objeto de profundo estudo dos filósofos e pensadores do Direito. A contribuição que eles nos oferecem revela-se na prática, de maneira muito evidente, com as normas que regulam as ações das pessoas, especialmente ao nível do sistema constitucional, na tentativa de manter a convivência harmônica entre elas e com o seu próprio meio, o que viabiliza as denominadas “sociedades organizadas”. Entretanto, nenhum outro filósofo exerceu maior influência do que Immanuel Kant nesse campo do estudo da ética e da liberdade com justiça. O presente artigo procura trazer à reflexão a ideia kantiana da ética, com seu viés na ciência jurídica e contribuição para afirmação do Estado de Direito Democrático.

**Palavra Chave:** Ética. Justiça. Liberdade. Estado de Direito. Democracia.

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito. Professor Universitário. Desembargador do TJMG.

## ABSTRACT

The concern with ethics and human behavior guided by the sense of justice has always been the object of deep study of philosophers and thinkers of the law. The contribution that they offer us is revealed in practice, very clear way, with the rules governing the actions of people, especially the constitutional system level, in an attempt to maintain peaceful coexistence among themselves and with their own means, which enables so-called “organized societies.” However, no other philosopher has exerted more influence than Emmanuel Kant in this field of study of ethics and freedom with justice. This article seeks to bring to reflection the kantian idea of ethics, with its bias in legal science and contribution to affirmation of the democratic rule of law.

**Keyword** : Ethics. Justice. Freedom. Rule of law. Democracy.

**SUMÁRIO:** 1. Notas introdutórias. 2. Das leis morais e éticas. 3. Da universalização das leis. 4. Do dever e respeito às leis sob o prisma da liberdade. 5. Conclusão

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Não deixa de ser grande desafio escrever algo sobre Kant que não tenha sido de alguma forma já escrito. Isso já demonstra a importância deste filósofo no contexto de toda a história e estudo da Filosofia.

No âmbito da Ciência do Direito, é inegável a influência de Kant, conforme, inclusive, deixou bem delineado o Prof. Joaquim Carlos Salgado em sua festejada obra *A Ideia da Justiça em Kant*.

Sem dúvida, a filosofia kantiana possui imensa relevância para o direito contemporâneo, mesmo porque repercutiu na ordem jurídica e ainda hoje oferece ao elaborador da norma e seu intérprete subsídios fundamentais para afirmação do Estado de Direito Democrático, até porque neste devem estar arraigadas, como pressuposto para sua própria existência, as ideias de moral, ética e liberdade, as quais tão profundamente foram trabalhadas por Kant.

Aliás, em momento mundialmente conturbado, notadamente em relação ao exercício da ética, mostra-se, no mínimo, interessante uma

reflexão a seu respeito, especialmente a partir de contornos traçados por um dos filósofos que mais se dedicou o seu pensar e o seu estudo sobre tema tão delicado.

Destarte, e levando em conta toda sua inerente limitação, esse artigo visa proceder uma análise sucinta do pensamento kantiano, transportado para o direito, para se chegar à conclusão sobre os conceitos de Kant quanto a moral (ética), liberdade, universalização da norma (lei), dever e respeito à lei, e como tudo isso acaba por repercutir na aplicação do direito moderno.

Mas, antes disso, é importante discorrer, mesmo que brevemente, sobre alguns aspectos da formação de Kant e o mundo em que se inseriu o kantismo, pois é a partir do conhecimento sobre a educação que recebeu em seu lar e de sua criação em família, é que podemos melhor entender seu pensamento e suas ideias, dada à inegável influência dessa formação familiar em toda sua obra.

Kant adquiriu uma formação moral rígida de seus genitores. Seu pai era um homem trabalhador, honesto e tinha horror à mentira, e sua mãe, uma mulher extremamente religiosa, ministrou-lhe uma sólida educação moral, como ressalta o Prof. George Paskal no seu livro *O Pensamento de Kant*. Além disto, sua mãe antes de morrer, internou-o no Collegium Fridericianum, dirigido por Francisco Alberto Schltz, um fervoroso adepto do pietismo, uma forma de protestantismo, lançado por Spener (1635-1705), que “queria satisfazer a necessidade que se sentia em entrar em comunhão com o supra-sensível, necessidade essa que o protestantismo oficial, considerado demasiado intelectual, parecia menosprezar”. (VANCOURT, 2000, p. 10)

Após perder sua mãe, Kant, que contava então com treze anos de idade, já se encontrava fortemente imbuído das crenças morais e religiosas do pietismo, o qual contribuiu para suscitar uma nova atitude perante os dogmas do cristianismo, deles desligando os espíritos e insistindo de uma maneira demasiada em um exclusivo aperfeiçoamento da moral do indivíduo.

E é por intermédio da influência dessa sua rígida formação moral é que se explica grande parte da austeridade de sua doutrina.

Também seu empenho crítico e positivo, visualizando um mundo humano, sábio e justo, o que se reflete em toda sua obra, é que vem

ditada por sua personalidade considerada “fleumática” e de “homem de princípios”.

Nesse sentido, segundo Kant, toda a Filosofia

tem por fim responder a uma só questão, que comanda tudo: O que pode legitimamente a nossa razão? Essa questão subdivide-se em três principais, que contém ‘todo o interesse da minha razão (tanto especulativa como prática)’: o que posso saber? O que devo fazer? O que me é permitido esperar? (LACROIX, 2001, p. 11 e PASCAL, 1992, p. 192)

E como ensina Jean Lacroix:

A primeira é o objeto da Crítica da Razão Pura (1781); as duas últimas são tratadas sobretudo nos Fundamentos da Metafísica dos Costumes (1785) e na Crítica da Razão Prática (1788), a que é necessário acrescentar pelo menos: a Crítica da Faculdade de Julgar (ou do Juízo) em 1790, a Religião nos Limites da Simples Razão (1793), os Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito e os Primeiros Princípios da Doutrina da Virtude (1797) – Estando estas duas últimas obras reunidas sob o título geral de Metafísica dos Costumes.

E como o objetivo desse trabalho é desenvolver um pensamento do Direito “através do esforço de fundamentação kantiana”, nossa análise estará especialmente centrada na teoria de Kant a partir da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, onde ele se mostrou mais preocupado com a problemática da lei moral e com o direito, sem, evidentemente, deixarmos de fazer referência à *Crítica da Razão Pura*, que representou a contribuição teórica e o marco para uma formulação de novas ideias de justiça, fundada notadamente nos princípios de igualdade e liberdade, que acabaram, inclusive, por inspirar o movimento de *Revolução Francesa*.

## 2. DAS LEIS MORAIS E ÉTICAS

Ora, como já referido nas “notas introdutórias”, Kant trabalha no campo do Direito especialmente com o que ele chama de “lei moral”, o que na verdade se confunde com a ideia de ética. Assim, logo no prefácio da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* ele deixa clara a necessidade de formular uma teoria filosófica da moral que



estabeleça a distinção ou não misture conceitos exclusivamente da razão pura, com preceitos empíricos e baseados na simples experiência. Afirmar ele:

Uma Metafísica dos Costumes é, pois, indispensavelmente necessária, não só por motivos de ordem especulativa para investigar a fonte dos princípios práticos que residem *a priori* na nossa razão, mas também porque os próprios costumes ficam sujeitos a toda sorte de perversão enquanto lhes faltar aquele fio condutor e norma suprema do seu exacto julgamento. Pois que aquilo que deve ser moralmente bom não basta que seja conforme à lei moral, mas tem também que cumprir-se por amor dessa mesma lei; caso contrário, aquela conformidade será apenas muito contingente e incerta, porque o princípio imoral produzirá na verdade de vez em quando acções conforme à lei moral, mas mais das vezes ainda acções contrárias a essa lei. Ora a lei moral, na sua pureza e autenticidade (que é exactamente isto que mais importa na prática), não se deve buscar em nenhuma outra parte senão numa filosofia pura, e esta (Metafísica) tem que vir portanto em primeiro lugar, e sem ela não pode haver em parte alguma uma Filosofia moral; e aquela que mistura os princípios puros com os empíricos não merece mesmo o nome de filosofia (pois esta distingue-se do conhecimento racional comum exactamente por expor em ciência à parte daquilo que este conhecimento só concebe misturado); merecem ainda muito menos o nome de Filosofia moral, porque, exactamente por este amálgama de princípios, vem prejudicar até a pureza dos costumes e age contra sua própria finalidade. (KANT, 1960, p. 16-17)

Por isso mesmo, esclarece com propriedade Zygmunt Bauman que:

A confiança de Kant no domínio da lei ética assentava na convicção de que existem argumentos da razão que toda a pessoa razoável, sendo uma pessoa razoável, deve aceitar. A passagem da lei ética à ação ética era conduzida pelo pensamento racional e, para aplinar a passagem, só se precisava cuidar da não-contraditória racionalidade da lei, contando para o resto com as faculdades racionais endêmicas dos autores morais. (BAUMAN, 1997, p. 72)

Daí porque Kant afirma que a Metafísica dos Costumes “deve investigar a idéia e os princípios duma possível vontade pura, e não acções do querer humano em geral, as quais são tiradas na maior parte da Psicologia”. (KANT, 1960, p. 17)

Mas a pergunta que logo se faz, conforme lembra Crampe-Casnabet, é em que condições para Kant um ato (ou lei) pode ser definido como moral? E essa questão pode ser encontrada no centro da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, como também na *Crítica da Razão Prática*. E a resposta dada por Kant está na por ele denominada *universalidade da lei*, isto é, naquele ato (lei) que pode valer para toda a humanidade.

E como adverte Crampe-Casnabet, para Kant nenhum fim deve ser levado em consideração, na determinação desse ato moral. E somente a forma da lei deve garantir a moralidade do agir, devendo a universalização dar a necessária conotação de objetividade.

Daí porque, segundo Kant, a moral não se relaciona com a pura intenção individual, mas de acordo com princípios universalizados, dados *a priori*, pelos quais é possível extrair a objetividade das leis da natureza.

A respeito do trabalho sobre essa *universalização da lei moral* kantiana lembra Jean Lacroix a importância da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, a saber:

Ora, para poder ser aplicada ao Homem em particular, a moral deve ser fundada universalmente para todo ser racional. A sua aplicação ao Homem deverá consistir, não em acomodar às condições empíricas da vontade humana enquanto humana as leis universais de toda a vontade racional enquanto racional, mas em subsumir as próprias particularidades da natureza humana sob a lei que rege todo ser racional em geral. Para assegurar o império soberano da lei moral universal sobre o homem em particular, é preciso fundar esta lei independentemente das propriedades especiais da natureza humana, em pura razão. Tal é exactamente a tarefa de uma metafísica dos costumes. O seu conceito essencial é o ser racional em geral. Sem dúvida é o Homem que nos sugere este conceito, que nos dá ocasião de o conceber. Mas é sobre todo o ser racional que reina uma metafísica dos costumes. (LACROIX, 2001, p. 92)

Portanto, evidencia-se a preocupação de Kant, especialmente na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de deixar claramente delineado que o todo o comportamento humano deve ser ditado apenas pela lei moral, fruto de uma razão pura e prática, posta *a priori*, onde devem ser observados princípios universalizados, não havendo, pois, espaço para adequar aos fins a que ela poderia se dirigir.

Dessa forma, para Kant, como salienta Bauman, não sobra lugar para uma lógica de “interesses humanos” ou para uma lógica dos “interesses sociais”. E muito menos sobra lugar para uma “observação sociológica”, em outros aspectos irrelevante, de vez que para os argumentos serem aceitos nesse campo, necessitam estar de acordo com interesses, em vez de serem racionalmente impecáveis. Também não há lugar para as “imprevistas consequências” da ação humana.

Assim, segundo Kant, “o ponto crucial da razão legislativa, e a promoção, bem como a definitiva universalização, do comportamento ético é, em última análise um problema filosófico e a tarefa de filósofos”. Portanto, “o destino da ética está nas mãos da Razão e de seu alter ego – a razão original”. (BAUMAN, 1997, p. 72)

Nesse sentido acrescenta Bryan Magee que Kant “acreditava que só uma criatura capaz de entender as razões por que fazer ou não fazer algo poderia ser vista como comportando-se moral ou imoralmente; portanto que a moralidade era possível apenas para criaturas racionais”. (MAGEE, 1999, p. 136)

E Kant trata na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, já na primeira Secção – *Transição do Conhecimento Moral da Razão Vulgar Para o Conhecimento Filosófico* – de questão fundamental para início de suas colocações relativas à lei *moral*, pois, embora entenda, como já dito, que o comportamento moral é uma questão a ser analisada pelos filósofos, adverte que a ação moral não depende do grau de conhecimento teórico de cada um. Assim, para ele todo homem é capaz de reconhecer que, no campo da ação moral, a única coisa que realmente interessa, ou seja, em que “nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma coisa: uma **boa vontade**”. (KANT, 1960, p. 21)

De maneira que, a inteligência e os talentos (*discernimento, argúcia de espírito, capacidade de julgar*, e ainda, *coragem, decisão, constância de propósitos*) representam para Kant “coisas boas e desejáveis”. Entretanto, ele lembra que tudo isso pode tornar-se prejudicial e conduzir ao mau, na medida em que a vontade, que venha fazer uso destes *dons naturais*, não for boa.

Portanto, por esse entendimento, de que basta uma *boa vontade* para o exercício da ação moral, pode-se afirmar que para Kant

nenhum homem está excluído da posse incondicional de uma lei universal ética.

A tal respeito afirma Carlos Campos:

Aliás, esse processo de alimpação formal do hipotético com que se faz a sua projeção no mundo do incondicionado moral é muito visível na Filosofia dos costumes, que antecedeu a Crítica da Razão Prática, porque ali Kant procede de baixo para cima, à vista de todos, e aqui deduz o que já se achava previamente organizado com grande acrisolamento formal na Crítica da Razão Pura Teórica.

O primeiro elemento de construção do categórico é ali o sentimento de boa vontade, que ele apresenta como elemento tão simples e modesto, que a ninguém é dado discuti-lo. Ele leva, entretanto, consigo, o sentimento do dever, e tem importância fundamental. É o sentimento do dever tomado como dever, com existência em si e por si, como factum de razão prática... (CAMPOS, 1995, p. 276)

A importância desses conceitos para o direito é, portanto, evidente, especialmente quando se pensa na construção de um “Estado de Direito Democrático”, onde se torna fundamental aperceber-se da necessidade da edificação de princípios éticos e morais que possam ser universalizados, não obstante lembre o Prof. Salgado que o próprio Kant tenha reconhecido inegável diferenças entre o direito e a moral, a saber:

Kant procura mostrar as diferenças entre o direito e a moral (ética em sentido estrito), quer pela interioridade da moral que se conclui no que chama moralidade, em que o motivo da ação é a própria lei moral (agir por dever), a par da exterioridade do direito que se desenvolve na legalidade ou no agir conforme a norma, quer pela coação externa a par da interna, quer na autonomia a par da heteronomia das normas do direito positivo, no que refere ao próprio coagir externo no sentido de seu cumprimento, para a compatibilização dos arbítrios e coexistência das liberdades. (SALGADO, 1995, p. 154)

No entanto, isso não invalida o fundamento comum: *a liberdade*, como, aliás, salienta o Prof.º Salgado, pois tanto no direito como na moral aparece o imperativo categórico, forma de expressão da lei moral, enquanto essa se refere a um ser racional e que pertence ao mundo sensível. Logo, afirma o Prof.º Salgado:

a diferença que existe entre o direito e a ética (estrita) ou moral está no momento da aplicação, mas ambos se encontram nos princípios a priori que lhes são comuns, vistos que deduzidos pela razão. E em ambos, o princípio supremo (de toda a eticidade) é a liberdade.

Também em ambos “aparece o imperativo categórico como critério de validade das máximas; por exemplo, nem no direito, nem na moral é concebível que alguém descumpra o *sue contrato (pacta sunt servanda)*”. (SALGADO, 1995, p. 154-155)

A partir daí interessa-nos enfatizar, para uma análise de aplicação ao Direito, o conceito de Kant quanto a *universalização das leis*.

### 3. DA UNIVERSALIZAÇÃO DAS LEIS

Embora já tenha ficado bem claro no item anterior a posição de Kant sobre a necessidade de uma universalização dos princípios éticos, como único critério de validade do exercício da razão (ou do agir humano), torna-se relevante para a confrontação com o Direito abordar a questão em item específico, até porque todas as constituições de Estados considerados democráticos na modernidade estabeleceram princípios ditados universalmente, como pressuposto para a criação do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Bryan Magee esclarece que para Kant a universalização da moral é fundada na razão, mas, adverte, que

[...] uma razão válida é universalmente válida, não apenas algo para se pegar ou largar. É indefensável sustentar que algo poderia ser coisa certa para eu fazer mas errada para outra pessoa em idênticas circunstâncias: se é certa para mim, tem de ser certa para qualquer outro na mesma posição.

Isso significa, continua ele, que

[...] tal como o mundo empírico é governado por leis científicas que têm aplicação universal, também a moral é governada por leis que têm aplicação universal. E significa que a moralidade se funda na razão, tal como a ciência se funda na razão..

O Prof. Salgado também lembra a preocupação de Kant em encontrar um grau razoável de ‘cientificidade’ para a Ética, isto é uma

objetividade traduzida na necessidade e universalidade dos seus princípios, diante da mutabilidade dos éthos, entendido como conjunto do agir humano. (SALGADO, 1995, p. 152).

E sem dúvida, o Direito também procura a universalização de princípios, notadamente princípios éticos para a formulação de suas máximas e concretização do agir humano conforme um ordenamento jurídico. E embora Kant veja uma diferença de fundo entre o direito e a ética, como já referido, pois em sentido estrito seria a ética somente uma teoria das virtudes, o certo é que para ele, em sentido amplo, a ética é a ciência das *leis das liberdades*, que se dividem em morais e jurídicas.

Portanto, na visão kantiana não existe discrepância de princípios éticos (ciência da moralidade e das liberdades) com o direito ou leis jurídicas (ciência jurídica), desde que estas sejam universalizadas no âmbito da própria moralidade, e não só pela sua origem na razão *a priori*, mas também no momento de sua aplicação.

Surge daí, pois, a importância da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* para o Direito, onde Kant se esforça para estabelecer máximas como princípios objetivos ou leis universais.

Inclusive, na segunda seção, *transição da filosofia moral popular para metafísica dos costumes*, Kant submete seu entendimento a diversos exemplos de comportamento humano para deixar claro que uma lei somente pode ser *universal* quando válida para todos indistintamente. Assim, ele afirma que “temos que poder querer que uma máxima da nossa acção se transforme em lei universal: é este o cânone pelo qual o julgamos moralmente em geral”. (KANT, 1960, p. 62)

Portanto, as leis universais para Kant são aquelas que podem ser aplicadas a todos os homens de forma indistinta, jamais se acomodando a situações empíricas da vontade humana.

E exatamente para assegurar o império soberano dessa lei moral universal é que se faz necessária na visão de Kant uma *metafísica dos costumes*.

A propósito, para melhor entender a posição kantiana sobre universalização da lei com sua vertente no Direito, o Prof. Salgado, além de lembrar que a lei “para ser válida para todos, é formal, isto é, não pode levar em conta aspecto contingentes de sua aplicação subjetiva”,

ressalta de que maneira Kant, dentro prisma de universalização, vislumbra o importante critério de igualdade, que, como se sabe, vem inspirando os diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Assim ele diz:

Kant retoma o princípio da igualdade de todos perante a lei como princípio formal da sua aplicação. A lei que proíbe matar não quer significar, para ser universal, que não se deva matar em determinadas circunstâncias. Tão só quer dizer que, se há exceção para a proibição da ação, a exceção deve alcançar todos os seres racionais. Esse formalismo do direito, já vislumbrado no direito romano, da igualdade abstrata de todos perante a lei e que provocou a acerbada crítica de Anatole France (*Le Lys Rouge*), segundo a qual a lei proíbe igualmente ao rico e ao pobre furtar um pão, ‘mendigar e dormir debaixo da ponte’, não é, contudo, o que acentua predominantemente o caráter universal da lei; essa universalidade advém do momento da elaboração e significa uma conformidade absoluta com a razão, na medida em que a vontade pura a cria de tal modo, que seja válida para todos os seres racionais. Nesse sentido, aceito o critério da admissibilidade de Krassuer, não seria avesso ao pensamento de Kant, o princípio da equidade que preside às situações concretas, pelo qual, por exemplo, não seria imoral o furto famélico, visto que, em tais circunstâncias, a sua prática não colidiria com uma forma racional de ação, aceita por todo ser racional. Essa questão, contudo, tem a ver mais com o tema específico do imperativo categórico; é mais do que o conceito de lei moral.

Percebe-se, portanto, a influência do pensamento kantiano para o Direito contemporâneo, que não obstante esteja, e sempre esteve, muito diretamente tangido pelos interesses individuais, o que definitivamente é rejeitado pela filosofia de Kant, recebeu grande contribuição de tal filosofia, na medida em que o Direito aparece como exigência de uma sociedade livre de indivíduos que reclama uma legislação universal fundada na razão pura.

Destarte, nos Estados de Direito pleno a legislação universalizada surge como fundamento indispensável para a convivência em sociedade. Por isso mesmo, nas respectivas Constituições encontramos princípios como a da garantia da liberdade, da vida, da igualdade e do livre pensamento, que independentemente de sua aplicação na prática, afiguram-se como máximas universalizadas e fundadas na razão *a priori* de sua sociedade organizada.

Visto isso, agora passaremos à análise da questão trabalhada por Kant quanto ao “dever e respeito à lei”, em contrapartida com a problemática da autonomia da vontade (liberdade), cujos efeitos de sua doutrina são fortemente sentidos pelo Direito.

#### 4. DO DEVER E RESPEITO ÀS LEIS SOB O PRISMA DA LIBERDADE

Na terceira secção da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes – Transição da Metafísica dos Costumes para a Crítica da Razão Pura* –, Kant começa a trabalhar a ideia da liberdade, como condição primordial para se chegar ao entendimento sobre a autonomia da vontade. Aliás, nesse aspecto, o nosso direito, tal como a grande maioria das legislações das chamadas sociedades civilizadas, enfatizam o princípio da autonomia da vontade para a prática de atos jurídicos. Isso pode ser especialmente notado na doutrina da teoria dos contratos advinda da lei civil brasileira.

Entretanto, o que Kant propõe, e que acaba de certa forma por exprimir as ideias contidas no nosso Direito, é que a liberdade, que explica a autonomia da vontade humana, não está desprovida de leis morais universalizadas, ao contrário, estas têm que se fazer presentes no agir humano e devem ser absolutamente respeitadas.

Por isso mesmo, ainda na segunda secção da *Fundamentação*, Kant enfatiza a necessidade de que as ações humanas sejam ditadas pelo *dever*.

Assim, Kant procura demonstrar que ações humanas por mais nobres que possam ser acabam sempre por representar interesses pessoais, ao invés de se apoiarem no “severo mandamento do dever que muitas vezes exigiria a auto-renúncia...”. (KANT, 1960, p. 41).

De maneira que, na visão kantiana, não há espaço para adaptar os meios aos fins, pois isso significa a submissão da ação humana a uma prática empírica e ao maquiavelismo, e mesmo uma eventual eficácia do ato seria estranho à ética.

Logo, se ações humanas têm que se afastar das intenções finalísticas, para estar de acordo à moralidade, o comportamento deverá resultar do *dever* ou de um *imperativo*. Esse *imperativo*, que sem se basear em qualquer outra intenção a atingir, determina e ordena o



comportamento, é chamado por Kant de *imperativo categórico*, que ele também identifica como imperativo da *moralidade*.

A este respeito afirma Crampe-Casnaber:

[...] o imperativo determina a vontade, quaisquer que sejam as condições de realização da ação; ele é então categórico, como o juízo que estabelece a inerência de um predicado a um sujeito. É o único válido para todo ser racional, único universalizável, é a lei. Ordena incondicionalmente a vontade purificada de móvel sensível, de todo fim singular. Tem como lugar a ética. A raiz dessa necessidade-universalidade não precisa de justificação; necessidade e universalidade definem a própria natureza da razão que as faz jorrar de si mesma. Se o imperativo categórico consiste numa ordem, entretanto é preciso que se possa obedecer a ele (ou não). O que ele manifesta e exige simultaneamente é a liberdade. A autocomposição da razão em seu uso prático puro é autocomposição da liberdade. (CRAMPE-CASNABET, 1994, p. 73)

O que se extrai, portanto, é que para Kant interessa um princípio da ação humana, que é a lei ditada por uma máxima universalizada, e, que, dessa forma, tem validade para todo ser humano, mas que também precisa de um comando ou mandamento, determinante da vontade, que ele chama de *imperativo categórico*, uma vez que sendo a lei dirigida ao ser humano racional, livre e do mundo sensível, necessita ser cumprida por *dever*, de forma incondicionada, e jamais por inclinações e fins absolutamente práticos. Quando o princípio condiciona-se aos fins ou intenções, numa relação de meio fim, é chamado por Kant de *imperativo hipotético*, e estando este sujeito à ação humana intencional e finalística, não se sabe de antemão o que ele poderá conter.

Logo, o que busca Kant é o imperativo da moralidade (categórico), que define o bem moral considerado em si mesmo ou a ação humana enquanto boa em si mesma, e por isso deve ser querida por todo ser racional.

A última questão, que nos parece relevante para a identificação da fundamentação kantiana com o Direito, é o *respeito* à lei, que se apresenta como efeito de uma lei imperativa categórica sobre o indivíduo. Por isso Kant, citado por Raymond Vancourt,<sup>2</sup> explica:

<sup>2</sup> VANCOURT, Raymond Kant. Lisboa: Edições 70, 2000.

[...] O dever é a necessidade de levar a cabo uma acção por respeito à lei. Para o objetivo concebido como efeito da acção que me proponho, eu posso muito bem, sem dúvida, ter inclinação, mas nunca respeito, precisamente porque este é simplesmente um efeito, e não a actividade de uma vontade. De igual modo, eu não posso ter respeito por uma inclinação em geral, seja ela minha ou de outrem; eu posso quando muito prová-lo no primeiro caso, e no segundo ir por vezes até o ponto de amá-la, isto é, considerá-la como do meu próprio interesse, só existe o que está ligado à minha vontade unicamente como princípio e nunca como efeito, o que não serve à minha inclinação, mas que o domina, o que pelo menos impede inteiramente que se tenha isso em conta na decisão, por consequência, a simples lei por si própria, que possa ser um objecto de respeito e, consequentemente, um mandamento. Ora, se uma acção praticada por dever deve excluir completamente a influência da inclinação e com ela todo o objecto da vontade, de nada resta para a vontade que possa determiná-la, a não ser o que objetivamente a lei, e subsequentemente um puro respeito por essa lei prática, por consequência a marca se mantém de obedecer a essa lei, mesmo em prejuízo de todas as minhas inclinações. [...] A determinação imediata da vontade pela lei e a consciência que eu tenho disso, é o que eu chamo de “o respeito”, de tal maneira que o respeito deve ser considerado, não como a causa da lei, mas como o efeito da lei sobre o sujeito.

E não resta dúvida de que “a noção de respeito permite especificar a de dever; de fato, o dever é objetivamente concordância da ação com a lei. Subjetivamente, agir por dever é agir por puro respeito pela lei”. (CRAMPE-CASNABET, 1994, p. 78)

De maneira que, para Kant, o *objeto do respeito é simplesmente a lei*, lei tal como impomos a nós próprios e necessária em si mesma. E na medida em que estamos sujeitos à lei, devemos a ela o respeito *sem consultar o amor-próprio*, uma vez que ela nos foi imposta como consequência de nossa *livre vontade*.

Assim, adverte Crampe-Casnabet,

[...] respeito mostra a dupla significação da autonomia: sou legislador e submeto-me à lei universal que eu estabeleço e dou a mim mesmo. Só sou livre pelo respeito do outro ser livre, que só é livre quando me respeita. Cada um, na ordem prática pura, é cidadão-sujeito. (CRAMPE-CASNABET, 1994, p. 78)

Em síntese, para Kant, como lembra Vancourt (2000, p. 83), “tudo que o que se designa sob o nome de interesse moral consiste unicamente no respeito pela lei”.

## 5. CONCLUSÃO

De tudo que fora visto, podemos chegar a conclusão de que Kant trabalha intensamente no campo das leis éticas e da obrigação moral, universalizadas e fundadas em uma razão pura e prática, encarada como princípio formal, e de onde deverá derivar no seu entender uma paz perpétua, que se deseja não apenas como um bem físico, mas também como um estado originado do reconhecimento do dever e respeito à lei.

Entretanto, o que deve ser ressaltada na filosofia kantiana, diante de seu interesse direto com o Direito, e que pode ser constatado já na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, é a preocupação de Kant de considerar em que condições é possível a realização de uma *liberdade ética*.

É inegável que a Ciência do Direito se apoia no exercício da liberdade e da autonomia da vontade. No entanto, como o próprio Kant adverte, existe entre a ética (lei moral) e a ordem jurídica uma diferença básica na forma da legislação, pois enquanto o dever moral coage interiormente, a norma jurídica atua e coage exteriormente.

Ademais, não nos parece viável imaginar que na prática seja possível refrear as ações humanas indevidas por intermédio de um comportamento absolutamente racional e monitorado. Basta observar que são universalmente e consensualmente repudiadas a poluição da atmosfera, as guerras e a opressão econômica dos povos mais fracos, práticas essas, no entanto, que continuam a ocorrer apesar dessa unísona condenação imposta por uma ética universalizada.

Diante desses fatos cotidianos da vida humana, o Direito não pode ficar alheio e deixar de reconhecer outros aspectos que influenciam as ações das pessoas, e que são estudados pela história, sociologia e psicologia.

Por outro lado, malgrado as diferenças teóricas e conceituais da moral com o Direito e os exageros da filosofia kantiana, não se pode

negar que é na liberdade do homem, baseada em princípios éticos, que se pode concretizar o Estado de Direito.

Aliás, vale lembrar que

[...] a ética não é um derivado do Estado. A autoridade ética não deriva dos poderes do Estado para legislar e fazer cumprir a Lei. Ela precede o Estado, é a exclusiva fonte da legitimidade do Estado e o supremo juiz dessa legitimidade. O Estado, poder-se-ia dizer, só é justificável como veículo ou instrumento da ética. (BAUMAN, 1998, p. 69).

E não basta que o Estado seja construído somente sobre pilares do Direito, pois que isso poderia implicar no exercício do totalitarismo e da tirania, como já ocorreu e continua acontecendo em diversos países. Como assevera o Prof. Calmon de Passos (1988, p. 83) “inexiste pureza no direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito...”.

Portanto, o melhor caminho da sociedade parece ser o de uma verdadeira *democracia participativa*, em que se estabeleça os controles pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico, sendo especialmente necessário para que isso se implemente o irrestrito acesso do cidadão ao devido processo.

Mas, não obstante as críticas que se possa fazer à pureza lógica da doutrina kantiana é inegável sua importância para o Direito, notadamente, como visto, no campo da formulação dos conceitos de ética e da liberdade, mesmo porque cada vez mais se torna fundamental uma universalização dos direitos humanos, em que se apoiem e de onde decorram todos os atos normativos.

De resto, cumpre assinalar, que, embora a filosofia não se preste a formular soluções para os problemas humanos, pelo menos nos permite *pensar*, e, pensando, o ser humano estará exercendo efetivamente a sua *liberdade*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da filosofia*. Baby Abrão e Mirtes Coscodai (Org.). São Paulo: Nova Cultural, 2002.

- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- CAMPOS, Carlos. *Sociologia e filosofia do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- CRAMPE-CASNABET, Michèle. *Kant: uma revolução filosófica*. Tradução dirigida por Christian Descamps e robert Maggiori. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.
- LACROIX, Jean. *Kant e o kantismo*. Tradução de Maria Manuela Cardoso. 2. ed. Porto: Rés Editora, 2001.
- LEBRUN, Gérard. *Sobre Kant*. Rubens Rodrigues Torres Filho (Org.). Tradução de José Orcar Almeida Morais, Maria Regina Avelar Coelho da Rocha, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Iluminuras Ltda., 2001.
- MAGEE, Bryan. *História da filosofia*. 3. ed. São Paulo, 1999.
- PASCAL, George. *O pensamento de Kant*. Tradução de Raimundo Vier. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na igualdade e liberdade*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995. 372p.
- VANCOURT, Raymond. *Kant*. Tradução de Antônio Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000. 106p.

*Recebido em 20/1/2016*

*Aprovado em 3/6/2016*



# 8

## A SOMA DE PENAS NA EXECUÇÃO PENAL E A DEFINIÇÃO DO MARCO PARA BENEFÍCIOS

(THE ADDITION OF PENALTIES IN CRIMINAL PROCEDURAL AND THE LANDMARK SETTING FOR BENEFITS)

Thiago Colnago Cabral<sup>1</sup>  
Ana Carolina Silva e Silva<sup>2</sup>

### RESUMO

A soma de penas é incidente da Execução Penal que tem por característica a definição de novo marco para a contagem dos futuros benefícios prisionais. Tal circunstância revela a importância do tema e, sobretudo, suas consequências nos direitos individuais de cada sentenciado. A despeito disto, a jurisprudência tem revelado divergência quanto à definição do citado marco. Este é o tema do presente estudo, que aponta os equívocos técnicos da evolução da jurisprudência.

### ABSTRACT

The addition of penalties is incident in criminal procedure whose feature the new benchmark setting for the counting of future prison

<sup>1</sup> Juiz da Vara de Execuções Penais em Governador Valadares. Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP. Docente dos cursos de formação de magistrados da ENFAM. Membro das comissões constituídas pela AMB e pela AMAGIS, respectivamente, para apresentação de propostas aos projetos de Código Penal, de Lei de Execução Penal e para regulamentação da carreira de agente prisional em MG. Ganhador do Prêmio Innovare em 2013.

<sup>2</sup> Assessora de Juiz do Poder Judiciário de Minas Gerais.

benefits. This circumstance reveals the importance of the subject and, above all, their consequences on individual rights of each prisoner. Although, the jurisprudence has revealed disagreement about landmark settings. This is the theme of this study, which shows the misconceptions of the jurisprudence.

**Palavras-chave:** Execução Penal. Soma de penas. Marco inicial. Benefícios futuros. Divergência jurisprudencial.

**Keywords:** Criminal procedure. Addition of penalties. Landmark settings. New benefits. Jurisprudential divergence.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A prescrição do art. 111 da Lei de Execução Penal e suas implicações jurídicas. 3. A evolução da jurisprudência sobre o tema. 4. Consequências práticas da divergência jurisprudencial. 5. Exame dos fundamentos da jurisprudência. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, deve ser destacada a existência de duas figuras distintas relativamente à adição de penas, consistentes na unificação e na soma propriamente dita, conquanto seja corriqueira a menção indistinta aos citados institutos como se sinônimos.

Tais figuras detêm natureza jurídica distinta, eis que enquanto a unificação é reservada às hipóteses de conjugação de penas de natureza diversa (restritiva de direitos *versus* privativa de liberdade) a soma se reserva à conjugação de penas de mesma natureza.

Melhor colocando a questão, haverá unificação de penas quando uma das penas em cumprimento (restritiva de direitos) tenha de ser convertida em privativa de liberdade para que, só após tal operação, seja somada à outra pena, preexistente ou superveniente.

Noutro plano, a soma de penas estará configurada quando, independentemente do regime prisional, se encontrarem pendentes de cumprimento penas de mesma natureza (v.g. privativa de liberdade, prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade, etc.), o que exige que o juízo da execução promova a adição das penas de mesma natureza de maneira a apurar o total da condenação.



A referida distinção é fundamental para enquadramento do objeto do presente estudo, que tem por escopo a redefinição do marco temporal para a contagem do requisito objetivo para novas progressões após a soma de penas na Execução Penal, apontada pela jurisprudência como consequência da superveniência de condenação no curso do cumprimento de penas.

A importância da questão remonta sobretudo à constatação de que o art. 111 da Lei de Execução Penal não dispõe expressamente quanto à mencionada redefinição do novo marco para benefícios na hipótese da soma, o que contribuiu para que se instaurasse relevante divergência jurisprudencial sobre a matéria.

De um lado, se colocaram julgados apontando que a data do trânsito em julgado da condenação superveniente haveria de ser o termo ao cômputo do prazo para obtenção de nova progressão, ao passo que, de outro lado, outros tantos entendimentos afirmaram que o parâmetro à contagem haveria de ser a data da última prisão.

Não bastasse isto, alguns entendimentos surgiram entre os citados extremos, sustentando que outros haveriam de ser o termo inicial à contagem do prazo para obtenção de nova progressão no caso de soma de penas.

Pode-se dizer que os entendimentos diversos firmados no âmbito dos tribunais nacionais possuem o mesmo objetivo que é sanar a omissão legislativa infraconstitucional, realizando, portanto, uma interpretação extensiva do texto da lei, levando em consideração, sobretudo, àquela mais favorável ao sentenciado, por força do princípio do *favor rei*.

É este justamente o contexto do presente estudo.

## **2. A PRESCRIÇÃO DO ART. 111 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

No pormenor, é interessante destacar que a divergência jurisprudencial se dá basicamente em virtude de o art. 111 da LEP se restringir a mencionar como se dará o somatório das penas, nada dispondo acerca do marco a ser considerado para a contagem do prazo para novas progressões de regime.

A redação do preceito é a seguinte:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Resta bem claro, com a simples leitura do dispositivo legal, que quanto ao sentenciado em cumprimento de pena sobrevier nova condenação penal, a soma de penas deverá observar a seguinte forma: pena superveniente acrescida da pena restante, computando-se como pena cumprida na data do acréscimo os períodos eventualmente remidos, comutados e detraídos.

Em sequência, para fins de fixação de regime, deverá se observar a pena total resultante da adição das reprimendas e da subtração das penas cumpridas, seguindo os ditames do art. 33 do Código Penal.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

É justamente a contar desta operação que serão definidos os novos termos finais para obtenção de novas progressões de regime pelo sentenciado, observando a forma progressiva adotada pelo sistema normativo (art. 112 da LEP).<sup>4</sup>

Pois bem.

A temática proposta remonta a aferir a partir de quando haverá de ser computada a pena para fins de obtenção de novas progressões na hipótese da soma de penas.

Para tanto e já ingressando no exame propriamente dito da questão, afigura-se imprescindível a recordação de que, como corolário do sistema progressivo de cumprimento de penas, a Lei de Execuções Penais estabelece que será promovida a regressão ao regime mais grave quando: a) praticado fato definido como crime doloso ou como falta grave (art. 118, inciso I, da LEP); ou b) sobrevier condenação por crime anterior cujo somatório de penas inviabilize a manutenção do regime prisional (art. 118, inciso II, da LEP).

Singela a conclusão de que o art. 118 da LEP enseja duas situações: a primeira, concernente ao fato de a condenação superveniente referir-se a crime doloso praticado no curso da execução penal; e a segunda, para as hipóteses de a dita condenação estar calcada em crime culposo ou contravenção, praticado no curso do cumprimento da pena, ou em fato anterior ao início da execução, bem como em relação à condenação decorrente de prática de crime doloso cuja falta não tenha sido homologada judicialmente.

---

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais

<sup>4</sup> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

A citada distinção decorre da prescrição do art. 52 da Lei de Execução Penal, o qual dispõe que a prática de fato definida como crime doloso durante o cumprimento da pena configura falta grave, o que implica na instauração de incidente para sua apuração, observando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Caso seja julgado procedente o dito incidente, ocorrerá a regressão de regime prisional e a perda de até a terça parte de dias remidos.

O reconhecimento da falta repercute na regressão do regime prisional, o que enseja a definição de novo marco inicial para a contagem do prazo de progressão, especificamente na data do cometimento da falta grave.

Pertinente, então, sublinhar a coincidência entre a data da falta, quando estabelecido o novo marco à contagem do prazo para a progressão e a colocação no novo regime prisional mais severo.

Insta salientar que não é admissível, salvo violando a vedação ao *bis in idem*, que o mesmo fato, em momento posterior, quando objeto de sentença condenatória penal, sirva à nova definição de marco ao cômputo de benefícios, já que, nesse caso, estar-se-ia admitindo que um único fato fosse sopesado, por duas vezes, para agravar a situação prisional do segregado.

Já a segunda situação se reserva às demais hipóteses, quais sejam: condenação decorrente de crime culposo ou contravenção perpetrada no curso do cumprimento de penas e condenação decorrente de fato anterior ao início da execução penal, já que ambas não ensejam o reconhecimento de falta disciplinar, bem como no caso de condenação por crime doloso praticado no curso da execução que, por qualquer razão, não tenha sido objeto de falta homologada judicialmente.

Tais situações podem ensejar duas consequências distintas, diferenciadas basicamente pelo fato de a soma de penas repercutir, ou não, na fixação de novo regime prisional.

Com efeito, estando o sentenciado em regime fechado quando advém a nova condenação ou, de outro lado, não sendo esta de monta que repercute no agravamento do regime prisional, ter-se-á mera adição temporal dos períodos de penas (v.g. pena de 8 anos + pena de 12 anos, totalizando pena de 20 anos, impondo-se o regime fechado, em que já estava o sentenciado; ou pena de 1 ano + pena de 1 ano e 6 meses, que não agrava o regime de cumprimento, o qual já era o aberto).

Feitas essas somas, uma vez mais incide a regra literal do art. 112 da Lei de Execução Penal, estabelecendo que o requisito objetivo para a progressão de regime prisional será computado “no regime anterior”, na expressão do legislador.

Ora, se o sentenciado já se encontrava no regime fechado, ou se a nova condenação não repercutiu no agravamento do regime prisional, não há dúvidas de que o regime em que o sentenciado estava não foi alterado, fosse ou não o fechado, de modo que configura o “regime anterior” definido pelo legislador para fins de cômputo do prazo de progressão.

É certo, todavia, que o acréscimo de pena repercutirá na majoração de seu total e, por conseguinte, na modificação do prazo correspondente ao percentual de cumprimento necessário à progressão (um sexto, dois quintos ou três quintos), tendo em vista que a fração passa a ser computada em relação à base maior.

Nesse diapasão, se o sentenciado sempre esteve naquele regime, vale dizer: “no regime anterior”, não há sentido lógico ou mesmo fundamento legal expresso que legitime a redefinição do marco inicial ao cômputo do prazo de progressão.

Outra hipótese estará configurada quando a soma das penas repercutir na modificação do regime prisional, o qual passa a ser mais severo tendo em vista a ampliação do quantitativo de penas.

Nessa situação, o próprio agravamento do regime decorrente do aumento do quantitativo de penas ensejará o estabelecimento de novo “regime anterior”, como definido pelo legislador no art. 112 da Lei de Execuções Penais, de forma que esta razão, por si só, restabelece a contagem do prazo para progressão de regime prisional, independentemente de qualquer imposição de novo marco.

Logo, também nessa situação descabe definir novo marco à obtenção de progressão de regime, eis que a redefinição integral do requisito objetivo decorre da própria colocação em regime mais grave.

Pois bem, definido o modo como se dará a soma de penas quando, no curso da execução penal sobrevier uma nova condenação penal, surgem as seguintes indagações: qual o termo inicial para contagem dos novos benefícios? A data do trânsito em julgado da sentença condenatória? Data da última prisão? Ou da data da decisão que somou as penas?

Esta é a temática que vem suscitando divergências na jurisprudência.

Em razão dessa omissão legislativa, a jurisprudência nacional, nas mais diversas instâncias, vem proferindo decisões divergentes a respeito da matéria.

### 3. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

A jurisprudência vinha apresentando, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relativa divergência sobre o tema, conquanto incidisse não propriamente sobre a soma, mas, sim, quanto ao termo inicial, após a adição de condenações, para a contagem de prazo para progressão de regime.

A dissonância jurisprudencial ora fixava o marco na data do trânsito em julgado da nova condenação penal, ora na data da última prisão.

A divergência pode ser verificada, primeiramente, no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FUTUROS. TERMO *A QUO*. TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, ‘sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena – seja por crime anterior ou posterior –, interrompe-se a contagem do prazo para a concessão do benefício da progressão de regime, que deverá ser novamente calculado com base na soma das penas restantes a serem cumpridas’ (HC 95.669/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, DJ de 18/8/2008).

2. O marco inicial da contagem do novo prazo é o trânsito em julgado da sentença condenatória do delito praticado (STF, HC 77.765/PR, Rel. Min. Nélson Jobim, DJ 27/4/2001).

3. Recurso especial provido para determinar a alteração da data-base para obtenção de futuros benefícios, a partir do trânsito em julgado da nova condenação. (STJ, REsp 1.133.977/RS, Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe 15/03/2010).

PENAL. *HABEAS CORPUS*. UNIFICAÇÃO DE PENAS. TRÊS CONDENAÇÕES: TRÊS PENAS DE DETENÇÃO E UMA DE RECLUSÃO. EQUÍVOCO NO CÁLCULO. DESCONSIDERAÇÃO DE UMA DAS REPRIMENDAS. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. TRIBUNAL DE ORIGEM RETIFICA A DATA PARA O INÍCIO DO PRAZO PARA BENEFÍCIOS. ÚLTIMA CONDENAÇÃO NO REGIME INICIAL FECHADO. DATA-BASE: INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA NO REGIME FECHADO. REGRESSÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Juízo *a quo* determinou a progressão do paciente ao regime semiaberto, em virtude de certidão equivocada acerca do cálculo das penas impostas, que desconsiderou uma condenação, conquanto tenha sido proferida após o advento da reprimenda que fixou o regime inicial fechado.

2. Em sede de recurso, o Tribunal de origem estabeleceu novo marco para a obtenção dos benefícios, previstos na Lei de Execução Penal, em decorrência da soma das penas resultantes das diversas condenações.

3. A contagem para a progressão, contudo, deve iniciar-se desde a prisão do sentenciado no regime fechado, visto que inexistiu regressão, pois a decisão colegiada apenas se referiu à unificação de penas. *In casu*, embora o apenado estivesse em regime semiaberto, a decisão unipessoal de progressão restou substituída pelo acordado no Tribunal de origem, não havendo, assim, a regressão ao regime fechado, mas somente a sua manutenção jurídica.

4. Ordem concedida a fim de que o Juízo das Execuções Criminais analise os incidentes da execução penal tendo por marco inicial a data na qual o paciente iniciou o cumprimento da reprimenda no regime fechado. (STJ, HC 97.958/MS, Min<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, 6<sup>a</sup> Turma, DJe 23/08/2010). (Grifos nossos)

Também nesta mesma linha, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais se constata contrariedade nos julgados, como evidenciado nos precedentes abaixo transcritos:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – UNIFICAÇÃO DE PENAS – MARCO INICIAL PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO – TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO.

Impõe-se o reinício da contagem dos prazos para a concessão dos benefícios previstos na LEP quando ocorre nova condenação, sendo o marco inicial da contagem do novo prazo é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória do novo delito praticado. (TJMG – Agravo em Execução Penal 1.0704.06.042283-6/001, Des. Silas Vieira, 1ª Câmara Criminal, DJ 15/06/2012).

AGRAVO EM EXECUÇÃO – UNIFICAÇÃO DE PENAS – DATA DA ÚLTIMA PRISÃO COMO MARCO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA. Correta a decisão agravada que ao proceder à unificação de penas estabeleceu como marco temporal para a concessão de futuros benefícios na execução penal a data da última prisão do agravado, porque o sentenciado estava recolhido ao cárcere à disposição da justiça não podendo ser onerado a arcar com o prejuízo a que não deu causa. Desprovemento ao recurso que se impõe. (TJMG – Agravo em Execução Penal 1.0079.10.007841-3/001, Des. Antônio Carlos Cruvinel, 3ª Câmara Criminal, DJ 18/11/2011).

A consequência prática dessas decisões conflitantes é a grave insegurança jurídica dos envolvidos, eis que, em uma mesma situação fática, são proferidas diversas decisões distintas.

Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão, utilizando para tanto antigo precedente de sua 2ª Turma, cuja relatoria coube ao Min. Nélson Jobim.

Este é o precedente invocado no Supremo Tribunal Federal:

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME.*

Quando ocorre nova condenação no curso da execução da pena, aplica-se o art. 111, parágrafo único Lei Execução Penal. A data de nova condenação é o termo inicial ao fim de contagem do prazo. Ordem denegada (STF, HC 77765, 2ª Turma, Min. Nélson Jobim, DJ 27/04/2001).

A partir de então, o Supremo Tribunal Federal passou a reiterar o dito entendimento, estabelecendo que, na hipótese de soma de penas, a contagem do prazo para progressão de regime dar-se-ia a partir do trânsito em julgado da condenação superveniente.

Tal entendimento se infere nos seguintes arestos: HC 93.782, Min. Lewandowski, DJ 17/10/2008; RHC 116.528, Min. Luiz Fux, DJ 26/02/2014; e RHC 121.849, Min. Dias Toffoli, DJ 17/06/2014.



No dito cenário, o Superior Tribunal de Justiça deu por superada a divergência que a matéria comportava em seus julgados, inclinando-se também, mediante invocação do argumento de autoridade do precedente do Supremo Tribunal Federal, por estabelecer que nos casos de soma de pena a contagem do prazo para novos benefícios deveria ter por data-base o trânsito em julgado da condenação superveniente.

Os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça demonstram a consolidação do entendimento REsp 1.460.077, Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJ 27/08/2014; e HC 310.965, Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 05/02/2015.

O mesmo procedimento de consolidação do entendimento com lastro no argumento de autoridade do Supremo Tribunal Federal se verificou no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consoante se infere exemplificadamente dos seguintes precedentes: Agravo em execução nº 1.0231.13.010045-7/001, Des. Catta Preta, 2ª Câmara Criminal, DJ 30/11/2015; Agravo em execução nº 1.0702.12.007026-4/001, Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, DJ 27/11/2015; e Agravo em execução nº 1.0704.12.006592-2/001, Des. Walter Luiz, 1ª Câmara Criminal, DJ 27/11/2015.

Acresceu-se, ademais, ao dito cenário outra particularidade na órbita do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consistente no julgamento de Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.0704.09.136730-7/002, de relatoria do Des. Silas Vieira, quando se ratificou uma vez mais que

o marco inicial para a concessão de novos benefícios na execução penal, após a unificação das penas, será a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória, independentemente se o crime foi praticado antes ou após o início do cumprimento da pena. (DJ 14/09/2012).

Insta salientar que, em que pese o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ter consolidado o entendimento no sentido de que a data-base para contagem do prazo para progressão é o trânsito em julgado da condenação superveniente, no ano de 2013, magistrados que atuam na vara de execução penal de Minas Gerais assinaram a chamada Carta de Belo Horizonte, que consagra o entendimento de que a data da última prisão seria o marco para contagem dos benefícios futuros.

Como demonstrado, a jurisprudência nacional tem sido, em todos os âmbitos, majoritariamente no sentido de fixar, na hipótese de soma de penas, a data do trânsito em julgado da condenação penal superveniente como data-base ao cômputo da nova progressão de regime.

#### **4. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL**

Consoante exposto, as duas principais correntes jurisprudenciais se resumem em fixar o termo *a quo* da progressão de regime subsequente à soma de penas na data do trânsito em julgado da condenação superveniente ou na data da última prisão.

Na hipótese de se admitir que o termo inicial para o cômputo de novos benefícios da execução penal seja o trânsito em julgado da nova sentença condenatória e considerando que o reeducando tenha permanecido o tempo inteiro preso, na condição de preso cautelar da segunda ação penal ou em razão da primeira condenação, haverá, sem dúvidas, uma postergação substancial do termo final de obtenção de progressão de regime.

Com efeito, tal entendimento repercute em grave prejuízo ao sentenciado tendo em vista que, apesar de assegurada a detração, deixa de levar em consideração o período de cárcere provisório para fins de progressão de regime.

Na segunda hipótese, contudo, estabelecendo-se que o termo inicial para fixação do período aquisitivo para progressão de regime deve ser a última prisão do sentenciado, as consequências serão absolutamente distintas, consoante a seguinte exemplificação:

Suponha-se que dado sentenciado, cumprindo pena total de 10 anos por crime hediondo, encontra-se preso desde 01/01/2000, sobrevivendo nova condenação, agora na condição de reincidente, a pena total de 15 anos, também em razão de crime hediondo, cujo trânsito em julgado ocorreu no dia 01/01/2003.

A partir da unificação, a nova pena total será de 22 anos, eis que da pena de 10 anos, três foram cumpridos, de modo que remanescem sete anos, aos quais se somam os 15 anos supervenientes. O regime será o fechado, sem dúvida.

Quanto ao novo prazo para progressão de regime, ter-se-á que, computado o prazo de progressão desde a data da prisão (01/01/2000), a previsão será em 01/03/2013. Se, por outro lado, o cômputo for a partir do trânsito em julgado da condenação superveniente, esta data advirá em 01/03/2016.

É de se sublinhar: a diferença é de mais de três anos adicionais de manutenção no regime fechado.

Fácil constatar, destarte, as consequências de cada um dos posicionamentos jurisprudenciais na situação prisional dos sentenciados, repercutindo diretamente em seu direito ambulatorio tão somente em razão da modificação do termo inicial de contagem do prazo de progressão.

A par de repercutir sobejamente na situação individual de cada sentenciado, a divergência jurisprudencial acarreta reflexos imensos no próprio sistema prisional, já marcado pela superlotação e pela deficiência estrutural, eis que a postergação na concessão de progressões enseja um maior índice de aprisionamentos.

Por fim, merece registro, há ainda o entendimento jurisprudencial de que, quando não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória penal superveniente, o marco para obtenção de benefícios prisionais deve ser a data da decisão que promoveu o somatório das penas:

AGRAVO DE EXECUÇÃO – INDULTO CONDICIONAL – NOVO CRIME – PERÍODO DE PROVA – CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO PARA AQUISIÇÃO DE BENEFÍCIOS – DATA DA DECISÃO DE UNIFICAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – 1. Correta a decisão que torna sem efeito indulto condicional em vista do cometimento de novo crime no período de prova, negando pedido de extinção da punibilidade de delitos – 2. Não obstante a lei não indique, expressamente, o termo inicial do período aquisitivo de benefícios da execução penal, da conjugação dos artigos 75, § 2º, do CP, e 111, da LEP, entende-se que a data de contagem para futuros benefícios, com base no apenamento total, é a da unificação. Fato, ao que parece, praticado durante o cumprimento de pena! – 3. Se as penas foram alteradas em razão de outras condenações trazidas, é justo que se calculem os benefícios a partir da soma, poupando-se o apenado, também, de eventual demora na elaboração da respectiva guia de execução. (TJMG – Agravo em Execução Penal nº 0014679-22.2010.8.13.0000 – Des. Eduardo Machado – DJE 23/06/2010).

Assim como a fixação do marco na data do trânsito em julgado, seu estabelecimento na data da decisão que promove o somatório de penas enseja substancial prejuízo ao sentenciado, além de violar o princípio da isonomia, pois sentenciados em idêntica situação terão parâmetros de obtenção de progressão absolutamente diferentes tão somente em razão da data em que promovida a soma.

Tais colocações indicam que, tal como detalhado anteriormente, inexistente fundamento jurídico que legitime a fixação de um novo marco para obtenção de progressão de regime após soma de penas, devendo, na verdade, serem consideradas as circunstâncias que permearam o reconhecimento do novo delito como falta grave e o tempo de permanência do sentenciado no “regime anterior” (art. 112 da Lei de Execuções Penais).

## **5. EXAME DOS FUNDAMENTOS DA POSIÇÃO MAJORITÁRIA DA JURISPRUDÊNCIA**

Sem dúvidas, o principal argumento da jurisprudência de Tribunais de Justiça e do próprio Superior Tribunal de Justiça para estabelecer, nos casos de soma de penas, a data do trânsito em julgado da última condenação como marco para a contagem das futuras progressões é a decisão do Supremo Tribunal Federal.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, foi objeto de um único julgado (STF, 2ª Turma, HC nº 77.765/PR, Min. Rel. Jobim), cuja conclusão é reiterada nos julgamentos subsequentes (outros três julgados da 1ª Turma).

A leitura do inteiro teor do HC nº 77.765/PR, relatado pelo Ministro Jobim, revela que o único fundamento à fixação de novo marco ao cômputo de progressão de regime é a redação do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, o qual afastaria, segundo sustentou o relator, a prescrição do art. 112 do mesmo diploma.

Veja-se a transcrição dos dispositivos legais mencionados:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Inferem-se da leitura dos preceitos legais as seguintes conclusões: primeira, seus objetos são distintos, sendo um dedicado à soma de penas e o outro à progressão de regime; segunda, o art. 111 da Lei de Execução Penal, tanto no *caput* quanto no parágrafo único, não faz menção, expressa ou tácita, à redefinição de marco para progressão de regime; terceira, o art. 111 da LEP, não traz no seu texto legal a expressão trânsito em julgado de nova condenação; e, por fim, a quarta, o art. 112 da Lei de Execução Penal é expresso, literal e incisivo ao definir que a progressão de regime deverá computar a fração necessária ao benefício “no regime anterior”.

Nesse contexto, não se vislumbra a possibilidade de desconsiderar a redação literal do art. 112 da Lei de Execução Penal e, o que é pior, promover leitura do art. 111, parágrafo único, do mesmo diploma com o propósito de condicionar a progressão de regime posterior à soma de penas ao cumprimento de parcela da pena a partir de marco não definido pelo legislador.

Tal exegese, que como revelado não encontra referência direta na prescrição do art. 111 da Lei de Execuções Penais, é absolutamente prejudicial ao sentenciado, especialmente na hipótese de ter havido recurso defensivo contra a condenação superveniente, o que acaba por postergar, legitimamente, deve ser dito, o trânsito em julgado.

Neste toar de ideais, a contagem do prazo para novas progressões a partir do trânsito em julgado da última condenação no caso de soma de penas não apenas não encontra amparo na dicção do art. 111 da LEP, invocado pelo precedente do Supremo Tribunal Federal, como repercute em *reformatio in pejus* indireta, já que acarreta prejuízo ao sentenciado como consequência exclusiva de seu recurso.

Sobre o tema, ainda em 1988, a Corte Europeia de Direitos Humanos, decidindo litígio entre John Ekbatani e o Reino da Suécia, concluiu que a *reformativo in pejus* indireta viola as convenções internacionais de direitos humanos, especificamente na regra do *fair trial*, tendo em vista que a “court can only confirm the sentence passed by the trial court or vary in defendant’s favour”.

Destarte, impossível se admitir que o sentenciado possa ser prejudicado em virtude do recurso interposto exclusivamente em seu interesse, tal como se verifica na hipótese de contagem do prazo para progressão de regime a partir do trânsito em julgado da última condenação na hipótese de soma de penas.

Não bastasse isso, é de se recordar que no âmbito do Processo Civil vigora o tão festejado princípio da menor onerosidade ou economia da execução, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, indicando que a implementação material dos direitos do credor deva observar a forma menos onerosa ao devedor (art. 620 do CPC).

Ora, sendo essa a regra aplicável ao Direito Privado, em que debatidos direitos disponíveis, e não havendo prescrição expressa do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, quanto à redefinição do marco temporal, inviável aplicar exegese prejudicial ao sentenciado.

Finalmente, mas não menos importante, devem ser traçadas algumas considerações quanto ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência, decidido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para desde logo anotar que o mesmo não é vinculante aos magistrados de 1º grau, tendo em vista que o art. 529, § 5º, do RITJMG, é literal ao indicar a compulsoriedade de sua observância apenas aos “órgãos fracionários”.

Ademais, é de se ver que o próprio incidente transcreve, em sua fundamentação, dois precedentes do TJMG, dos Desembargadores Eduardo Machado (0014679-22.2010.8.13.0000) e Flávio Leite (0493997-86.2010.8.13.0000) que definiram novos marcos, respectivamente, na data da unificação e na data do trânsito em julgado, ao argumento de que tais seriam “mais benéficas” ao sentenciado.

Nesse contexto, afigura-se evidente que o cerne do entendimento, mesmo no Incidente de Uniformização de Jurisprudência, sempre foi o de reconhecer a exegese mais favorável à defesa, o que

torna, notadamente à luz de todos os demais argumentos, incontornável a constatação de que não pode vigorar a conclusão de que na soma de penas a contagem do prazo para obtenção de progressão deve iniciar-se do trânsito em julgado da condenação superveniente.

## 6. CONCLUSÕES

A exposição aqui feita detalha o equívoco da jurisprudência ao concluir que a redação do art. 111 da Lei de Execuções Penais estabelece, no caso de soma de penas, que o prazo para a progressão de regime é deflagrado a partir do trânsito em julgado da última condenação, revelando, com ainda maior gravidade, os maiúsculos prejuízos que tal concepção causa nos direitos fundamentais do segregado e no próprio sistema prisional, ao postergar o alcance a regimes mais brandos.

Com efeito, o critério único definido pelo legislador para apuração do requisito objetivo à progressão de regime é o cumprimento de parcela mínima da pena no “regime anterior”, de maneira que é este o parâmetro a ser observado, permeado ainda pelas particularidades decorrentes do reconhecimento de falta grave em razão da prática de crime e pelos reflexos do art. 33 do Código Penal quanto à pena total somada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ESTRADA, Rodrigo Roig Duque. *Execução Penal – teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAIOLI, Andrea A. & MARZIA, Dalia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milão: CEDAM, 2010.
- KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um mito do Processo Penal*. Lisboa: Almedina, 2011.

MAZZOULI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Adeildo. *Da Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STEINER, Christian & URIBE, Patrícia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Berlim: Konrad-Adanauer-Stiftung, 2014.

*Recebido em 11/4/2016*

*Aprovado em 20/6/2016*



# 9

## (IN)JUSTIÇA SOCIAL E O BOLSA FAMÍLIA (SOCIAL (IN)JUSTICE AND THE FAMILY STIPEND)

Tiago Conde Teixeira<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo busca estabelecer as relações entre o programa Bolsa Família e a justiça fiscal, demonstrando que o programa não é um favor estatal ou mero assistencialismo, afirmando que os próprios beneficiários do programa se “autofinanciam” em razão da alta regressividade do sistema tributário.

**Palavras-Chave:** Tributação Bolsa Família Regressividade Justiça Distributiva.

### ABSTRACT

This article seeks to establish the relationship between the Family Stipend and tax justice, demonstrating that the program is not a state favor or mere assistentialism, stating that the program’s beneficiaries themselves “self-finance” in view of the high regressiveness of the tax system.

**Keywords:** Taxation. Family Stipend. Regressiveness. Distributive Justice.

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor Universitário. Mestre em Direito Público pela Universidade de Coimbra – Portugal. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Constituição e Tributação da Faculdade de Direito da UnB. Membro da Comissão Especial de Reforma Tributária da Ordem dos Advogados do Brasil/DF.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A matriz tributária brasileira e sua regressividade. 3. A justiça distributiva e o bolsa família. 4. A iniquidade do bolsa família. 5. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

No cenário mundial a concentração de riqueza é assustadora e segundo um estudo da organização não governamental britânica Oxfam,<sup>2</sup> os recursos acumulados pelo 1% mais ricos do planeta, a partir do ano de 2016, ultrapassarão a riqueza do resto da população. O estudo ainda destaca que a riqueza desse 1% da população mais rica subiu de 44% em 2009 para 48% em 2013. Estima-se que em 2016 esse patamar pode superar 50% se o crescimento for mantido.

A pesquisa demonstra o alto nível da desigualdade global e reforça o argumento de que a concentração de riqueza tem aumentado, sendo esta, em razoável medida, resultado da matriz tributária adotada.

O Brasil enfrenta uma experiência única em transformação de estrutura social. É notório um implemento expressivo de políticas públicas e uma crescente massificação de programas de transferência de renda, com o respectivo fortalecimento das classes menos favorecidas.<sup>3</sup>

É uníssono o discurso em torno da injustiça do nosso sistema tributário, em particular para as três classes sociais. Os mais abastados clamam por crescimento econômico e destacam a injustiça do sistema tributário, que eleva muito o custo Brasil<sup>4</sup> e prejudica a competitividade empresarial. A classe média destaca a injustiça do sistema tributário em

<sup>2</sup> Disponível em <http://www.oxfam.org>. Acesso em 18.01.2015.

<sup>3</sup> “Os programas governamentais de transferência de renda, implantados desde 2004 (como expressão das lutas sociais e populares dos anos de 1970-1990) levaram à incorporação socioeconômica de vasta parcela dos trabalhadores de baixa renda, até então destinados ao subconsumo, aos padrões de consumo de bens duráveis consagrados pelo capitalismo de modelo fordista, consumo que só era possível para os segmentos de classe média e rendas superiores.” POCHMANN, Márcio. **O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social**. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 9.

<sup>4</sup> O Custo Brasil é um termo genérico, que descreve o conjunto de dificuldades estruturais, burocráticas, ideológicas e econômicas que encarecem e, muitas vezes, barram investimentos no Brasil, dificultando o desenvolvimento nacional, aumentam o desemprego, o trabalho informal, a sonegação de impostos e até

razão da elevada carga tributária incidente sobre a renda e o consumo. Já a classe economicamente vulnerável, uma parcela significativa da população brasileira, não tem espaço para se fazer ver e ouvir.

As pessoas que integram a classe de baixa renda não estão informadas de que suportam um enorme ônus tributário, fruto da nossa carregada tributação indireta. Infelizmente, essa forma de tributação indireta com alto grau de regressividade tem colaborado para a elevação da concentração de riqueza, aprofundando cada vez mais a desigualdade social e a pobreza.

Países desenvolvidos e em desenvolvimento buscam estratégias para reduzir a pobreza e as desigualdades. Nesse cenário, as políticas sociais – em especial os programas governamentais de transferência de renda – são instrumentos fundamentais de combate à pobreza e à desigualdade.

No Brasil, em janeiro de 2004, procurando minimizar a pobreza e reduzir a desigualdade social, a Lei nº 10.836 criou um extenso programa nacional de transferência de renda, o *Bolsa Família*.<sup>5</sup> Na essência, o programa tem dois objetivos: reduzir a pobreza e interromper seu ciclo intergeracional. Enquanto o primeiro objetivo seria atendido pelas transferências de renda, o segundo seria alcançado por meio das condicionalidades relativas ao exame pré-natal, acompanhamento nutricional, acompanhamento à saúde, frequência escolar, dentre outras.

Se por um lado, os gastos sociais do governo, em especial as transferências de renda, têm recebido grande atenção nos últimos anos, principalmente em razão de serem ou não elevados os valores envolvidos nessas políticas públicas; por outro lado, há consenso acerca da

---

mesmo a evasão de divisas. Disponível em [http://www.brasilcomex.net/artigo\\_integra.asp?cd=17](http://www.brasilcomex.net/artigo_integra.asp?cd=17). Acesso 19.01.2015.

<sup>5</sup> Vale destacar a lição de Marcio Pochmann: “... com o abandono das políticas de corte neoliberal e a influência de importantes políticas públicas, como a elevação real do salário mínimo, o Bolsa Família, o crédito ao consumo urbano e à agricultura familiar, as compras públicas, impactou diretamente a estrutura social. Ao mesmo tempo, a volta da mobilidade social, sobretudo na base da pirâmide social, foi motivada pela queda significativa na quantidade de miseráveis e pela ampliação do emprego formal, ainda de menor rendimento.” POCHMANN, Márcio. **O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social**. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 43.

importância das transferências de renda – principalmente do Programa Bolsa Família – para a redução da pobreza e da desigualdade.<sup>6</sup>

O presente estudo se propõe a analisar a instituição do Programa Bolsa Família e como os seus objetivos ficam comprometidos diante da matriz tributária altamente regressiva. Para tanto, o trabalho será desenvolvido em três tópicos.

No primeiro tópico trataremos das características da matriz tributária brasileira e, em específico, da questão da má distribuição da carga tributária entre os contribuintes, colaborando diretamente no aumento da desigualdade social.

Abordar-se-á em seguida a importância da justiça distributiva e a criação do programa chamado Bolsa Família, suas características, finalidades, pressupostos e o dever constitucional de intervenção estatal para minimizar as desigualdades e a miséria.

Por derradeiro, demonstraremos que os beneficiários de programas sociais, na verdade, se “autofinanciam”, instalando-se um círculo vicioso de miséria e pobreza. Dessa forma, verificaremos o grave problema social causado ao beneficiário do Bolsa Família graças à regressividade da atual matriz tributária brasileira.

## 2. A MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E SUA REGRESSIVIDADE

O Direito é uma forma de organização social e de planificação de comportamentos humanos. Em uma óptica restritiva, o Direito tributário terá a missão de regular e restringir o poder do Estado de exigir tributos e regulará os deveres e direitos dos contribuintes.<sup>7</sup>

Assim, o sistema tributário congregará normas que tratam da competência tributária, das limitações constitucionais ao poder tributar

<sup>6</sup> NERI, Marcelo Cortes; VAZ, Fabiano Monteiro; SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. **Efeitos Macroeconômicos do Programa Bolsa Família: uma análise comparativa das transferências sociais.** In: Tereza Campello; Marcelo Côrtes Neri. (Org.). Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania. Brasília: Ipea, 2013 p. 35-36.

<sup>7</sup> COELHO, Sacha Calmon. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

e definirá regras do pacto federativo. Entretanto, tal visão limita a compreensão do fenômeno tributário como um todo, deixando como questões marginais importantes variações que estão diretamente relacionadas ao fenômeno tributário.

Em uma visão tradicional, é dever do jurista tão somente interpretar a norma tributária e extrair dela um sentido. Para Becker (2010), a regra jurídica contida na lei deve ser resultado de um complexo de ações que se processam no sistema jurídico que foi promulgado. Dessa forma, o Estado age com o objetivo de promover e desenvolver o bem comum, sendo as regras jurídicas instrumentos criados pelo Estado.<sup>8</sup>

Assim, a regra jurídica, por si mesma, não pode ser considerada justa ou injusta, mas, sim, válida ou inválida e, se válida, constituirá um instrumento para a realização de uma justiça ou injustiça que irá transcender a própria norma. A justiça dessa regra jurídica não irá aumentar sua validade, que é decorrente da natureza do órgão que a criou. Sua validade está condicionada à harmonia com a totalidade do sistema jurídico do qual passa a fazer parte.<sup>9</sup>

Todavia, acreditamos que o fenômeno tributário deve, necessariamente, ser associado à realidade existente em uma determinada comunidade política. Para se compreender a tributação há que se ter uma compreensão adequada acerca da organização da sociedade em termos econômicos, jurídicos, culturais, políticos e sociais. Deve ser observada a sua relação com outros fatores, tais como o produto interno bruto, a renda *per capita*, *os percentuais de concentração de riqueza, bem como o nível de inclusão e exclusão social*.

*Nesse sentido interpretar a norma tributária é ofertar a ela um sentido a partir de uma leitura inter e transdisciplinar, ou como acentua Paulo de Barros Carvalho: “(...) o sujeito do conhecimento não ‘extraí’ ou ‘descobre’ o sentido que se achava oculto no texto. Ele o*

<sup>8</sup> BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 5ª ed., p. 23, 2010.

<sup>9</sup> BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 5ª ed., p. 94-96, 2010.

‘constrói’ em função de sua ideologia e, principalmente dentro dos limites de seu ‘mundo’, vale dizer, do seu universo de linguagem.”<sup>10</sup>

Assim, para fazer frente à questão do uso limitado da expressão sistema tributário e da interpretação em uma perspectiva tradicional utilizamos a expressão matriz tributária<sup>11</sup> para compreender de forma mais profunda essa relação do fenômeno tributário e sua realidade econômica, política e social. Dessa forma entendemos por matriz tributária o resultado das escolhas feitas em um determinado momento histórico no campo da ação social no que diz respeito ao fenômeno tributário.

Logo, o conceito contempla não só o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações entre o contribuinte e o ente tributante; não só a escolha de uma e ou outra base de incidência (renda, consumo ou patrimônio) para ser a principal base no total da arrecadação; não só as questões dogmáticas referentes à obrigação tributária; não só as opções que se faz no plano político e econômico de atendimento de determinados direitos fundamentais; não só às espécies tributárias existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Desse modo, é notório que as falhas em nosso sistema tributário são enormes e derivam da falta de compreensão acerca desses aspectos substanciais inerentes ao fenômeno tributário. Para nós, portanto, a correta compreensão do conceito de matriz tributária e suas características possibilitará a construção de uma tributação mais eficiente e mais equitativa.

Dados do Observatório da Equidade demonstram que a matriz tributária brasileira é injusta por cinco motivos: i) o sistema tributário desrespeita o princípio da equidade, sendo altamente regressivo; ii) o retorno social é baixo em relação à carga tributária; iii) a estrutura tributária desincentiva a produção de bens e serviços, interferindo

<sup>10</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Breves considerações sobre a função descritiva da ciência do direito tributário**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-01/paulo-barros-breves-consideracoes-funcao-descritiva-ciencia-direito-tributario>. Acesso: 24 de março de 2015.

<sup>11</sup> Para um aprofundamento do termo Matriz Tributária, conferir o capítulo “Matriz Tributária Brasileira: Uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e a Tributação no Brasil”, de autoria de Valcir Gassen e “Formação histórica da Matriz Tributária Brasileira” de Cristiano Kincheski.

na geração de empregos e renda; iv) as competências tributárias são mal distribuídas entre os membros da federação; e v) inexistência cidadania tributária.<sup>12</sup>

É evidente a iniquidade da nossa atual matriz tributária, que onera o contribuinte com uma elevada carga tributária e não consegue transformar os altos tributos em adequados serviços públicos. Infelizmente, o que verificamos é que a carga tributária brasileira reflete uma realidade socialmente injusta. A tributação nacional onera os contribuintes com menor capacidade econômica transformando a nossa matriz tributária em um sistema altamente regressivo.

O Comunicado nº 22 da Presidência do IPEA, de 2009, ao fazer suas projeções para os anos de 2008/2009, assim expressou sua preocupação sobre o tema: “Não se deveria impor aos cidadãos de menor capacidade econômica o mesmo esforço tributário exigido dos cidadãos de maior capacidade econômica. Nesse sentido, o sistema tributário deve buscar a progressividade. (...)”<sup>13</sup>

Segundo estudos, em 2004, quem ganhava até dois salários mínimos gastava 48,8% de sua renda familiar no pagamento de tributos, já quem ganhava mais de 30 salários mínimos suportava uma carga tributária de 26,3% de sua renda.<sup>14</sup> Assim, fica claro que a carga tributária incidente sobre as famílias de baixa de renda é extremamente elevada, reduzindo significativamente seu poder de compra e aumentando assustadoramente a desigualdade social.

Relatório emitido pela Receita Federal do Brasil demonstra que 3,93% da arrecadação no Brasil deriva do patrimônio, 18,10% da renda e 51,28% sobre o consumo<sup>15</sup>. Assim, a arrecadação brasileira está basicamente concentrada no consumo, diferente do que ocorre em

<sup>12</sup> BRASIL. **Indicadores de equidade do sistema tributário nacional**. Brasília: PR, CDES/Observatório da Equidade, 2009b (Relatório de Observação, n. 1).

<sup>13</sup> IPEA. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Receita Pública. Quem paga e como se gasta no Brasil. Comunicado da Presidência n. 22, 30 jun.2009.

<sup>14</sup> Dados disponíveis em: <<http://www.cdes.gov.br/documento/2651756/indicadores-de-iniquidade-do-sistema-tributario-nacional-relatorio-de-observacao-n-2.html>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>15</sup> Dados disponíveis em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2013.pdf>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

países desenvolvidos, que concentram sua tributação na renda ou patrimônio. Salienta-se ainda que, em regra, os outros 26,69%, usualmente atribuídos à previdência social, o encargo econômico é transferido para a base de incidência sobre o consumo, totalizando assim em mais de 70% da arrecadação advinda desta base de incidência.

Infelizmente, as reformas tributárias no Brasil têm acentuado uma grande anomalia: o aumento da tributação sobre o consumo em detrimento da tributação da renda, agravando o quadro da desigualdade ou, no mínimo, colaborando para sua perpetuação.<sup>16</sup>

Essa dita desigualdade nasce de uma matriz tributária altamente regressiva em que pessoas com menor renda suportam a maior parte dos tributos arrecadados pelo ente tributante. Renomados institutos de pesquisa demonstram que essa desigualdade aumenta dada a incidência de tributos sobre o consumo de bens e serviços. Como as pessoas com renda menos favorecidas consomem toda a renda recebida e compram, basicamente, gêneros de primeira necessidade, a forte tributação sobre o consumo presente na nossa matriz tributária é sentida de forma direta pelas classes de renda mais baixa.<sup>17</sup>

Em linhas gerais, a tributação sobre o consumo de bens e serviços não leva em consideração a capacidade contributiva do indivíduo, sendo responsável por levar maior parte do ônus tributário para classes menos favorecidas. Lamentavelmente, a nossa atual matriz tributária acentua a desigualdade social e a má distribuição de renda.

Segundo pesquisas realizadas pela Organização das Nações Unidas – ONU – por intermédio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD –, o Brasil ocupa a 13ª posição em desigualdade social.<sup>18</sup> Logo, políticas públicas que possam implementar programas

<sup>16</sup> GONDIM, Fátima; LETTIERI, Marcelo. **Tributação e Desigualdade: A política tributária deve se tornar um instrumento de combate à pobreza e de redução das desigualdades**. In: Silvio Caccia Bava (Org.). *Piketty Para os Ricos*, 2014. p. 67.

<sup>17</sup> GONDIM, Fátima; LETTIERI, Marcelo. **Tributação e Desigualdade: A política tributária deve se tornar um instrumento de combate à pobreza e de redução das desigualdades**. In: Silvio Caccia Bava (Org.). *Piketty Para os Ricos*, 2014. p. 66.

<sup>18</sup> United Nations Development Programme, **Human Development Report 2014**. Table 6: “Multidimensional Poverty Index”. Disponível em: <<http://www.undp>>.



sociais que, conectados aos objetivos da Constituição, potencializem os direitos fundamentais sociais, principalmente os direitos sociais, devem ser maximizados com o escopo de proporcionar a realização de uma cidadania plena e a respectiva redução das desigualdades sociais. Assim, medidas que visem redução da miséria e da desigualdade social devem ser prioritárias em nossa agenda. Entretanto, tais medidas só serão alcançadas com uma profunda mudança na estruturação da atual matriz tributária brasileira, especialmente na questão da alta regressividade da nossa tributação, tanto no que pertine à arrecadação quanto no que diz respeito com as políticas de distribuição de renda.

Hoje, o nosso maior desafio é reorientar os recursos para financiar as políticas sociais destinadas a gerar uma economia inclusiva. Em 2004, procurando minimizar a pobreza e reduzir a desigualdade social, o Governo Federal criou um programa denominado “Bolsa Família”, o maior programa de transferência de renda condicionada do mundo em número de famílias atendidas. Tema que será abordado em seguida.

### 3. A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O BOLSA FAMÍLIA

A questão da desigualdade tem ganhado especial relevo político nos últimos tempos, levando a concentração de esforços políticos para reduzir as diferenças sociais e econômicas. Atualmente os movimentos sociais que buscam concretização de direitos fundamentais conseguem focalizar a atenção em falhas específicas da sociedade, proporcionando uma maior conotação política às demandas relevantes.<sup>19</sup>

Logo, a eliminação mundial da pobreza e de outras carências sociais passou a ocupar lugar de destaque na agenda política global com reflexo direto nas reformas implementadas pelos Estados.<sup>20</sup>

Preocupados com essa tendência, a nossa Constituição de 1988 estabeleceu que a justiça social é um compromisso do Estado, que

---

org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-English.pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>19</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 384-386.

<sup>20</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 414-416.

deve construir uma sociedade pautada na igualdade e na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). A erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais sem qualquer discriminação (artigo 3º, I, II e III) constituem objetivos fundamentais do Estado.

Outrossim, fixa que o combate às causas e fatores da pobreza e marginalização é dever de todos os entes da Federação (artigo 23, X). Ainda, o artigo 170 estabelece que a ordem econômica deve atender às finalidades de promoção da justiça social, e a redução das desigualdades sociais.

O Governo Federal é o possuidor de meios de transferência de renda para alcançar os preceitos determinados na nossa Carta Política. Assim, o Estado tem a obrigação de realizar a justiça social e tal dever tem influência direta no Direito Tributário e no Direito Financeiro.

Para conseguir realizar tal justiça é necessário um sistema tributário justo e que seja o mais progressivo possível, onerando pessoas com maior concentração de riqueza e focando os gastos públicos (políticas públicas) com cidadãos de menor capacidade contributiva.

A obrigação de realizar a justiça social no campo da tributação é exteriorizada pelos preceitos constitucionais da igualdade (artigo 5, *caput*), da igualdade em matéria tributária (artigo 150, III) e de tributos que respeitem a capacidade econômica (artigo 145, § 1º).

Em linhas gerais, a ordem constitucional vigente enumera um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, os quais, complementados pelos direitos de ordem econômica, desenham um Estado Solidário de Justiça Social que deve promover o desenvolvimento, reduzir as desigualdades sociais e erradicar a pobreza.<sup>21</sup>

Estudos indicam uma sensível queda na desigualdade no Brasil, que apesar da melhora significativa no coeficiente Gini<sup>22</sup> de 0,601 para

<sup>21</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O Estado Democrático de Direito Pós-Providência brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração pública mais democrática. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, v.98, p. 119, 2009.

<sup>22</sup> O Índice de Gini, criado pelo matemático italiano Conrado Gini, é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos.

0,543 no período de 1995 a 2009 (IBGE 2010), a nossa concentração de renda está entre as 15 piores do mundo.<sup>23</sup>

Assim, para reduzir as desigualdades é fundamental que o Estado encampe os conceitos da justiça distributiva, que implicará no dever de distribuir riqueza entre os membros da sociedade com o fito de suprir necessidades essenciais do indivíduo. Em sua origem aristotélica, a justiça distributiva garantia que pessoas iguais e merecedoras fossem agraciadas segundo o seu mérito. Assim, a situação política e o mérito eram pressupostos da teoria aristotélica da justiça distributiva.<sup>24</sup>

Atualmente, estudiosos avaliam a justiça distributiva independente do mérito e a construção do novo conceito de justiça distributiva deve passar pelas seguintes premissas:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem.
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem.
3. O fato de cada indivíduo merecer isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares.

---

Numericamente, varia de zero a um (alguns apresentam de zero a cem). O valor zero representa a situação de igualdade, ou seja, todos têm a mesma renda. O valor um (ou cem) está no extremo oposto, isto é, uma só pessoa detém toda a riqueza. Na prática, o Índice de Gini costuma comparar os 20% mais pobres com os 20% mais ricos. No Relatório de Desenvolvimento Humano 2004, elaborado pelo Pnud, o Brasil aparece com Índice de 0,591, quase no final da lista de 127 países. Apenas sete nações apresentam maior concentração de renda. Disponível: <[http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2048:catid=28&Itemid=23](http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2048:catid=28&Itemid=23)> Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>23</sup> Levando em consideração o índice Gini. Disponível em: <<https://data.undp.org/dataset/Table-3-Inequality-adjusted-Human-Development-Inde/n8fa-gx39>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>24</sup> FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 2-7.

4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar.
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.<sup>25</sup>

Assim, os cuidados com os menos favorecidos deveriam ser assumidos pelo Estado, afirmando o valor igual de todo ser humano e definindo premissas que seriam essenciais para a construção de uma teoria da justiça distributiva posterior: (i) todo ser humano é um ser racional e valioso, independente de uma avaliação preliminar de mérito; (ii) como ser racional, tem o dever de desenvolver e aprimorar suas potencialidades; (iii) o ser humano deve ser visto como um fim em si mesmo, deste modo a beneficência deve ser evitada e deve ser vista de forma respeitosa e não como favor para atender a necessidades.<sup>26</sup>

Entretanto, defensores inflexíveis da propriedade privada sempre se posicionaram contra qualquer ajuda estatal aos pobres, que apresentariam falhas morais sendo um erro tentar conservá-los vivos. Para estes, o direito de propriedade seria um direito natural e inerente ao homem, sendo a tributação uma verdadeira intromissão estatal. Herbert Spencer defendia que os pobres eram pessoas inadaptadas e que não podem ser ajudadas, sendo um erro do governo qualquer tentativa de resolver o problema da pobreza.<sup>27</sup>

Nozick sustentou que a tributação sobre a renda, especialmente aquela destinada para o financiamento estatal ou para fins de justiça

<sup>25</sup> FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

<sup>26</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio: (Relações, efeito e regressividade)**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 16, n. 108, p. 5, 2014.

<sup>27</sup> FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, p. 80-90, 2006.

distributiva, deve ser vistas como ilegítimas e considerada uma apropriação indevida dos bens matérias e da própria liberdade do sujeito passivo da relação jurídica tributária.<sup>28</sup> Entretanto, para Misabel Derzi:

Esse tipo de discurso neoliberal parece enquadrar o direito de propriedade sob uma espécie de manto metafísico, imunizando-o contra qualquer ingerência legislativa e tornando ilegítimas quaisquer políticas de distribuição de rendas pelo Estado. Há uma clara confusão entre propriedade e liberdade, com se qualquer interferência na propriedade e qualquer política de redistribuição de renda ou justiça distributiva fossem análogas à escravidão, sendo vítimas justamente os cidadãos mais ricos e algozes os cidadãos mais pobres, que se beneficiam injustamente da liberdade expropriada dos primeiros.<sup>29</sup>

Todavia, uma noção mais expansionista da justiça distributiva tomou corpo e nenhuma nação civilizada suportou conviver com os alarmantes níveis de desigualdade e miséria. Assim, alardearam a necessidade do intervencionismo estatal, por meio do caráter redistributivo dos tributos, para viabilizar os inúmeros problemas sociais causados pelo capitalismo desenfreado.<sup>30</sup>

Nesse diapasão, identificou-se uma nova maneira de se avaliar a justiça tributária levando em consideração o que se deve tributar e as obrigações de cada indivíduo com os seus semelhantes, com vistas a minimizar as desigualdades sociais e econômicas oriundas do capitalismo.

Agora a propriedade passa a ser uma convenção jurídica não se admitindo a ideia que é algo que fora entregue ao cidadão e, posteriormente, parte dela é retirada pelo Estado por meio da tributação. Logo, os direitos de propriedade são aqueles direitos que as pessoas têm sobre aquilo que lhes resta após a tributação, e não antes.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. Oxford: Blackwell, 1974, p. 170-172.

<sup>29</sup> DERZI, M. A. M. **Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio: (Relações, efeito e regressividade)**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 16, n. 108, p. 54, 2014.

<sup>30</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio: (Relações, efeito e regressividade)**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 16, n. 108, p. 54, 2014

<sup>31</sup> MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade: Os impostos e a justiça**. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, p. 240, 2005.

Assim, a propriedade privada deve ser entendida como uma criação jurídica cuja titularidade está condicionada à observação de regras do direito positivo. Com explicam Murphy e Nagel:<sup>32</sup>

A propriedade privada é uma convenção jurídica, definida em parte pelo sistema tributário; portanto, o sistema tributário não pode ser avaliado ao se olhar para o seu impacto sobre a propriedade privada, concebida como algo que possui existência e validade independente.<sup>33</sup>

Vale destacar que a moderna economia, na qual ganhamos o nosso rendimento, compramos nossa casa própria e fazemos poupanças para fins de acúmulo de bens, seria inviável sem a estrutura fornecida pelo Estado, que é financiado pelos tributos. Logo, os tributos devem ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos da propriedade que eles ajudam a criar e não apenas levando em consideração a distribuição da carga tributária avaliada em relação a uma base pré-tributária.<sup>34</sup> Assim, um justo sistema é aquele que as instituições dão, além do resultado financeiro, um resultado social eficiente.

<sup>32</sup> Convém destacar as palavras de Misabel Derzi sobre o direito de propriedade: “Essa dependência que o conteúdo do direito de propriedade detém em relação ao legislador não é, todavia, isenta de limites, na medida em que o processo de concretização legislativa do direito de propriedade é realizado segundo uma principiologia constitucional que define tanto os parâmetros para determinação da função social da propriedade, como também uma série de princípios decorrentes das ideias fundamentais de liberdade e igualdade contidos no texto da Constituição. Seriam inconstitucionais as normas legais ou judiciais que, de forma direta ou indireta, expropriassem ou confiscassem a propriedade. A Constituição da República, mesmo nas hipóteses de desapropriação por interesse público ou proteção da fundação social, garante a justa indenização. O direito à herança e a vedação do confisco no direito tributário são limites, mas entre a prática da justiça distributiva e o confisco há espaço considerável para a quantificação da incidência tributária, norteadas a sua densificação pela razoabilidade e proporcionalidade.” (DERZI, M. A. M. **Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio: (Relações, efeito e regressividade)**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 16, n. 108, p. 54-56, 2014).

<sup>33</sup> MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade: Os impostos e a justiça**. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, p. 8, 2005.

<sup>34</sup> MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade: Os impostos e a justiça**. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, p. 11, 2005.

Visando atender o preceito constitucional e realizar justiça social, o Bolsa Família foi instituído pela Lei nº 10.836/2004, e regulamentado pelo Decreto nº 5.209/2004. Esse programa, em sua criação, passou a integrar diversos outros programas de transferência de renda e assistência do Governo Federal, o Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação (Bolsa Escola), o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA), o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde (Bolsa Alimentação, o Programa Auxílio-Gás e o Cadastro Único do Governo Federal). Em 2 de junho de 2011, o Governo Federal lançou o Plano Brasil Sem Miséria (BSM) com o objetivo de superar a extrema pobreza até o final de 2014, o qual passou a integrar o Bolsa Família.

O Bolsa Família se organiza em três eixos: um de garantia de renda, para alívio imediato da situação de extrema pobreza; outro de acesso a serviços públicos, para melhorar as condições de educação, saúde e cidadania das famílias; e um terceiro de inclusão produtiva, para aumentar as capacidades e as oportunidades de trabalho e geração de renda entre as famílias mais pobres do campo e das cidades.

Em março de 2013, os últimos brasileiros do Programa Bolsa Família que ainda viviam na miséria transpuseram a linha da extrema pobreza. Com eles, 22 milhões de pessoas superaram tal condição desde o lançamento do Plano.

O Bolsa Família surgiu com a finalidade de ser um programa de transferência direta de dinheiro para famílias categorizadas na pobreza e extrema pobreza. O critério utilizado para qualificar a pobreza e a extrema pobreza são critérios tomados pelo Banco Mundial, que é renda familiar per capita de menos de R\$77,00 (setenta e sete reais) para extrema pobreza e entre R\$77,00 (setenta e sete reais) e R\$154,00 (cento e cinquenta e quatro reais) para pobreza (estes valores são atualizados pelo Poder Executivo).<sup>35</sup>

Famílias são cadastradas por intermédio do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, instrumento que identifica as

<sup>35</sup> BRASIL. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 de janeiro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm)>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

famílias de baixa renda (família que tenha uma renda mensal de até meio salário mínimo *per capita* ou renda familiar bruta de até três salários mínimos) que deverão ser beneficiárias de programas, a serem identificadas pelo Governo Federal a fim de que recebam benefícios. Esse Cadastro é também utilizado por mais de 15 programas sociais do Governo Federal, como o Minha Casa, Minha Vida e a Tarifa Social de Energia Elétrica.

A integração dos diversos programas do Governo Federal pode ser observada por meio das condicionalidades requeridas no programa bolsa família. As condicionalidades são os fatores que dão efetividade ao programa. Além de contribuição pecuniária para aliviar o sofrimento das famílias, requer-se dos beneficiários o cumprimento de condicionalidades<sup>36</sup> para a continuação do recebimento da contribuição. Então são compromissos assumidos pelas famílias beneficiárias. Além de que as condicionalidades responsabilizam o Poder Público pela oferta dos serviços públicos de saúde, educação e assistência social.<sup>37</sup>

O programa bolsa família foi responsável 20% de redução das desigualdades de renda no Brasil. Ademais, colaborou diretamente para redução da desigualdade entre as regiões do país, impulsionando, ainda, a diminuição da taxa de extrema pobreza, que em 2001 era de

<sup>36</sup> As famílias que não cumprirem as condicionalidades podem ter o benefício do Bolsa Família bloqueado, suspenso ou até mesmo cancelado. O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) faz o acompanhamento das condicionalidades do Bolsa Família de forma articulada com os Ministérios da Educação e da Saúde. Os objetivos do acompanhamento das condicionalidades são: monitorar o cumprimento dos compromissos pelas famílias beneficiárias, como determina a legislação do programa; responsabilizar o poder público pela garantia de acesso aos serviços e pela busca ativa das famílias mais vulneráveis; identificar, nos casos de não cumprimento, as famílias em situação de maior vulnerabilidade e orientar ações do poder público para o acompanhamento dessas famílias.

<sup>37</sup> Na área de saúde, as famílias beneficiárias assumem o compromisso de acompanhar o cartão de vacinação e o crescimento e desenvolvimento das crianças menores de 7 anos. As mulheres na faixa de 14 a 44 anos também devem fazer o acompanhamento e, se gestantes ou nutrizes (lactantes), devem realizar o pré-natal e o acompanhamento da sua saúde e do bebê. Na educação, todas as crianças e adolescentes entre 6 e 15 anos devem estar devidamente matriculados e com frequência escolar mensal mínima de 75% da carga horária. Já os estudantes entre 16 e 17 anos devem ter frequência de, no mínimo, 75%.



8% e em 2014 passou para 3,5% da população brasileira. Estudos do IPEA demonstram que o programa bolsa família abrange cerca de 13,8 milhões de família e conseguiu reduzir a pobreza crônica de 14% para 3% da população brasileira, reduzindo drasticamente a desigualdade social e aumentando as condições de consumo da população que antes não possuía.<sup>38</sup>

Os beneficiários do Bolsa Família sempre contribuíram para o crescimento do País, pois, ao comprar qualquer produto, eles pagam os impostos cobrados de todos nós de forma indireta, ou seja, compõem o valor final do produto, como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Serviços (ISS) e colaboram diretamente para o crescimento do país, movimentando a economia com o consumo de produtos de primeira necessidade. Um dos temas em aberto diz respeito justamente a alta regressividade da nossa matriz tributária e o seu impacto aos beneficiários do programa bolsa família, tema que será tratado no tópico seguinte.

#### 4. A INIQUIDADE DO BOLSA FAMÍLIA

Como já afirmado anteriormente, o bolsa família é o maior programa de transferência de renda do mundo.<sup>39</sup> O valor médio do benefício é de R\$154,00 (cento e cinquenta e quatro reais) mensais e é pago por família – preferencialmente à mulher – alcançando aquelas

<sup>38</sup> Pesquisa de avaliação de impactos do Bolsa Família mostram que as crianças beneficiadas pelo programa têm uma progressão escolar de seis pontos percentuais maior na comparação com aquelas crianças que não participam do programa e pertencem ao mesmo perfil socioeconômico. Os impactos também foram positivos na atenção básica à saúde, aponta o estudo, constatando que as mães beneficiadas pelo programa bolsa família realizam, em média, um maior número de exames pré-natal e amamentam mais seus filhos, reduzindo a subnutrição infantil. Assim, é notório que o Bolsa Família permite o acesso a direitos a classes da população que antes vivam marginalizadas. Ainda seja necessário um longo e democrático debate sobre o tema, para que se possa buscar, sem preconceitos, alternativas de aperfeiçoamento do programa. Informações disponíveis em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20391](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20391)>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>39</sup> Tal dado leva em consideração dados do MDS e toma por base o número de famílias contempladas.

famílias que possuem renda média por indivíduo inferior a R\$77,00 (setenta e sete reais) mensais.<sup>40</sup>

Infelizmente existe total desvinculação do programa bolsa família em relação à carga tributária suportada pelas famílias que são beneficiadas. O programa é totalmente classificado como benefício assistencial e fundamenta-se no dever que Kant e outros defendiam que o Estado tem de combater a pobreza extrema.<sup>41</sup>

O comunicado da presidência do IPEA, datado de junho de 2009, analisou o destino da carga tributária e destacou os principais programas e ações governamentais. O estudo destacou o que foi recolhido e o que foi destinado aos programas do governo federal, inclusive o Bolsa Família. Segundo o IPEA, o montante destinado ao pagamento de juros da dívida pública recebeu, em 2008, somente do governo federal, 3,8% do PIB, enquanto o programa Bolsa Família custou ao Governo Federal apenas 0,4% do PIB: dez vezes menos.<sup>42</sup>

Entretanto, no Brasil a estrutura tributária é fortemente baseada em impostos indiretos, que, por definição, são regressivos, ou seja, quem ganha menos suporta um maior ônus fiscal. Por isso, é preciso ter clareza de que toda a sociedade brasileira financia o Bolsa Família, inclusive os segmentos diretamente beneficiados pelo programa.

Assim, a questão fundamental é saber qual deve ser o ônus individual de cada contribuinte. Para tanto, o Estado deve pautar sua matriz tributária na equidade, ou seja, o ônus fiscal deve ser distribuído de maneira progressiva: aqueles que possuem uma maior renda devem proporcionalmente suportar um maior ônus fiscal. Logo, se respeitada a equidade na matriz tributária, o sistema de arrecadação conseguirá

<sup>40</sup> Dados disponíveis em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/beneficios>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>41</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio: (Relações, efeito e regressividade)**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 16, n. 108, p. 11, 2014.

<sup>42</sup> GONDIM, Fátima; LETTIERI, Marcelo. **Tributação e Desigualdade: A política tributária deve se tornar um instrumento de combate à pobreza e de redução das desigualdades**. In: Silvio Caccia Bava (Org.). *Piketty Para os Ricos*, p. 69, 2014.

fornecer ao Estado recursos suficientes para execução de políticas públicas e redistribuição de renda.<sup>43</sup>

Ao contrário de países que financiam o seu Estado de bem-estar<sup>44</sup> com os recursos fiscais oriundos de impostos diretos, o Brasil continua com a arrecadação centrada em tributos indiretos, significando que os pobres, proporcionalmente, pagam mais tributos que os contribuintes de alta renda. Já os contribuintes ricos, pagam cada vez menos impostos no Brasil.

Dados do IPEA demonstram que o peso da tributação indireta (aquela que incide sobre o consumo) é muito maior que a tributação direta (aquela que incide sobre renda e patrimônio).<sup>45</sup> Pesquisas demonstram que a arrecadação tributária no Brasil é basicamente concentrada no consumo. Dados da Receita Federal do Brasil (2014), em 2013 a carga tributária brasileira foi de 35,95% do Produto Interno Bruto (PIB). A maior parte dos tributos arrecadados fora oriunda da tributação incidente sobre o consumo de bens e serviços, 18,43% do PIB<sup>46</sup>.

A regressividade pode ser confirmada quando se evidencia que enquanto os 10% mais pobres da população comprometiam, em 2002/2003, cerca de 32,8% de seus rendimentos com a tributação, os 10% mais ricos comprometiam cerca de 22,7%.<sup>47</sup> Tal dado só evidencia a alta regressividade da nossa matriz tributária, que tem como base a tributação sobre o consumo.

<sup>43</sup> Relatório de iniquidades, p. 23. Disponível em: <<http://www.cdes.gov.br/documento/2651756/indicadores-de-iniquidade-do-sistema-tributario-nacional-relatorio-de-observacao-n-2.html>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>44</sup> A construção do Estado de Bem-Estar Social nos países desenvolvidos privilegiou a redistribuição da renda gerada por meio do orçamento, com tributação sobre os mais ricos e transferências dos recursos dos fundos públicos para os mais pobres. – (SALVADOR, 2009)

<sup>45</sup> POCHMANN, M. **Desigualdade e Justiça Tributária**. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08\\_05\\_15\\_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08_05_15_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf)> Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>46</sup> Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2013.pdf>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>47</sup> SILVEIRA, F.G. (2008) **Tributação, Previdência e Assistência Sociais: Impactos Distributivos**. XII Prêmio Tesouro Nacional - 2008 (Monografia premiada com o 1º lugar no Tema Qualidade do Gasto Público). STN: Brasília, 2008.

Em países desenvolvidos, no segundo pós-guerra, foram feitas diversas reformas, dentre elas a tributária, social e trabalhista. Na reforma tributária os contribuintes com o maior poder aquisitivo passaram a suportar um maior ônus fiscal, privilegiando o mecanismo da progressividade sobre o patrimônio e renda. Foi desenvolvido uma nova estrutura de redistribuição de renda e os mais ricos foram tributados sobre a renda e o patrimônio (em especial sobre a herança), o que possibilitou a criação de fundos públicos para financiar a transferência de renda para os menos favorecidos, combatendo diretamente a pobreza e a desigualdade.<sup>48</sup>

A criação de uma estrutura redistributiva via fundo público financiado pelos impostos progressivos e diretos sobre a renda e o patrimônio foi um fator decisivo para a consolidação do Estado social nos países do capitalismo central. Em que pese a bem sucedida experiência europeia nas transferências de renda, o que se verificou no Brasil foi uma tributação calcada na alta regressividade, que onera justamente os beneficiários dos programas sociais.<sup>49</sup>

Nos últimos doze anos tivemos um expressivo crescimento da carga tributária e recordes de arrecadação. Entretanto, continuamos com uma elevada taxa de desemprego<sup>50</sup> e queda de renda dos trabalhadores, o que reforça a nossa injusta tributação.<sup>51</sup> Na verdade, as

<sup>48</sup> SALVADOR, Evilasio. **A elite deve pagar a conta. Diplomatic, jan. de 2009. Disponível em:** <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=422>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>49</sup> SALVADOR, Evilasio. **A injustiça fiscal no financiamento das políticas sociais.** In: Antonio David Cattani; Marcelo Ramos Oliveira. (Org.). *A sociedade justa e seus inimigos.* 1ª ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, p. 89, 2012.

<sup>50</sup> A taxa de desemprego, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad Contínua) subiu significativamente e fechou o segundo trimestre do ano de 2015 em 8,3%, sendo o maior número desde que o IBGE começou a fazer essa análise, em 2012. O número representa um aumento tanto em relação aos primeiros três meses do ano (7,9%), quanto na comparação com o segundo trimestre do ano passado (6,8%). Essa taxa de desemprego significa 8,4 milhões de trabalhadores sem emprego, 5,3% maior do que o do primeiro trimestre do ano e 23,5% superior do que há um ano. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/default.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/default.shtm). Acesso em 17/10/2015, às 12h55.

<sup>51</sup> SALVADOR, Evilasio. **A elite deve pagar a conta. Diplomatic, jan. de 2009. Disponível em:** <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=422>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

distorções na matriz tributária brasileira são oriundas do extremo des-caso com que o legislador ordinário trata a nossa tributação. A justiça fiscal não é obedecida pelo legislador, que insiste em onerar os mais pobres ao ampliar a tributação de impostos essencialmente indiretos.

Em janeiro de 2015, o Governo Federal anunciou quatro medidas fiscais visando ao equilíbrio das contas do Estado. As quatro medidas envolvem o aumento dos seguintes tributos: (i) IOF incidente sobre operações de crédito ao consumidor de 1,5% para 3%; (ii) PIS/Cofins importação de 9,25% para 11,75%; (iii) Pis/Cofins e CIDE sobre os combustíveis de R\$0,22 para gasolina e R\$0,15 para o diesel; (iv) os atacadistas de cosméticos passarão a pagar IPI igual aos industriais.

Alguns setores já anunciaram que o aumento dos tributos será repassado ao consumidor, o que é óbvio. Tais medidas demonstram a iniquidade da nossa matriz tributária, que, mais uma vez, punirá os menos favorecidos com o aumento de tributos incidentes sobre o consumo.

Comparando o Brasil com os países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2010 os tributos incidentes sobre o consumo representavam 43,6% da carga tributária brasileira, muito superior do que os 33,1% (na média) da carga tributária encontrada nos países da OCDE. Já os tributos sobre a renda no Brasil significaram 21,9% da carga tributária, entre os países da OCDE sua importância é de 33,2% da carga. Por derradeiro, no Brasil a tributação sobre o patrimônio é de 5,7% da carga enquanto nos países da OCDE é de 5,4% da carga.<sup>52</sup>

Entretanto, em que pese a alta regressividade tributária, estudos<sup>53</sup> têm evidenciado que as políticas de transferência de renda, em especial o Bolsa Família, tem cumprido o seu papel de reduzir a pobreza e a desigualdade no país. Todavia, não podemos fechar os olhos para

<sup>52</sup> OCDE, 2010. **Estatísticas sobre Receita na América Latina**. Disponível em: <[http://www.oecd.org/ctp/tax-global/BRAZIL\\_PT\\_country%20note\\_final.pdf](http://www.oecd.org/ctp/tax-global/BRAZIL_PT_country%20note_final.pdf)> Acesso em 19 de janeiro de 2015.

<sup>53</sup> SILVEIRA, F.G. (2008) **Tributação, Previdência e Assistência Sociais: Impactos Distributivos**. XII Prêmio Tesouro Nacional - 2008 (Monografia premiada com o 1º lugar no Tema Qualidade do Gasto Público). STN: Brasília, 2008.

a questão da alta regressividade tributária em nosso país. Logo, a excessiva carga tributária sobre o consumo e a carga proporcionalmente menor sobre a renda e patrimônio revelam um baixo nível de solidariedade fiscal. Assim, verificamos no Brasil um sistema tributário com um enorme limitador à capacidade das políticas sociais em transformar a realidade brasileira.<sup>54</sup>

Quando os programas sociais alimentam-se de recursos de uma matriz tributária regressiva, instalamos um círculo vicioso. Como nossa matriz tributária tem sua concentração de arrecadação em tributos sobre o consumo, o favorecido do bolsa família ao receber o seu benefício e adquirir gêneros de primeira necessidade, está se “autofinanciando”,<sup>55</sup> gerando uma total iniquidade do programa Bolsa Família.

Infelizmente, a excessiva carga de tributos indiretos, além de regressiva e muito prejudicial à distribuição de renda, acarreta problemas no campo do controle social e da legitimidade. A ausência de transparência na cobrança de tributos indiretos, embutidos e disfarçados no preço final dos bens e serviços e com a técnica do cálculo por dentro,<sup>56</sup> faz que os cidadãos mais pobres não tenham noção mínima que são os financiadores das políticas pública, o que impede o exercício ativo da cidadania no sentido de defender seus direitos e de se

<sup>54</sup> INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. **Perspectiva da política social no Brasil**. Brasília: IPEA, p. 93, 2010. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6487](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6487)>. Acesso em 13 de janeiro de 2015.

<sup>55</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio: (Relações, efeito e regressividade)**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 16, n. 108, p. 11, 2014.

<sup>56</sup> A técnica do cálculo por dentro do ICMS, principal tributo sobre o consumo, faz com que uma alíquota nominal de 25%, por exemplo, resulte em uma alíquota real de 33,33%. A questão já foi objeto de discussão pela constitucionalidade ou não no STF. Para melhor conhecimento da matéria vide: GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. A inconstitucionalidade do cálculo por dentro do ICMS: Reescrevendo a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: Antônio Carlos Diniz Murta; Demetrius Nichele Macei; Raymundo Juliano Rego Feitosa. (Org.). **Direito Tributário: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, v. , p. 267-296.

fazerem representar nos conselhos e nas conferências públicas que discutam políticas públicas de transferência de renda<sup>57</sup>.

Até então, nenhuma fundamentação oficial cuidou de justificar a devolução de tributos injustamente arrecadados daqueles que recebem o auxílio do programa bolsa família. Ou seja, o Estado concede o benefício e retira boa parte dele com a alta tributação sobre os bens de consumo. Nem mesmo os próprios beneficiados do bolsa família conseguem ter consciência que, ao receberem o seu benefício e gastá-lo em suas compras, devolvem mais da metade daquilo que receberam ao Estado. Para Misabel Derzi:

(...) o silêncio é total. Instala-se, assim, um círculo vicioso e não é de se estranhar que, apesar dos gastos elevados com assistência social, a miséria no Brasil persista e resista (...) a pobreza extrema demanda efetivos programas assistenciais como o ‘bolsa família’, o qual é devolvido em grande parte ao Estado por meio das despesas feitas pelas famílias carentes.<sup>58</sup>

Assim, temos uma total incoerência do programa bolsa família, que apesar de ser um excelente programa de distribuição direta de renda, está criando um círculo vicioso e recuperando boa parte dos valores que são repassados aos beneficiários, o que fere de forma contundente a eficiência da matriz tributária.

Infelizmente, o próprio beneficiário do programa não percebe o alto ônus tributário a que está submetido. Como os tributos indiretos são menos visíveis que as incidências sobre renda ou patrimônio, é difundido na sociedade brasileira que a população de baixa renda não paga impostos. Consequentemente, políticas públicas tendentes a reduzir as desigualdades sociais e a miséria são vistas como benesses tanto pelos mais carentes quanto pela parcela com maior renda, que ainda se sentem injustiçados em “banicar” tais benesses.

Em verdade, verificamos a iniquidade do programa bolsa família, uma vez que os próprios beneficiários não possuem a leve compreensão

<sup>57</sup> INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. **Perspectiva da política social no Brasil**. Brasília: IPEA, p. 93, 2010. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6487](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6487); Acesso em 13 de janeiro de 2015.

<sup>58</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio: (Relações, efeito e regressividade)**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 16, n. 108, p. 12, 2014.

de que são responsáveis por boa parte do financiamento do programa social. Vale destacar que o programa bolsa família não deve ser encarado como um favor estatal, mas como um dever constitucional do Estado de erradicar a pobreza.

O relatório das perspectivas da política social no Brasil, realizado pelo IPEA, destaca bem a situação:

(...) as camadas mais pobres financiam seus próprios programas sociais. Essa condição constitui um limitador à capacidade das políticas sociais em alterar a realidade socioeconômica do país. Ainda que as políticas sociais protejam ‘os cidadãos mais vulneráveis, seus efeitos redistributivos serão parcialmente comprometidos pelo fato de que os beneficiários das políticas sociais são, em certa medida, também seus principais financiadores.<sup>59</sup>

Não obstante, são inegáveis as consequências positivas e as mudanças significativas na vida dos beneficiários do “bolsa família”. O dinheiro recebido por estas famílias aumenta a autonomia individual e diminui estereótipos e preconceitos que a ditadura da miséria sempre impôs aos menos favorecidos.

## 5. CONCLUSÃO

Atualmente o Brasil tem superado metas de arrecadação e possui recolhimentos equivalentes a países desenvolvidos. Esse enorme potencial de tributação deve ser utilizado para promoção da justiça social por intermédio da melhora do gasto público. Entretanto, desrespeitando preceitos constitucionais e objetivos fundamentais da República, o Brasil promove uma verdadeira injustiça social em razão de sua regressiva matriz tributária que concentra sua arrecadação na tributação sobre o consumo.

É de reconhecimento notório das comunidades interna e externa que, a partir de 2000, os êxitos dos programas brasileiros de combate à fome, a miséria e à desigualdade resultaram em uma maior inclusão

<sup>59</sup> INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. Perspectiva da política social no Brasil. Brasília: IPEA, p. 93, 2010. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6487](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6487)>. Acesso em: 13 de janeiro de 2015.



social.<sup>60</sup> Apesar das positivas consequências do “bolsa família”, é necessária uma atuação sensível do legislador com o objetivo de reduzir a “injustiça tributária” causada ao seu beneficiário.

A matriz tributária brasileira, em total incoerência com os objetivos constitucionais delineados em nossa Carta Política e Jurídica, é altamente regressiva, o que significa que mais da metade do dinheiro recebido pelos beneficiários do “bolsa família” retorna ao Estado por meio de pagamento de tributos incidentes sobre o consumo.

Além de precisar rever a distribuição proporcional dos tributos entre os distintos setores sociais, a reforma tributária precisa também garantir a progressividade dos tributos para reduzir a concentração de renda. O nosso país carece de progressividade: taxar com alíquotas maiores e crescentes as rendas maiores.

A construção de uma tributação mais justa no país passa pelo resgate e reafirmação de diversos princípios tributários já existentes na Constituição brasileira, mas que nos últimos anos não vêm sendo observados. Infelizmente, a nossa matriz tributária é inimiga da justiça social, uma vez que tem sido um importante aliada da concentração de renda, agravando sensivelmente o ônus fiscal das classes menos favorecidas e aliviando o das classes mais abastadas.<sup>61</sup> Portanto, as políticas sociais que buscam minimizar os efeitos da desigualdade social acabam sendo limitadas pelas fontes tributárias regressivas que alimentam tais políticas.<sup>62</sup>

A política tributária deve ser, antes de tudo, um instrumento de distribuição de renda e indutora do desenvolvimento econômico e social do país. Deve ser buscada a construção de uma matriz tributária que assegure a sustentação de um Estado que priorize as políticas

<sup>60</sup> GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Alternativas Brasileiras: Maior ou menor influência do dinheiro na política? Prioridade no controle da inflação ou no crescimento? Programas para toda a população?** In: Silvio Caccia Bava (Org.). *Piketty Para os Ricos*, p. 135, 2014.

<sup>61</sup> SALVADOR, Evilasio. **A injustiça fiscal no financiamento das políticas sociais.** In: Antonio David Cattani; Marcelo Ramos Oliveira. (Org.). *A sociedade justa e seus inimigos*. 1ª ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2012. p. 93.

<sup>62</sup> SALVADOR, Evilasio. **A injustiça fiscal no financiamento das políticas sociais.** In: Antonio David Cattani; Marcelo Ramos Oliveira. (Org.). *A sociedade justa e seus inimigos*. 1ª ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2012. p. 93.

sociais. Os impostos devem ser graduados de acordo com a capacidade econômica de cada contribuinte e a uma discussão para se reformular a matriz tributária, com o fito de melhor distribuir o ônus tributário deve ser assunto recorrente na sociedade civil.

Uma nação que tenha como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigos 3º, I e III da CF/88) deve ser capaz de utilizar a matriz tributária como um instrumento de justiça fiscal e redistribuição de riqueza. A questão da iniquidade do programa bolsa família deve ser prioridade nacional, cobrando impostos de quem tem uma maior capacidade contributiva e aliviando a carga tributária dos mais necessitados.<sup>63</sup>

## REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O Estado Democrático de Direito Pós-Providência brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração pública mais democrática. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, v.98, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 5ª ed. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Dados disponíveis em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2013.pdf>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2015.

BRASIL. Dados disponíveis em: <<http://www.cdes.gov.br/documento/2651756/indicadores-de-iniquidade-do-sistema-tributario-nacional-relatorio-de-observacao-n-2.html>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Indicadores de equidade do sistema tributário nacional**. Brasília: PR. CDES/Observatório da Equidade, 2009 (Relatório de Observação, n. 1).

<sup>63</sup> SALVADOR, Evilasio. **A injustiça fiscal no financiamento das políticas sociais**. In: Antonio David Cattani; Marcelo Ramos Oliveira. (Org.). *A sociedade justa e seus inimigos*. 1ª ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2012. p. 82.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Breves considerações sobre a função descritiva da ciência do direito tributário.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-01/paulo-barros-breves-consideracoes-funcao-descritiva-ciencia-direito-tributario>. Acesso: 24 de março de 2015.

COÊLHO, Sacha Calmon. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio: (Relações, efeito e regressividade).** Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 16, n. 108, 2014.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva.** Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GASSEN, Valcir; D'ARAUJO, Pedro Júlio Sales. **A inconstitucionalidade do cálculo por dentro do ICMS: Reescrevendo a decisão do Supremo Tribunal Federal.** In: Antônio Carlos Diniz Murta; Demetrius Nichele Macei; Raymundo Juliano Rego Feitosa. (Org.). Direito Tributário: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

GONDIM, Fátima; LETTIERI, Marcelo. **Tributação e Desigualdade: A política tributária deve se tornar um instrumento de combate à pobreza e de redução das desigualdades.** In: Silvio Caccia Bava (Org.). Piketty Para os Ricos, 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. Perspectiva da política social no Brasil. Brasília: IPEA, p. 93, 2010. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6487](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6487)>. Acesso em: 13 de janeiro de 2015.

Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 de janeiro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm)>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade: Os impostos e a justiça.** Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NERI, Marcelo Cortes; VAZ, Fabiano Monteiro; SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. Efeitos Macroeconômicos do Programa Bolsa Família: uma análise comparativa das transferências sociais. In: Tereza Campello; Marcelo Côrtes Neri. (Org.). Bolsa Família Program:

a decade of social inclusion in Brazil - Executive Summary. Brasília: IPEA, 2014, v. 1.

NERI, Marcelo Côrtes; VAZ, Fabio Monteiro; SOUZA, Pedro Herculan. **Efeitos Macroeconômicos Do Programa Bolsa Família: Uma Análise Comparativa Das Transferências Sociais.** Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania. Brasília: Ipea, 2013.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia.** Oxford: Blackwell, 1974.

OCDE, 2010. **Estatísticas sobre Receita na América Latina.** Disponível em: <[http://www.oecd.org/ctp/tax-global/BRAZIL\\_PT\\_country%20note\\_final.pdf](http://www.oecd.org/ctp/tax-global/BRAZIL_PT_country%20note_final.pdf)> Acesso em 19 de janeiro de 2015.

POCHMANN, M. **Desigualdade e Justiça Tributária.** Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08\\_05\\_15\\_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08_05_15_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf)> Acesso em 19 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. **O mito da grande classe media: capitalismo e estrutura social.** São Paulo: Boitempo, 2014.

SALVADOR, Evilasio. A elite deve pagar a conta. Diplomatic, jan. de 2009. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=422>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. **A injustiça fiscal no financiamento das políticas sociais.** In: Antonio David Cattani; Marcelo Ramos Oliveira. (Org.). A sociedade justa e seus inimigos. 1ª ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVEIRA, F.G. **Tributação, Previdência e Assistência Sociais: Impactos Distributivos.** XII Prêmio Tesouro Nacional – 2008 (Monografia premiada com o 1º lugar no Tema Qualidade do Gasto Público). STN: Brasília, 2008.

United Nations Development Programme, **Human Development Report 2014.** Table 6: “Multidimensional Poverty Index”. Disponível em: <<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-English.pdf>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

*Recebido em 13/6/2016*

*Aprovado em 20/6/2016*

# ESPAÇO ABERTO



# 10

## AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (URGENCY MEASURES IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE)

Newton Teixeira Carvalho<sup>1</sup>

### RESUMO

O novo Código de Processo Civil trata da tutela provisória de urgência ou de evidência. As tutelas provisórias de urgência são as medidas cautelares e as antecipações de tutelas. As de evidência têm por escopo evitar abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, quando o direito da outra parte já estiver cabalmente demonstrado. Não há mais um processo cautelar autônomo. As medidas cautelares, requeridas em caráter antecedente, nos próprios autos em que será ofertada a ação principal, é a antiga ação cautelar. Assim e no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da efetivação da medida deferida, o autor, nestes mesmos autos em que requerida a medida cautelar, entrará com a petição da ação principal, sem recolhimento de novas custas. Não sendo caso de requerimento de medida cautelar antecedente, no curso do processo principal, se necessário, poderá, por petição também a ser entranhada nos autos da ação em andamento, ser requerida tutela cautelar. Com relação à tutela antecipada, o advogado poderá

---

<sup>1</sup> Especializado em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG. Professor de Direito das Famílias da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do IBDFAM.

limitar-se, na inicial, ao requerimento desta tutela, hipótese em que, se deferida e se o réu não a contestar, tornar-se estável, levando à extinção do processo. Para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, deverá ser ofertada ação própria. Entretanto e para evitar esta possível estabilização, necessário ajuizar ação principal e, na petição inicial dessa ação, requerer antecipação de tutela, como um capítulo daquela peça.

**Palavras-chave:** tutela provisória de urgência e evidência; medidas cautelares; antecipação de tutela; estabilização.

#### ABSTRACT

The new Civil Procedure Code refers to the temporary guardianship of urgency or evidence. The temporary guardianships of urgency are the protective measures and the anticipations of guardianships. The one of evidence has for scope to avoid abuse of defense rights or to manifest the procrastinating purpose. There is not a autonomous protective procedure. The protective measures, required in a antecedent character is the previous protective action. Thus, within thirty days, starting of the effectuation of the issued measure, the author, in the same judicial process which it was required the protective measure. If it is not the case of an application of a antecedent protective measure, during the main process, if it is necessary, it would be possible, by petition to be embedded in the judicial process in progress, to be required in the protective guardianship. Regarding the anticipated guardianship, the lawyer could be limited to the application of this guardianship, hypothesis in which, if issued and if the defendant does not contest, will become stable resulting in the process extinction. To review, reform or invalidate the stabilized anticipated guardianship, it should be offered a proper action. However, to avoid this possible stabilization, it is necessary to open the process with a main action and, in the initial petition of this action, to require the anticipation of the guardianship, as a chapter of this process.

**Keywords:** temporary guardianship of urgency and evidence; protective measures; anticipation of guardianship; stabilization.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Disposições gerais às tutelas antecipadas e cautelares. 3. Da tutela de urgência. 4. Do procedimento da tutela



antecipada requerida em caráter antecedente. **5.** Da estabilização da tutela antecipada. **6.** Da tutela de evidência. **7.** Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. **8.** Conclusão. **9.** Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

No direito das famílias, a compreensão sobre as tutelas de urgência, cautelar ou antecipada no novo Código de Processo Civil será de suma importância, uma vez que para evitar prejuízos a um dos cônjuges ou companheiro, bem como agressões físicas ou até morte, o manejo rápido e correto, principalmente das medidas cautelares, é necessário e também contribuirá para possível acordo na ação principal porque diminuiu, sobremaneira, as chances de prejuízos de um cônjuge com relação ao outro, além de encurtar o tempo do processo.

Exemplifica o dito no parágrafo anterior possível cautelar de separação de corpos, com a retirada do companheiro agressor do lar c/c de arrolamento de bens c/c bloqueio de 50% de saldo credor existente em conta bancária ou aplicação financeira c/c pedido de proibição de venda de bens imóveis c/c com alimentos provisionais ou provisórios em favor do companheiro necessitado e/ou dos filhos, quando se tratar especialmente de dissolução de união estável, já que, nesta convivência, não há modificação de estado civil. Assim, o homem, solteiro, por exemplo, que vive em união estável, poderá dilapidar todo o patrimônio adquirido durante essa convivência e que, por conseguinte, pertence, salvo documento escrito dispensando a comunicabilidade, aos conviventes, meio a meio, caso não requeridas tais medidas cautelares, aqui exemplificadas, dentre outras, que podem ser cumuladas.

Veremos que o NCPC simplificou principalmente as tutelas cautelares, ao acabar com a exigência de que tal postulação se concretizasse em autos apartados, antes ou durante a tramitação da ação principal e, com relação à antecipação de tutela, em permitir, se do interesse da parte e caso não haja recurso de agravo de instrumento por parte do réu, que a mesma se estabilize, ou seja, mantenha-se por si só, desde que o advogado redija petição inicial, requerendo apenas a antecipação da tutela e, depois, adite a inicial, incluindo os demais dados exigidos pelo artigo 319 do NCPC.

## 2. DISPOSIÇÕES GERAIS ÀS TUTELAS ANTECIPADAS E CAUTELARES

O NCPC trata da tutela provisória nos artigos 294 a 311, esclarecendo, no artigo 294, que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. E, no parágrafo único deste aludido artigo, deixa expresso que a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Porventura requerida a tutela provisória em caráter incidental, não há que se falar em pagamento de custas (art. 295).

Nota-se que, embora não exista mais um livro próprio para o processo cautelar, a tutela de urgência cautelar no Novo Código de Processo Civil será pleiteada nos próprios autos da ação principal, com racionalização de serviços, com economia de custas e com diminuição do número de ações já que não mais haverá o processo cautelar em apenso.

Assim e conforme doutrina Marinoni:

O novo Código não está organizado do ponto de vista estrutural como o Código Buzaid – no que agora interessa, não prevê um processo cautelar, isto é, um processo destinado a prestar tão somente tutela cautelar (ou, pelo menos, tutela tida como cautelar). No novo Código, o procedimento comum e os procedimentos diferenciados podem viabilizar tanto a prestação de tutela satisfativa como de tutela cautelar de maneira antecedente ou incidental (art. 94, parágrafo único, CPC).<sup>2</sup>

A respeito do tema posto, destacamos o enunciado nº 28 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva.”<sup>3</sup>

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 306.

<sup>3</sup> *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente

A tutela provisória, neste novo Código, conserva sua eficácia na pendência do processo. Porém, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo. E, no caso de suspensão do processo, a tutela provisória também conservará a eficácia, salvo decisão judicial em contrário (art. 296).

Pelo enunciado nº 140 do FPPC: “A decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda de eficácia da tutela antecipada.”<sup>4</sup>

Deferida a tutela provisória, o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para que a decisão seja efetivada, aplicando, para tanto, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença (arts. 520 a 522), no que couber, conforme determinação do artigo 297 e respectivo parágrafo único.

Das decisões, deferindo ou indeferindo tutelas provisórias, o recurso cabível a ser ofertado no prazo de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.003, § 5º), será o de agravo de instrumento, conforme prevê o art. 1.015, I, do NCPC.

Ressalte-se que são comuns decisões pré-fabricadas ou padronizadas, com relação ao deferimento ou não da tutela provisória, de maneira que uma única decisão serve para inúmeros outros indeferimentos ou deferimentos de tutela antecipada. O NCPC proíbe essa prática viciada. Também não basta, no NCPC, como acontece atualmente com frequência, o juiz dizer que está indeferindo a tutela provisória, já que ausentes estão os requisitos legais para tanto. O art. 298 c/c o art. 489, § 1º, incisos I, II e III do NCPC não permite mais tais praxes equivocadas, verdadeira burla à necessidade de motivações das decisões judiciais, exigência constitucional (art. 93, inciso IX, CF/88).

Com efeito, determina o art. 298 do NCPC que na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso. Por sua vez, o

---

de Processualistas Cívicos (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 145.

<sup>4</sup> *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cívicos (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 146.

art. 489, § 1º, dá exemplo do que não é decisão, sentença ou acórdão não fundamentado, ou seja, os que se limitarem à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, § 1º, inciso I); os que empregarem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, § 1º, inciso II); os que invocarem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, § 1º, inciso III); os que não enfrentarem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, § 1º, inciso IV); os que se limitarem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1º, inciso V); os que deixarem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, inciso VI).

Nota-se, portanto, que o NCPC está determinando que as decisões sejam realmente fundamentadas e que cada caso seja analisado em sua individualidade, com observância dos fatos e sua adequação à legislação. Enfim, o NCPC exige respeito aos advogados e aos jurisdicionados que têm o direito de saber por qual razão o juiz chegou a determinada conclusão, deferindo ou indeferindo a tutela cautelar ou antecipatória.

Com relação à competência para a postulação da tutela provisória não houve nenhuma novidade. O artigo 299 determina que será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. O parágrafo único deste mesmo artigo afirma que, ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito. Para a ação rescisória, portanto, o relator desta ação é que deferirá tutela provisória e, se ofertado recurso de apelação, também será o relator o competente, mesmo que os autos ainda não tenham chegado ao Tribunal.

### **3. DA TUTELA DE URGÊNCIA**

O art. 300 afirma que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e

o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. E, para concedê-la, o § 1º do art. 300, permite ao juiz, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea (contracautela) para fins de ressarcimento de danos que a outra parte possa vir a sofrer. Evidentemente que tal caução poderá ser dispensada, em se tratando de parte economicamente hipossuficiente que, por conseguinte, não tem condições de oferecê-la.

O § 3º do art. 300 determina, repetindo o art. 273, § 2º, do Código de 1973, que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Pelo enunciado nº 419 do FPPC: “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”,<sup>5</sup> principalmente, acrescentamos, no direito das famílias, em razão de sérios fatos que podem comprometer integralmente o processo principal, caso medidas urgentes não sejam tomadas de imediato, independentemente de serem ou não irreversíveis.

O § 2º do art. 300, permite que a tutela de urgência seja concedida liminarmente após justificação prévia. Assim, seja tutela de urgência antecipada ou cautelar, faltando os requisitos do art. 300, *caput*, em vez do indeferimento liminar, necessário, primeiro, que haja audiência para comprovação do alegado, que poderá se realizar sem a oitiva da parte contrária, para que não se perca a eficácia da medida. No Código de 73, a audiência de justificação prévia existia apenas quando se tratava de medida cautelar. Para a antecipação de tutela, esta audiência não era prevista, não obstante nada impedisse que o juiz a realizasse.

Ressaltamos que, principalmente no direito das famílias, não é correto afirmar que não se pode deferir antecipação de tutela ou medida cautelar sem oitiva da parte contrária, ao argumento de que o contraditório estaria desrespeitado. Ora, se há agressão, se existe ameaça de morte, se o pai está praticando atos graves contra o filho, dentre vários outros casos urgentíssimos que acontecem nas Varas das Famílias, o juiz, após ouvir a parte autora e as testemunhas, poderá

<sup>5</sup> *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 148.

conceder, *inaudita altera pars*, a medida de urgência. O contraditório não pode ser sacralizado, como querem alguns teóricos do direito. Depois, e como princípio, o contraditório também deve ser ponderado frente ao caso concreto.

Ademais e apesar de o artigo 9º do NCPC proibir a prolação de decisões surpresas, nota-se que uma das exceções a tal exigência está prevista no inciso I, deste mesmo artigo, ou seja, quando se tratar de tutela provisória de urgência.

Ressalte-se que o art. 301 encampou tanto as cautelares nominadas como as inominadas em um só artigo, que é apenas exemplificativo, ao determinar que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”.

Pelo enunciado nº 31 do FPPC: “O poder geral de cautela está mantido no CPC”.<sup>6</sup>

E o artigo 302 prevê os casos que permitem reparação de danos causados pela efetivação da tutela de urgência, no caso de a sentença não acolher a pretensão do requerente, bem como de não haver a citação do requerido, no prazo de 05 (cinco) dias, a partir do deferimento da liminar, se o requerente não fornecer os meios necessários, bem como no caso de ocorrer a cessação da eficácia da medida ou o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Tais prejuízos, que são independentes da reparação por dano processual, serão liquidados nos autos em que concedida a medida, sempre que possível. Não o sendo, poderão ser discutidos em ação própria.

Estabelecidas as disposições gerais às tutelas de urgência, cautelar ou antecipada, o NCPC, nos artigos 303 e 304, dita o procedimento da tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, e traz grandes modificações, que serão analisadas abaixo.

<sup>6</sup> *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 148.

#### 4. DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O art. 303 efetivamente determina que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Portanto, a escolha em assim proceder é do advogado da parte. E, no direito das famílias, não é conveniente que o advogado assim o faça, eis que, conforme será analisado abaixo, a estabilização apenas da tutela geralmente não é o suficiente porque não dissolverá o vínculo matrimonial ou de união estável, hetero ou isoafetiva, por exemplo. Assim, a inicial, no direito das famílias, deverá ser redigida e a tutela antecipada será, como é feito atualmente, um capítulo desta peça.

Dessa forma, o art. 303 permite que o advogado requeira, inicialmente, apenas a tutela de urgência, sem preocupar-se com a ação principal, se para o causídico for suficiente apenas a antecipação de tutela. Os requisitos da petição inicial são os previstos no art. 303, na hipótese de haver apenas requerimento de tutela antecipada, acrescido dos dispostos nos §§4º e 5º, do art. 303, ou seja, na petição inicial o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final e que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* do artigo 303, ou seja, de inicialmente requerer apenas a tutela antecipada.

Optando o advogado pela observância do *caput* do art. 303, ou seja, limitando-se ao requerimento de tutela antecipada, se concedida, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar. Neste caso, ao aditar a inicial, nos mesmos autos e sem incidência de novas custas (§ 4º, do art. 303), agora sim o advogado observará os requisitos daquela peça, ditados pelo art. 319. Em seguida, estando perfeita a petição, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma preconizada pelo artigo 334. Ressalte-se que, nas ações de família, de procedimento especial, não é permitida a opção do autor pela não realização de

conciliação ou de mediação. Não existindo composição, o prazo para contestação será o ditado pelo art. 335.

Não sendo caso de concessão de tutela antecipada e o autor tenha optado pelo disposto no *caput* do art. 303, ou seja, limitou-se apenas ao requerimento da tutela antecipada, ao indeferir a antecipação, o juiz determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de extinção do processo, sem resolução de mérito.

Nota-se, portanto, que há duas hipóteses diferentes para o aditamento da inicial. A primeira, no caso de deferimento da tutela, hipótese em que se aplica o § 1º, do artigo 303, ou seja, o autor terá o prazo de 15 dias ou outro maior, a ser fixado pelo juiz, para aditar a peça vestibular. A segunda, no caso de indeferimento da tutela, com aplicação do disposto no § 6º, do art. 303, o autor terá o prazo de até 05 dias para aditamento daquela peça.

No caso de extinção dos autos do processo, por falta de emenda da inicial, nada impede que o autor ajuíze ação principal e requeira a tutela provisória, em caráter incidental.

## 5. DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O art. 304 traz também outra novidade, que exige do advogado reflexão sobre a conveniência ou não da utilização do disposto no *caput* do art. 303, ou seja, de limitar-se a petição inicial ao requerimento da tutela antecipada. É que a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto agravo de instrumento (art. 1015, I), hipótese em que os autos serão extintos. Dessa forma, se para o autor a antecipação de tutela for suficiente, basta utilizar-se da permissão do art. 303 do NCPC, ou seja, limitar-se a petição inicial ao requerimento de tutela antecipada e esperar para verificar se o réu recorrerá ou não da decisão. Não havendo recurso, os autos serão extintos, em razão da estabilização da tutela.

Nota-se que a estabilização da tutela antecipada ocorre somente para os casos em que ela for requerida em caráter antecedente, ou seja, preparatória e deve ser concedida integralmente. Por outro lado, para que não ocorra a estabilização, necessário é que o réu sempre oferte



agravo de instrumento, o que acaba motivando o manejo deste recurso ou do agravo interno, se a tutela antecipada antecedente for de competência originária do Tribunal (art. 1.021).

Pelo enunciado nº 420 do FPPC: “Não cabe estabilização de tutela cautelar.”<sup>7</sup> A estabilização, portanto, é com relação apenas à antecipação de tutela.

Ressalte-se que se ao autor não interessar apenas a estabilização da tutela, seu advogado não deverá se socorrer do disposto no *caput* art. 303, ou seja, já deverá trazer a inicial da ação principal pronta e pleitear, conjuntamente, a antecipação de tutela. Nesta hipótese, não há que se falar em aplicação do disposto no art. 304 do NCPC, ou seja, não há estabilização da tutela antecipada.

Mais uma vez ressalta-se a responsabilidade do advogado na escolha do disposto no art. 303 do NCPC, qual seja deixar para depois do deferimento ou não da tutela antecipada o aditamento da inicial, pois na ausência de recurso do réu, a tutela antecipada se estabiliza com a extinção do processo e aí surgem outros desdobramentos.

De acordo com o que dispõe o § 2º do art. 304, qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada deferida nos termos do *caput* do art. 303. Evidentemente que a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º, conforme determina o § 3º do art. 304. Esta ação poderá ser rotulada, por exemplo, de “ação de modificação de tutela de urgência”.

E pelos §§ 4º e 5º do art. 304 qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da “ação de modificação de tutela de urgência”, referida no § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. Mas, o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada

<sup>7</sup> *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 151.

extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo. O prazo, portanto, é decadencial.

Ressaltamos que o § 6º, do art. 304, deixa expresso que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a rever, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, no termos do § 2º do art. 304. Assim, ultrapassados os dois anos sem a propositura da “ação de modificação de tutela de urgência”, penso que, a partir daí, é correto falar-se sim em coisa julgada. Entretanto, não cabe ação rescisória, em razão da caducidade do direito, justamente pela ausência de oferta da ação, no prazo de 02 (dois) anos.

## 6. DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Trata-se da tutela de urgência despida da necessidade de demonstração do *periculum in mora*, desde que presente umas das hipóteses previstas nos quatro incisos do art. 311. E o parágrafo único deste aludido artigo permite a decisão liminar, *inaudita altera pars*, nos seguintes casos: inciso II: se as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; inciso III: se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. É mais uma das exceções ao disposto no art. 9º, que veda decisões surpresas.

Assim e nas demais hipóteses previstas no inciso I, ou seja, ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte ou se, no caso do inciso IV, a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, para concessão da tutela da evidência necessária será, primeiro, a oitiva da parte contra quem será proferida.

Conforme doutrina Marinoni quando fala sobre a tutela de evidência:

O legislador procurou caracterizar a evidência do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação da ‘tutela provisória’ a partir das quatro situações arroladas no art. 311, CPC. O denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de

defesa inconsistente. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será. A tutela de evidência é fundada em cognição sumária e sua decisão não é suscetível de coisa julgada.<sup>8</sup>

Sobre a tutela de evidência destacamos, ainda, o enunciado 217 do FPPC: “A apelação contra o capítulo da sentença que concede, confirma ou revoga a tutela antecipada da evidência ou de urgência não terá efeito suspensivo automático”,<sup>9</sup> bem como o de nº 422: “A tutela de evidência é compatível com os procedimentos especiais”<sup>10</sup> e o de nº 423: “Cabe tutela de evidência recursal”.<sup>11</sup>

## **7. DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

Pelo art. 305, a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar, em caráter antecedente, indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O § 1º do art. 308 faculta ao autor formular o pedido principal conjuntamente com o pedido de tutela cautelar, simplificando as coisas para o advogado que assim o desejar.

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 322.

<sup>9</sup> *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.153.

<sup>10</sup> *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 154.

<sup>11</sup> *Apud* NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 154.

Nota-se que a tutela de urgência é uma só, não obstante possa ser em caráter antecipatório ou cautelar, razão de o parágrafo único do art. 305 permitir ao juiz que, caso entenda que o pedido de tutela cautelar tenha natureza antecipatória, observar o disposto no art. 303, ou seja, analisar o pedido como de tutela antecipada.

O prazo para contestação da cautelar antecedente será de 05 dias, contados da juntada nos autos do aviso de recebimento da citação ou do mandado cumprido. Não havendo contestação, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias (art. 307). Contestado o pedido, observar-se-á o procedimento comum (parágrafo único do art. 307), regulado pelo artigo 318 e seguintes.

Efetivada a tutela cautelar, o autor deverá formular o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar. Assim, não haverá distribuição, mas mero protocolo e também não poderá haver cobrança de novas custas (art. 308).

Permitido é o aditamento da causa de pedir, no momento de formulação do pedido principal (§ 2º do art. 308). E, apresentado o pedido principal, que não precisa ser concomitante ao pedido de tutela cautelar, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma preconizada pelo art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

O art. 309, praticamente repetindo o artigo 808 do Código de 1973, afirma que cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: a) o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal, ou seja, em 30 dias, após a efetivação da tutela cautelar; b) não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; c) o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. E, pelo parágrafo único do art. 309, também repetindo o parágrafo único do art. 808 do Código de 73, se por qualquer motivo cessar a medida é defeso à parte repetir o pedido, salvo se por novo fundamento.

O art. 310 repete o art. 810 do Código de 73 ao afirmar que o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

## 8. CONCLUSÃO

Sobre a extinção do processo cautelar pelo NCPC há algumas críticas no sentido de que o novo código baralhou as coisas, confundindo medida cautelar com antecipação de tutela. Mas, na prática, já era comum postular, na própria inicial da ação principal, medida cautelar. Na verdade o NCPC encampou tal praxe porque, principalmente no direito das famílias, a urgência e a praticidade sobrepõem-se a qualquer formalidade ou entendimento teórico burocratizante. Depois e em assim procedendo, evita-se duplicidade desnecessária de processos e de recolhimento de custas.

Lado outro, vale ressaltar que, principalmente no mundo jurídico, somos escancaradamente contrários ao novo. Entretanto, o momento de crítica, de discussão e de sugestões desconstrutivas já restou superado com a aprovação do NCPC. A obra está pronta e a nós que a elaboramos, num linguajar habermasiano, compete aplicá-la, de maneira a tirar o melhor proveito em favor dos que aportam ao judiciário, principalmente levando em consideração as normas fundamentais do processo civil, ditadas pelos arts. 1º ao 12, com destaque para o art. 4º,<sup>12</sup> art. 5º,<sup>13</sup> art. 6º,<sup>14</sup> a exigir tempo razoável de duração do processo, com análise de mérito, sem desprezar um sadio relacionamento entre as partes ao destacar o princípio da boa-fé e o da cooperação entre todos os sujeitos do processo.

Por conseguinte e principalmente no direito das famílias a observância das normas fundamentais do processo civil será de fundamental importância, posto que são de cunho eminentemente ético, com a pretensão de fazer um processo justo e com uma duração razoável. As medidas de urgência contribuem, sobremaneira, para efetivação dessas normas, ao permitir, de chofre, uma decisão de mérito e também ao coibir modificação do estado das pessoas ou coisas, enquanto em discussão os direitos das partes.

<sup>12</sup> Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

<sup>13</sup> Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

<sup>14</sup> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão justa e efetiva.

Depois e mesmo no Código de Processo Civil de 73, se fosse observado o § 7º do art. 273,<sup>15</sup> acrescentado pela Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, o processo cautelar, na prática, já não mais existiria. Bastava ao advogado pleitear como antecipação de tutela a medida cautelar.

Assim, não há nenhum obstáculo para que esta nova proposta, de se postular medida cautelar nos próprios autos da ação principal, seja encampada plenamente. Não há mais que se falar em processo cautelar autônomo, portanto. As medidas cautelares deverão ser pleiteadas, antecedentemente, nos autos em que serão ofertadas, posteriormente, as ações principais. Ou, se assim o desejar o advogado, na própria petição inicial da ação principal já poderá ser requerida medida cautelar.

E, com relação a possível cautelar incidental, por simples petição, nos próprios autos da ação principal, poderão ser postuladas.

No que diz respeito à antecipação de tutela, poderá o advogado apenas requerê-la, sem necessidade de ofertar a ação principal. Neste caso, não havendo recurso de agravo por parte do réu, esta medida antecipada se estabiliza e somente poderá ser rediscutida em ação própria. Entretanto, na Vara de Família, considerando que apenas a antecipação de tutela não põe fim ao casamento ou à união estável, por exemplo, necessário é que o advogado proponha a ação principal e peça a antecipação de tutela, na petição inaugural daquela ação, evitando a estabilização da antecipação de tutela. A escolha é do causídico.

Por todo o exposto e sinceramente, não vislumbramos maiores dificuldades na oferta pelos advogados das medidas de urgência, cautelares ou antecipatórias. Prevemos, na verdade, racionalização de serviços e que também deixará de existir números de autos de processos que não representam a realidade de uma Vara, posto que as medidas cautelares contavam também como processos em andamento, não obstante, deferida a liminar permanecessem inertes, aguardando a sentença nos autos principais, oportunidade em que eram extintas.

<sup>15</sup> § 7º do art. 273 do CPC de 73: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Também a proposta do novo Código evita o recolhimento, em duplicidade, de custas. Antes se recolhia custas tanto no processo cautelar como no processo principal. Doravante tal exigência não mais prevalece, na ausência de processo cautelar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Newton Teixeira. *Do procedimento da Tutela Antecipada requerida em caráter antecedente*. 2015. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=5471>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

CARVALHO, Newton Teixeira. *Da tutela provisória*. 2015. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=5454>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *O Novo Código de Processo Civil Comparado*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015: referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

*Recebido em 14/1/2016*

*Aprovado em 20/6/2016*





# 11

## ENUNCIADOS SOBRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 (APROVAÇÃO PELOS MAGISTRADOS QUE INTEGRARAM OS GRUPOS DE TRABALHOS DO FÓRUM DE DEBATES E ENUNCIADOS SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, SESSÃO PLENÁRIA DE 26 DE FEVEREIRO DE 2016)

(FONTE: [HTTP://WWW.TJMG.JUS.BR/DATA/FILES/D3/80/B8/74/089835108C58A735DD4E08A8/ENUNCIADOS-NOVO-CPC.PDF](http://www.tjmg.jus.br/data/files/d3/80/b8/74/089835108c58a735dd4e08a8/enunciados-novo-cpc.pdf))>

**Enunciado 1** – (arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 319, VII, 334, § 5º) A omissão da petição inicial quanto à audiência de conciliação ou mediação deve ser interpretada como concordância, desnecessária a intimação para emenda.

**Enunciado 2** – (arts. 5º e 6º) Viola os deveres de cooperação e de boa-fé objetiva a manifestação abusiva da parte, desconexa com o objeto da demanda.

**Enunciado 3** – (arts. 5º, 77, § 4º, 523, § 1º, 536, § 1º) A multa por ato atentatório à dignidade da justiça pode ser cumulada com aquelas decorrentes do descumprimento de obrigações específicas.

**Enunciado 4** – (arts. 7º e 1046) Os prazos processuais, inclusive aqueles de natureza sucessiva, são regidos pela legislação vigente à época do seu termo inicial.

**Enunciado 5** – (art. 10) Não viola o disposto no artigo 10 a decisão que dá definição jurídica diversa, embora previsível, aos fatos discutidos pelas partes.

**Enunciado 6 – (arts. 10, 322, § 1º, e 491)** Não depende de prévia manifestação das partes a decisão que fixa juros de mora, correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios.

**Enunciado 7 – (arts. 11 e 489, § 1º, IV)** Considera-se suficientemente fundamentada a decisão em que o juiz se manifesta sobre os argumentos relevantes e pertinentes alegados pelas partes.

**Enunciado 8 – (art. 139, V)** É possível a conciliação no segundo grau de jurisdição por ordem do relator, em decisão fundamentada, podendo ser realizado por núcleo de conciliação, sem prejuízo da ordem de julgamento.

**Enunciado 9 – (art. 165)** As audiências de conciliação poderão ser realizadas pelos conciliadores existentes na comarca ou pelo próprio juiz, até que o Tribunal forme o quadro respectivo.

**Enunciado 10 – (art. 190)** No Negócio Jurídico Processual as partes podem pactuar por julgamento em instância única.

**Enunciado 11 – (art. 190)** Cabe Ação Rescisória ainda que as partes tenham pactuado julgamento em instância única.

**Enunciado 12 – (art. 190)** É vedado às partes convencionar sobre poderes e deveres do Juiz, inclusive sobre os seus respectivos prazos.

**Enunciado 13 – (art. 190)** Até a prolação da sentença de mérito, as partes podem repactuar ou distratar a convenção processual, com efeitos *ex nunc*, salvo cláusula de irretroatividade.

**Enunciado 14 – (art. 190)** Observados os princípios da Lei n. 9.099, de 1995, é possível a celebração de negócios processuais no âmbito dos Juizados Especiais.

**Enunciado 15 – (art. 223)** É vedado negócio jurídico processual para a renovação de atos atingidos pela preclusão.

**Enunciado 16 – (art. 298)** A tutela provisória, por não ser exauriente, poderá ser fundamentada de forma sucinta.

**Enunciado 17 – (art. 300)** A exigência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito para a concessão da tutela de urgência, liminarmente ou após justificação prévia, refere-se também a indícios de prova.

**Enunciado 18 – (art. 300)** O perigo de dano ao direito material da parte deve ser analisado para o deferimento da tutela antecipada e o risco ao resultado útil do processo para a concessão da tutela cautelar.

**Enunciado 19 – (arts. 303, § 1º e 304)** O autor do requerimento de tutela antecipada antecedente concedida só estará obrigado a aditar a petição inicial se houver a interposição de recurso.

**Enunciado 20 – (art. 304, §§ 2º, 3º, 5º e 6º)** A revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada decorrerá do acolhimento de pretensão em demanda de procedimento comum ou especial promovida por quaisquer das partes, que venha a discutir a relação jurídica material.

**Enunciado 21 – (art. 304)** A Fazenda Pública se submete ao regime de estabilização da tutela antecipada, por não se tratar de cognição exauriente sujeita a remessa necessária.

**Enunciado 22 – (art. 304)** O réu absolutamente incapaz não se submete ao regime de estabilização da tutela antecipada.

**Enunciado 23 – (art. 334)** O juiz não pode dispensar a audiência de conciliação, por ter caráter obrigatório, exceto nas hipóteses previstas no § 4º, incisos I e II.

**Enunciado 24 – (art.334, § 8º)** A omissão ou manifestação contrária de uma das partes não impede a incidência da multa prevista no § 8º do artigo 334.

**Enunciado 25 – (art. 334, § 8º)** A multa pelo não comparecimento injustificado da parte será imposta no termo da própria audiência de conciliação ou mediação e fixado o prazo para pagamento.

**Enunciado 26 – (art. 357, IV)** Pode o juiz, no saneamento do processo, trazer para exame outras matérias, ainda que não suscitadas pelas partes, para resolver as questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

**Enunciado 27 – (art. 357, § 1º)** Cabe pedido de esclarecimentos e solicitação de ajustes em relação à decisão saneadora prevista no *caput* do artigo 357, sendo inadmissíveis os embargos de declaração.

**Enunciado 28 – (art. 357, § 1º)** O pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes em relação à decisão de saneamento autoriza o juiz a designar audiência, para ensejar cooperação entre as partes.

**Enunciado 29 – (art. 357, § 3º)** A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer em qualquer tipo de demanda, independentemente de a causa ser complexa, a critério do juiz, visando à autocomposição das partes.

**Enunciado 30 – (arts. 357, IV e 489, § 1º, IV)** As questões suscitadas pelas partes e afastadas, por irrelevância para a decisão de mérito, na decisão saneadora não necessitam ser reapreciadas na sentença.

**Enunciado 31 – (art. 357, § 9º)** O intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências pode ser flexibilizado, a critério do juiz, consideradas a complexidade da causa, o número de testemunhas, dentre outras circunstâncias.

**Enunciado 32 – (art. 489, § 1º, V e VI)** O juiz tem o dever de se manifestar sobre aplicabilidade de precedente ou enunciado de súmula, invocados pela parte, quando esta identificar e discutir os fundamentos determinantes, demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

**Enunciado 33 – (art. 489, § 1º)** Considera-se fundamentada a decisão que aplica tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos, demonstrada a existência de identidade entre os fundamentos determinantes do precedente e a correlação fática entre o caso concreto e o do incidente da solução concentrada, dispensada a renovação da análise jurídica feita no paradigma.

**Enunciado 34 – (art. 489, §1º, IV)** Fica o juiz dispensado de analisar o fundamento suscitado no caso concreto capaz, em tese, de infirmar a conclusão alcançada, quando já analisado e rejeitado na formação do precedente obrigatório ou enunciado de súmula aplicável.

**Enunciado 35 – (arts. 500 e 523, § 1º)** No cumprimento de sentença que imponha obrigação específica, quando convertida em indenização por perdas e danos, incluída a *astreintes*, caso não seja efetuado o pagamento voluntário, no prazo legal, haverá incidência de multa de 10% e honorários advocatícios.

**Enunciado 36 – (art. 516, parágrafo único)** O deslocamento de competência, na hipótese de haver mais de um exequente, somente será aplicado se houver consenso entre eles.

**Enunciado 37 – (arts. 771 e 921)** Cabe prescrição intercorrente no cumprimento de sentença.

**Enunciado 38 – (arts. 880, § 1º e 884, parágrafo único)** No arbitramento da comissão do corretor ou leiloeiro público, em caso de alienação de bens por iniciativa particular ou leilão judicial, o juiz observará a legislação que regulamenta a remuneração de tais profissões.

**Enunciado 39 – (art. 920, I)** O exequente poderá se manifestar sobre a impugnação ao cumprimento de sentença no prazo de 15 dias, por analogia ao disposto no artigo 920, I.

**Enunciado 40 – (art. 927)** A tese jurídica e seus fundamentos determinantes e dispositivos a ela relativos, fixados em acórdãos proferidos em Incidente de Assunção de Competência e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, consideram-se precedentes.

**Enunciado 41 – (arts. 931 e 947 e 984, I)** Nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e no de Assunção de Competência o relatório conterà os fundamentos determinantes da controvérsia, possuindo função preparatória para a formação do precedente.

**Enunciado 42 – (art. 937, § 4º)** A sustentação oral, por meio de vídeo conferência, dependerá de regulamentação do Conselho Nacional de Justiça e do respectivo tribunal.

**Enunciado 43 – (art. 942)** Na sessão virtual, instaurada a divergência, será o feito retirado de pauta e incluído na próxima sessão presencial.

**Enunciado 44 – (art. 947)** Aplica-se ao procedimento de assunção de competência o disposto nos artigos 983 e 984.

**Enunciado 45 – (art. 976)** O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos Juizados Especiais.

**Enunciado 46 – (arts. 976 e 977)** O juiz poderá suscitar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas após completada a relação processual em primeiro grau, independentemente da existência de recurso em trâmite no respectivo Tribunal.

**Enunciado 47 – (art. 982, I, § 2o)** Admitido o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, os seus efeitos alcançam também os processos de competência dos Juizados Especiais.

**Enunciado 48 – (art. 983)** Instaurado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, outros incidentes versando sobre objeto, pedido ou causa de pedir idênticos serão liminarmente rejeitados, facultada aos interessados a manifestação, nos termos do artigo 983.

**Enunciado 49 – (art. 985, I)** A decisão que, em julgamento de procedência, aplicar a tese firmada em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deverá respeitar previamente o contraditório e a ampla defesa.

**Enunciado 50 – (art. 1.009, §1º)** O artigo 1.009, §1º, não se aplica às decisões proferidas antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

**Enunciado 51 – (art. 1.009, §1º)** Análise de matéria impreclusa, suscitada em contrarrazões, ficará condicionada ao provimento da apelação.

**Enunciado 52 – (art. 1.012, §4º)** A probabilidade prevista no § 4º do artigo 1.012, por se tratar de conceito jurídico indeterminado, sujeita-se a fundamentação adequada no caso concreto, sob pena de nulidade.

**Enunciado 53 – (art. 1.017, incisos I, II e §5º)** Até que sejam unificados os sistemas eletrônicos de 1º e 2º graus, deverão ser juntadas as peças para a formação do instrumento de agravo.

**Enunciado 54 – (art. 1046)** A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos.



