

ISSN 2526-2114 (ONLINE)

Jurisvox



Revista Jurídica do Centro Universitário de
Patos de Minas

NÚMERO 19, DEZ. 2018

Jurisvox

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

UNIPAM | Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor

Milton Roberto de Castro Teixeira

Pró-reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Henrique Carivaldo de Mirando Neto

Pró-reitor de Planejamento, Administração e Finanças

Renato Borges Fernandes

Coordenadora de Extensão

Adriana de Lanna Malta Tredezini

Diretora de Graduação

Maria Marta do Couto Pereira Rodrigues

Coordenadora do Núcleo de Editoria e Publicações

Elizene Sebastiana de Oliveira Nunes

A Revista **Jurisvox** é um periódico acadêmico e científico, editado anualmente, destinado à publicação, por discentes e docentes, de artigos científicos, resenhas, ensaios, traduções, jurisprudência comentada, editoriais e apresentações com tema central necessariamente vinculado à área jurídica.

Catálogo na Fonte
Biblioteca Central do UNIPAM

J959 JURISVOX: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas [recurso eletrônico]. – Dados eletrônicos. – Vol. 1, n. 1 (ago. 1999)-. – Patos de Minas : UNIPAM, 1999-

Anual: 1999-2012. Semestral: 2013-2015. Anual: 2016-
Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br>>
ISSN 1516-778X (impresso)
ISSN 2526-2114 (on-line)

1. Direito – Periódicos. 2. Ciências jurídicas I. Centro
Universitário de Patos Minas. II. Título.

CDD 340.5

Centro Universitário de Patos de Minas

Rua Major Gote, 808 – Caiçaras

38702-054 Patos de Minas-MG Brasil

Telefax: (34) 3823-0300 web: www.unipam.edu.br

NEP | Núcleo de Editoria e Publicações

Telefone: (34) 3823-0341

<http://nep.unipam.edu.br>

Jurisvox

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

ISSN 2526-2114

Número 19/dez. de 2018

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, n. 19: 1-271



Centro Universitário de Patos de Minas



Núcleo de Editoria e Publicações

Editor responsável

Luiz Henrique Borges Varella (UNIPAM)

Conselho Editorial Interno

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)
Helen Correa Solis Neves (UNIPAM)
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães (UNIPAM)
Guilherme Caixeta Borges (UNIPAM)
Joamar Gomes Vieira Nunes (UNIPAM)
Morisa Martins Jajah (UNIPAM)
Sabrina Nunes Borges (UNIPAM)
Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho Consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)
Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)
Edilton Meireles (UFBA)
Elpídio Donizetti (TJMG)
Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)
Fredie Didier Júnior (UFBA)
Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)
Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)
Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)
Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)
José Herval Sampaio Júnior (UERN)
Lígia Mori Madeira (PUC/RS)
Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)
Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)
Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)
Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)
Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)
Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)
Rogério Greco (MP/MG)
Roland Hasson (PUC/PR)
Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

Revisão

Ana Maria Caixeta Camargo
Geovane Fernandes Caixeta
Gisele Carvalho de Araújo Caixeta

Diagramação

Elizene S. Oliveira Nunes
Paula Boaventura Veloso

Editorial

Com muito entusiasmo, apresentamos à comunidade acadêmico-científica a 19ª edição da Revista *Jurisvox*, com trabalhos de alto nível e conectados com os propósitos maiores da publicação: manter viva a pesquisa jurídica e contribuir com o engrandecimento da ciência do Direito.

É com grata satisfação que a publicação, a partir deste número, passa a ter seção única. Nos números anteriores, como forma de incentivo à pesquisa na graduação, a Revista *Jurisvox* tinha a seção *Doutrina*, voltada à publicação de artigos científicos de bacharéis e de pós-graduados, bem como a seção *Ensaio Jurídico*, destinada à divulgação de trabalhos de iniciação científica realizados por acadêmicos ainda durante o curso de graduação. Contudo, diante do incremento significativo da qualidade das pesquisas realizadas ainda na graduação, conclui-se por perder o sentido a divisão dos trabalhos em tais categorias. O papel de incentivo à pesquisa da *Ensaio Jurídico* (que nasceu como uma Revista autônoma, destinada à publicação exclusivamente de trabalhos de graduação, sendo depois incorporada à *Jurisvox*), sem dúvida, foi cumprido com êxito. Hoje, não se faz mais necessária a segregação e, diante ao grande potencial de contribuição acadêmica, todos os trabalhos da *Jurisvox* passam a ser publicados em número único, sem divisão em seções, mantendo-se o padrão de qualidade.

A presente edição é marcada pela diversidade dos temas abordados, que demonstra que a pesquisa jurídica não tem apenas poucos nichos, se espraiando pelas mais diversas áreas do conhecimento jurídico. Apresentamos, neste número, trabalhos de Direito Processual, de Direito Tributário, de Direito Penal, de Direito Administrativo e, até mesmo, trabalhos sobre temáticas inovadoras que fogem às abordagens costumeiras, destacando-se, por exemplo, os artigos de Isabella Silva Oliveira, que tratou da crítica feminista para o Direito, e de Amanda Santos Ferreira, que discorreu sobre o direito de não nascer e a vida como um dano.

O fechamento desta edição ganha contornos de comemoração, também, pela conquista do selo “OAB Recomenda”, do curso de Direito do UNIPAM, honraria concedida apenas aos melhores cursos de Direito do país, entregue a menos de 10% das instituições de ensino superior. Em Minas Gerais, são oferecidos mais de 200 cursos de Direito e apenas 13 instituições privadas foram premiadas com o selo. Essa conquista, registre-se, acontece pela segunda vez consecutiva no curso de Direito do UNIPAM, coroando, assim, um trabalho de excelência e de longa data.

Imbuídos desse sentimento de alegria, desejamos a todos uma boa leitura.

LUIZ HENRIQUE BORGES VARELLA
Editor da Revista

Sumário

A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal da exclusão de culpabilidade nos crimes de apropriação indébita tributária.....	07
<i>Ana Cristina Lima Brito</i>	
A legitimidade dos acórdãos aditivos do Supremo Tribunal Federal nos casos de omissão legislativa inconstitucional.....	23
<i>Cláudio Andrey Costa Ferreira</i>	
Crítica à formação e aplicação do precedente brasileiro: como compatibilizar integridade e coerência com devido processo democrático.....	41
<i>Guilherme Felipe Mendes Macário Carneiro</i>	
Desigualdade de gênero: a relevância do estudo da crítica feminista para o Direito.....	66
<i>Isabella Silva Oliveira</i>	
A natureza jurídica do feminicídio e a legitimidade de mulheres trans. como sujeitos passivos desse crime.....	86
<i>Lara Caetano da Silva</i>	
A (in)constitucionalidade da prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública à luz do estado de direito: (re)definição de parâmetros hermenêutico-sistemáticos seguros.....	102
<i>Marcos Heitor Regis de Magalhães</i>	
Estupro: assimetrias de gênero, submissão da mulher e o mito da imparcialidade jurídica.....	121
<i>Mariana Carneiro Rosa</i> <i>Marcos Antônio Silva Almeida</i>	
O alcance da boa-fé processual no âmbito dos precedentes judiciais à luz da teoria da integridade de Dworkin.....	142
<i>Monalisa Abadia Oliveira Álvaro</i> <i>Luiz Henrique Borges Varella</i>	
A regressividade da Matriz Tributária Brasileira e a desigualdade social.....	162
<i>Rafael Lucas Barros Botelho</i> <i>Samir Vaz Vieira Rocha</i>	
A fundamentação como pressuposto lógico antecedente da decisão e controle da discricionariedade judiciária.....	180
<i>Renato Antonio de Melo</i>	
Serviços públicos: uma análise da ordem econômica.....	203
<i>Vinicius de Paula Rezende</i>	
Veredas do Direito dos Animais no Brasil.....	218
<i>Liliana Maria Gomes</i>	

A vida como um dano: o direito de não nascer.....234

Amanda Santos Ferreira

Coisa soberanamente julgada: uma construção teórica advinda do processo sob a perspectiva cronológica a qual viola o direito fundamental à coisa julgada constitucional.....254

Poliana Cristina Gonçalves

A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal da exclusão de culpabilidade nos crimes de apropriação indébita tributária

Non-liability of different conduct as a cause of supralegal guilty plea in crimes of misappropriation

Ana Cristina Lima Brito

Aluna do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: anacristinalima0@hotmail.com

Resumo: O presente artigo visa ao estudo da possibilidade de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão de culpabilidade nos crimes de apropriação indébita tributária. Para tanto, analisou-se a representação jurídica da culpabilidade no ordenamento jurídico, compreendendo seus aspectos de aplicação e sua extensão quanto aos crimes não tipificados no Código Penal. De outra sorte, fez-se a compreensão da aplicabilidade do direito tributário no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a enquadrar o contribuinte como detentor de direitos e obrigações que estão vinculados à responsabilidade que deverá ser intitulada a ele. Por fim, ao se ter a compreensão dos aspectos gerais, concluiu-se a possibilidade da aplicação da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes de apropriação indébita tributária, nos casos em que será isento de culpabilidade o contribuinte que, ao deparar-se com dificuldades financeiras, não conseguir realizar o pagamento dos tributos devidos.

Palavras-chave: Exclusão de culpabilidade. Apropriação indébita tributária. Penalização tributária.

Abstract: This present article seeks to analyze the probability of the application of non-liability of different conduct as supralegal cause of guilty plea in crimes of tributary misappropriation. For that, it was analyzed the guilty legal representation in legal order, including its application aspects and extension as non-standardized offenses in the Penal Code. Otherwise, the applicability of tax law in Brazilian legal order was comprehended in order to include the taxpayer as a holder of rights and obligations that are attached to the responsibility that ought to be entitled to him. Finally, considering that the general aspects were comprehended, it's concluded that the possibility of non-liability application of different conduct in cases of tributary misappropriation, in cases which the taxpayer, who face financial troubles and cannot pay taxes, will be exempt of guilty.

Keywords: Guilty plea. Tributary Misappropriation. Tax penalty.

1 Considerações iniciais

O Estado, como garantidor da ordem econômica e social, depende do recolhimento de recursos dos cidadãos para promover sua manutenção, visto ser essa sua principal fonte de arrecadação.

Desse modo, a Constituição Federal impõe limites ao poder de tributação do Estado para que este não faça a arrecadação de forma abusiva e promova a devida finalidade dos recursos arrecadados.

Contudo, além das dificuldades encontradas pelo desvio dos recursos recolhidos, há a omissão por parte do contribuinte que tem o dever de recolher, mas não o faz. Dessa forma, o Estado não consegue atender a todas as necessidades básicas da sociedade, ensejando a baixa qualidade de atendimento dos órgãos públicos, como hospitais, escolas, segurança, entre outros.

Haja vista a relevância das relações tributárias, é imposta ao contribuinte uma responsabilização sobre o recolhimento devido, implicando sanções administrativas, civis e penais.

Nessa senda, é de suma importância verificar os motivos pelos quais o contribuinte se absteve da obrigação devida, para que seja penalizado pelo cometimento do ilícito tributário. Por esse motivo, surge a necessidade da aferição da culpabilidade do agente, pois deverá ser observada a reprovabilidade de sua conduta quando praticado o fato típico e ilícito.

Quando o agente se vincula ao fato gerador da obrigação, existe a exigibilidade de sua conduta, qual seja, o pagamento da arrecadação imputada. No entanto, existem casos em que não há como cobrar do agente conduta diversa da praticada por ele.

Na realidade, devido à crise econômica que perturba alguns setores, é comum que o administrador da pessoa jurídica se veja obrigado a não pagar os tributos no prazo estipulado. Isso ocorre quando o agente prefere realizar o pagamento de seus funcionários, fornecedores ou mesmo as despesas de funcionamento.

Nesse sentido, a lei prevê a possibilidade da exclusão de culpabilidade quando averiguado que, em face do estado de necessidade por dificuldades financeiras, não se poderia exigir do agente conduta diversa da praticada.

A inexigibilidade de conduta diversa é uma das possibilidades de exclusão de culpabilidade e pode ser aplicada em casos em que o agente, mesmo que pratique o fato típico e antijurídico, não será considerado culpado, por ser inexigível outra conduta naquela situação em que se deu o fato.

Considerando essas informações, o objetivo do presente trabalho é promover a análise dos aspectos da culpabilidade para que se compreenda quando poderá ser utilizado o instituto da inexigibilidade de conduta diversa em face dos crimes de apropriação indébita tributária, abarcando o entendimento do direito tributário no Brasil, sua aplicabilidade e responsabilizações.

A fim de alcançar esse objetivo, será feito o uso de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, utilizando-se para tanto do método dedutivo.

2 Aspectos gerais da culpabilidade

A culpabilidade é um dos elementos que integram a infração penal. O Código Penal não trouxe um conceito definitivo de culpabilidade, de modo que seu conceito advém do entendimento doutrinário e é moldado conforme a evolução jurídica e social.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2017, p. 446), a culpabilidade refere-se à possibilidade da aplicação de uma pena ao autor que pratica fato típico ou antijurídico, que está vinculada ao princípio de que não existe pena sem culpabilidade.

Por meio dos juízos de tipicidade e ilicitude, a conduta humana (comissiva ou omissiva) é analisada sob o enfoque da violação ao bem jurídico e, constatada a existência de conduta punível, é no juízo de culpabilidade que se verifica a possibilidade de censurar o indivíduo que a praticou. (GALVÃO, 2013, p. 409).

Rogério Greco (2010, p. 363) elucida que a reprovabilidade social da conduta do infrator é justificada por meio de duas correntes distintas, mas compreende que elas se completam.

A primeira delas, denominada como Escola Clássica, versa sobre o livre-arbítrio do indivíduo para fazer suas escolhas, em que a responsabilidade penal está ligada à responsabilidade moral do agente. Por sua vez, a Escola Positiva dispõe que o indivíduo não é dotado de soberania para poder fazer suas escolhas livremente, pois, na verdade, ele é influenciado por fatores internos (biológicos) ou externos na prática da infração penal. (GRECO, 2010, p. 363-364).

De acordo com teorias filosóficas e sociológicas, o homem nada mais é do que um produto do meio que ele vive. De tal forma, o indivíduo consegue reproduzir esforços positivos e negativos que vão construir sua própria essência e o diferenciar como ser único.

Nesse sentido, notar-se-á que, em verdade, a reprovabilidade do agente, principalmente quando enquadrada no atual cenário brasileiro, é caracterizada pelo fato de que ele poderá ter a possibilidade de escolha, mesmo quando em situações precárias ou simplesmente poderá ser influenciado pelo meio que o cerca.

2.1 Evolução histórica da culpabilidade

No período primitivo, as regras de comportamento entre grupos eram calcadas na moral, costumes, hábitos, crenças, magias e temores. Assim, a imposição da pena tinha caráter de defesa social. Sendo então, não havia responsabilidade subjetiva, pois era suficiente o nexo causal entre a conduta e o resultado. A descaracterização da vingança privada veio com o período romano, em que a responsabilidade passou a ser considerada de forma individualizada e garantiu-se a responsabilidade subjetiva. (CAPEZ, 2014, p. 320-321).

Na Idade Média, o nexo causal entre a conduta e o resultado não era mais necessário e houve a introdução da responsabilização subjetiva juntamente com a proporcionalidade da pena, ou seja, tornou-se aplicável na medida do mal praticado. (CAPEZ, 2014, p. 320-321).

“A culpabilidade é categoria conceitual de vital importância para a teoria do crime, e sua evolução é imposição, sempre atual, da necessidade de identificar o objeto material que constitui ponto de referência da elaboração teórica.” (GALVÃO, 2013, p. 411).

Nesse contexto, em face da evolução da caracterização da culpabilidade e superada a ideia de responsabilidade objetiva, surgiram várias teorias quanto à culpabilidade e seus requisitos. A doutrina majoritária deu ênfase à teoria psicológica da culpabilidade, à teoria psicológico-normativa da culpabilidade e à teoria normativa pura da culpabilidade, que serão analisadas a seguir.

A teoria psicológica da culpabilidade surgiu no sistema naturalista ou causal e era defendida por Von Liszt e Beling, que compreendia que a culpabilidade se dá por um movimento voluntário e divide o delito em dois aspectos: externo e interno. De tal forma, o aspecto externo compreendia a ação típica e antijurídica, enquanto o aspecto interno tratava da culpabilidade, que era o vínculo psicológico entre o agente e o fato por ele praticado. Desse modo, o delito era ação típica, antijurídica e culpável. (GRECO, 2010, p. 366).

A conduta é vista num plano puramente naturalístico, desprovida de qualquer valor, como simples causação do resultado. A ação é considerada o componente objetivo do crime, enquanto a culpabilidade passa a ser o elemento subjetivo, apresentando-se ora como dolo, ora como culpa. Pode-se, assim, dizer que para essa teoria o único pressuposto exigido para a responsabilização do agente é a inimputabilidade aliada ao dolo ou à culpa. (CAPEZ, 2014, p.321).

Essa teoria sofreu críticas, tendo em vista que não pôde oferecer respostas acertadas quanto aos fatos praticados por culpa inconsciente, ou seja, sem a previsibilidade do agente. Isso também ocorre nas hipóteses de coação moral irresistível, estado de necessidade exculpante ou inimputabilidade, quando, embora exista a relação psíquica, não há a reprovação do autor.

De outra sorte, Reinhard Frank, em 1907, criou a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, que superou as falhas da teoria psicológica. Assim, por meio dessa teoria, pressupõe-se a existência do elemento psicológico e é inserido o juízo de reprovabilidade dentro da culpabilidade, ocorrendo então um valor normativo a ser verificado na conduta delituosa praticada. Portanto, o dolo e a culpa não são espécies de culpabilidade, mas sim seus elementos. (GALVÃO, 2013, p. 413-414).

A culpabilidade passaria a adotar os seguintes conteúdos: imputabilidade (pleno gozo das faculdades mentais, de modo de possuir discernimento na compreensão do caráter ilícito do fato), dolo e culpa (vontade e consciência de realizar o fato contrário à lei; defeito da vontade) e exigibilidade de conduta diversa (possibilidade de realizar conduta distinta da conduta praticada). (GRECO, 2010, p. 370).

Para Fernando Capez, a crítica que se faz a essa teoria, consiste em defender que dolo e culpa não são elementos da culpabilidade, mas sim da conduta, ou seja, são o objeto pelo qual a culpabilidade incide. (CAPEZ, 2014, p. 325).

Por fim, a teoria normativa pura da culpabilidade, desenvolvida por Hans Welzel, rompe as características psicológicas atribuídas a culpabilidade. Desse modo, afirma que dolo e culpa não pertencem à culpabilidade, mas ao próprio fato típico. (BITENCOURT, 2017, p.462). “[...] a conduta, sob a ótica do finalismo, é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo ao agir, o

ser humano possui uma finalidade, que é analisada, desde logo, sob o prisma doloso ou culposos.” (NUCCI, 2007, p. 282).

Dessa forma, a culpabilidade passou a ser constituída por imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa. (GRECO, 2010, p. 373).

Existe também o entendimento doutrinário de que a teoria funcional integra a culpabilidade. Fernando Galvão (2013, p. 417-418) explana que a concepção funcional de culpabilidade está relacionada com a sociedade determinada em que o agente vive, sendo que a categoria jurídica se amoldará conforme a regulamentação dessa sociedade. Destarte, quando o indivíduo se encontrar em condições normais, será moralmente responsável, mas, caso ele praticar atos que sejam justificáveis, será então excluído da culpa ou mesmo terá atenuantes à sua responsabilidade.

Nesse sentido, a percepção dos motivos que levaram o indivíduo a cometer a conduta proibida é valiosa, pois revela a significação que o sujeito confere a seus atos. No entanto, o juízo de reprovação da culpabilidade resulta da reação social ao cometimento do fato punível, por isso o que importa é o significado social da prática da conduta. Na culpabilidade, não se deve investigar somente o porquê da conduta humana, mas também o para quê. (GALVÃO, 2013, p. 417-418).

3 Da exigibilidade de conduta diversa

Como dito acima, a exigibilidade de conduta diversa compõe a culpabilidade juntamente com a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude, sendo que restará configurada a infração penal quando o agente em condições “normais” pratica o fato delituoso.

Nesse diapasão, Rogério Greco (2010, p. 395) aduz que a exigibilidade de conduta diversa é a possibilidade de o agente agir conforme o direito, no momento da ação ou omissão, que irá variar de pessoa para pessoa, visto que cada um possui características distintas.

Dessa feita, quando o agente age com ausência de exigibilidade de conduta diversa, ou seja, age com inexigibilidade de conduta diversa, poderá ser isento de pena, pois provocará uma dirimente de culpabilidade.

3.1 Exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa

O Código Penal prevê duas hipóteses nas quais é possível a exclusão de culpa quando de outra forma não poderia agir o agente.

A primeira delas é a coação moral irresistível que ocorrerá quando o coagido pratica fato típico e antijurídico, e visto que dele não poderia exigir outra conduta, estará isento de culpa. De outro modo, a obediência hierárquica, prevista no art. 22 do Código Penal, prevê a obediência ao superior hierárquico, que afasta a culpabilidade, haja vista não poder exigir do subordinado conduta conforme o direito. (GRECO, 2010, p. 396).

3.2 Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal da exculpação

Embora o Código Penal tenha trazido a possibilidade da inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade, havendo lacunas ou mesmo omissão do legislador, alguns doutrinadores e jurisprudências entenderam ser possível casos em que o agente, por analogia ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, possa agir de modo incompatível com o direito e contrário à segurança jurídica.

“Causas supralegais de exclusão de culpabilidade são aquelas que, embora não estejam previstas expressamente em algum texto legal, são aplicadas em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico.” (GRECO, 2010, p. 400).

Fernando Capez (2014, p. 351) aduz que o Código Penal de 1969, que não entrou em vigor, previu outra causa de inexigibilidade de conduta diversa, qual seja, o estado de necessidade exculpante, que foi adotada somente no Código Penal Militar.

Dessa feita, as primeiras aplicações da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação se deram no tribunal do júri após a revogação do art. 484 do Código de Processo Penal, pois, com redação dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, o art. 483, III, passou a tratar da possibilidade da absolvição do réu. Isso enseja a perspectiva de que as partes poderão avaliar se o agente, mediante as condições que ele se encontrava, poderia ter agido de forma diferente.

Ao analisar o estado de necessidade exculpante, a doutrina manifesta a possibilidade de que ele não se limite somente à excludente de ilicitude, mas que, de forma extensiva, possa ser totalmente aplicável nas excludentes de culpabilidade como causa supralegal.

Nessa esteira, Fernando Galvão (2013, p. 491) esclarece que a aplicabilidade do estado de necessidade exculpante poderá ocorrer quando há colisão de bens jurídicos de valor equivalente e quando há colisão de bens jurídicos de valor diverso, em que o bem jurídico de menor valor é sacrificado pelo de maior valor. Portanto, na ausência de norma legal que retire a qualidade de ilicitude da conduta, em determinadas circunstâncias, era impossível exigir-se conduta diversa.

No pensamento jurídico nacional, o estado de necessidade exculpante é aceito como causa supralegal de exculpação, uma vez que implica inexigibilidade de conduta diversa. Certamente, exige-se que o agente observe os mesmos princípios pertinentes ao fato necessário justificante, salvo apenas no que diz respeito à ponderação dos bens em conflito. (GALVÃO, 2013, p. 491).

Com base nesses pontos, a adoção pelo Código Penal da teoria limitada da culpabilidade é justificada devido ao sopesamento do bem jurídico a ser tutelado, de modo que a finalidade será o benefício em favor do acusado, visto que se configura como um tipo permissivo, excluindo a reprovabilidade da conduta.

4 Direito tributário

A cobrança de tributos no Brasil surgiu na pré-colonização, com a exploração do pau-brasil e logo após se tornou mais forte no período colonial com a vinda da corte

portuguesa, que estipulava a cobrança de recursos para a manutenção de suas instalações. A imposição dos recolhimentos ensejou a criação do imposto de renda, que foi criado em 1922. (FERRARI, 2013, s/p).

Foi apenas em 1934 que houve uma reforma administrativa que designou limitações aos poderes e deu autonomia às províncias para criação de seus próprios impostos, distintos daqueles do Estado central. (FERRARI, 2013, s/p).

À medida que houve progresso constitucional, ocorreu também uma melhor fixação dos tributos e aos poucos a imposição da cobrança de tributos tornou-se um dever e uma obrigação para os cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 aborda a atividade tributária por meio de vários princípios, estipulando as regras para o cumprimento das políticas de arrecadação do Estado, bem como restrições ao poder de tributar, de modo que consiga proteger e garantir os direitos dos cidadãos brasileiros, principalmente contra os excessos do fisco.

Para tanto, a Carta Magna estabelece, em seus arts. 145 a 162, que a competência para cobrança e recolhimento dos tributos será dos órgãos com capacidade legislativa, quais sejam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

De tal modo, a União recebe maior parte do que é recolhido, a fim de promover um equilíbrio social, fazendo com que a distribuição dos recursos seja aplicada nos lugares mais desfavorecidos e o restante dos repasses distribuídos entre Estados e Municípios.

Hugo de Brito Machado (2010, p.29) pontua que o Estado, ressalvadas as estipulações legais, por não desenvolver atividade financeira direta, busca por diversos meios a captação de recursos. Utiliza para tanto o setor econômico privado, pois é o meio mais rápido e eficaz de captação, o que enseja a efetiva finalidade social que é buscada por ele.

A principal receita financeira do Estado advém dos tributos, que podem ser divididos, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, em impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Os valores arrecadados devem ser distribuídos para manutenção e equilíbrio econômico do país.

4.1 Conceito e aplicações

Anteriormente, a denominação de direito tributário se dava como direito fiscal. Contudo, após a Emenda 18 de 1965, que formalizou o Sistema Tributário Nacional, e com a implementação da Lei nº 5.172, de 1966, atualmente denominado como Código Tributário Nacional, houve a caracterização do direito tributário.

Luciano Amaro (2016, p. 24) compreende que o direito tributário é a disciplina jurídica dos tributos. Nesse esteio, ressalta que o foco principal desse ramo do ordenamento está ligado à relação entre Estado e particulares.

Silvio Aparecido Crepaldi e Guilherme Simões Crepaldi conceituam direito tributário:

É o ramo do Direito Público que rege as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, decorrentes da atividade financeira do Estado, no que se refere à obtenção de receitas derivadas (resultantes da arrecadação dos tributos). O Estado figura na condição de Poder Público, isto é, com supremacia. Tem-se como principal característica a desigualdade jurídica. O Estado encontra-se em uma posição juridicamente superior à do particular em uma relação de Direito Público. (CREPALDI, S.; CREPALDI, G., 2011, p.2).

O direito tributário enseja uma relação jurídica entre os entes públicos e os contribuintes e o fato jurídico (gerador) dos tributos. O objeto dessa relação gera uma obrigação tributária, que pode consistir numa obrigação de dar ou uma obrigação de fazer ou não fazer.

Assim, calcado em alguns princípios constitucionais, como legalidade, anterioridade, igualdade, capacidade tributária, vedação ao confisco, entre outros, a função do direito tributário nada mais é do que estabelecer uma relação entre o Estado e o cidadão/contribuinte, de modo que as contribuições se fazem necessárias ao regular andamento econômico do país, bem como ao controle das despesas públicas.

4.2 Obrigação tributária

O direito tributário gera uma relação jurídica entre Estado e contribuinte, já que se trata de uma natureza obrigacional. Nesse sentido, Hugo de Brito Machado conceitua a obrigação tributária:

[...] relação jurídica em virtude da qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de prestar dinheiro ao Estado (sujeito ativo), ou de fazer, não fazer ou tolerar algo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, e o Estado tem o direito de constituir contra o particular um crédito. (MACHADO, 2010, p. 129).

Luciano Amaro (2016, p. 272) ilustra que a obrigação tributária pode abstrair à vontade e até mesmo ao conhecimento do contribuinte, visto que a obrigação se vinculará a ele e irá comprometê-lo ao cumprimento de seu objeto, que se constrói por meio de uma prestação.

Assim sendo, entender-se-á que a obrigação tributária pode ser dividida em obrigação principal e obrigação acessória. A primeira, tal como dispõe o art. 113, §1º do Código Tributário Nacional, ocorre do fato gerador e caracteriza-se pelo pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária.

A obrigação acessória, prevista no o art. 113, § 2º do Código Tributário Nacional, não está vinculada à existência de uma obrigação principal, mas sim a uma obrigação de fazer ou não fazer pela qual os meios de fiscalização consigam acompanhar o recolhimento dos tributos. Desse modo, o não cumprimento da obrigação acessória gerará uma penalidade pecuniária e será convertida em obrigação principal (art. 113, § 3º do Código Tributário Nacional).

Os arts. 114, 115 e 116 do Código Tributário Nacional tratam o fato gerador que incide sobre a obrigação principal e acessória. Eduardo Sabbag (2016, p. 748) ilustra

que a obrigação existirá no momento da ocorrência do fato gerador, que é o liame jurídico obrigacional e enseja ao lastro da relação intersubjetiva tributária.

4.3 Responsabilidade tributária

Nesse diapasão, a responsabilidade tributária, em regra, é a obrigação que o sujeito passivo da relação jurídica assume de pagar o tributo ou a penalidade pecuniária.

Não necessariamente, o contribuinte será o responsável pela obrigação imposta em lei. O legislador, ao conferir a responsabilidade tributária, viabilizou os casos em que o contribuinte se torna inacessível ou em que a obrigação não puder ser integralmente cumprida.

Dessa forma, o art. 128 do Código Tributário Nacional, disciplina que o contribuinte poderá participar da responsabilidade tributária na integralidade da obrigação, parcialmente ou mesmo desobrigar-se, desde que instituído um terceiro vinculado ao fato gerador em seu lugar.

A responsabilidade poderá se dar por meio de substituição ou transferência. Eduardo Sabbag conceitua responsabilidade por substituição:

[...] quando a lei determinar que o responsável (substituto) ocupe o lugar do contribuinte (substituído), desde a ocorrência do fato gerador, de tal sorte que, desde o nascimento da obrigação tributária, aquele – o responsável – já é o sujeito passivo. (SABBAG, 2016, p. 775-776).

Lado outro, a substituição por transferência ocorrerá posterior à obrigação, transferindo a um terceiro a ocupação de sujeito passivo da obrigação tributária, que era ocupada pelo contribuinte. (SABBAG, 2016, p. 776).

A responsabilidade por substituição poderá ocorrer em dois momentos: “para trás” e “para a frente”. Nas palavras do autor, a substituição regressiva ou “para trás”, trata do adiamento do recolhimento do tributo com relação ao pretérito em que ocorre o fato gerador. Enquanto a substituição progressiva ou “para a frente” ocorre quando há antecipação do recolhimento do tributo em que o fato gerador se dá em momento posterior. (SABBAG, 2016, p. 790).

De outra sorte, a responsabilidade também se divide em: responsabilidade tributária, responsabilidade subsidiária, responsabilidade dos sucessores e responsabilidade de terceiros.

A responsabilidade solidária prevista no art. 134 do Código Tributário Nacional é a possibilidade de dois ou mais sujeitos enquadrarem-se no polo passivo da obrigação. Existe divergência doutrinária quanto à responsabilidade solidária ser na verdade uma responsabilidade subsidiária, visto que, na falta do contribuinte originário, na verdade voltar-se-á obrigação a outro responsável, vinculado ou não ao fato gerador. Por sua vez, a responsabilidade subsidiária nada mais é do que a cobrança ao responsável que se dá somente na tentativa falha de recebimento face ao contribuinte. (SABBAG, 2016, p. 781 e 797).

Quanto à responsabilidade por sucessão, Luciano Amaro (2016, p. 346) esclarece que existirá uma modificação subjetiva passiva de modo que o sucessor ocupará a posição do antigo devedor no estado em que se encontrar a obrigação na data do evento que ocasionou a sucessão.

Dado outro, o art. 134 do Código Tributário Nacional, prevê a responsabilidade de terceiros. Para Hugo de Brito Machado:

A responsabilidade de terceiros, prevista no art. 134 do CTN, pressupõe duas condições: a primeira e que o contribuinte não possa cumprir sua obrigação, e a segunda e que o terceiro tenha participado do ato que configure o fato gerador do tributo, ou em relação a este se tenha indevidamente omitido. (MACHADO, 2010, p. 167).

Por fim, vale ressaltar que a responsabilidade tratada no artigo citado traz como penalização ao terceiro apenas caráter moratório, independentemente se o fato se deu por culpa de uma ação ou omissão sua. Distintamente, o art. 135 do Código Tributário Nacional prevê a responsabilização pessoal do terceiro quando houver praticado ação com excesso de poder ou mesmo houver praticado infração à lei.

5 Do direito tributário penal

O Estado utiliza-se da arrecadação para atingir finalidades de interesse coletivo e é justamente esta a razão pela qual é imposta sanção para aquele que deve, mas deixa de recolher os tributos impostos legalmente.

Os crimes contra a ordem tributária, muitas vezes, são cometidos no âmbito da pessoa jurídica, mas a responsabilidade penal recairá sobre seus administradores. Desse modo, são considerados como crimes comuns, visto que não exige a qualidade de contribuinte ou responsável do sujeito ativo do delito (GONÇALVES; BALTAZAR JUNIOR, 2016, p. 542).

Ademais, em casos em que não seja o administrador da pessoa jurídica responsável pelo fato, podem ser condicionados como partícipes do delito: o empregado, o contador ou mesmo o advogado. Nesse sentido, seguindo a teoria do domínio do fato ou da organização, o autor sempre será o administrador, pois a decisão da ocorrência do fato dependerá de sua anuência, mas não dependerá da materialidade praticada por ele. (GONÇALVES; BALTAZAR JUNIOR, 2016, p. 543).

Porém, o art. 128 do Código Tributário Nacional prevê a possibilidade de responsabilização de terceiro que esteja vinculado ao fato gerador. Nesse caso, o contribuinte será substituído pelo terceiro que assumirá as obrigações.

5.1 Apropriação indébita tributária

A apropriação indébita tributária é um dos crimes contra a ordem tributária e ocorre quando o contribuinte descumpra a obrigação imposta por lei, seja ela principal, seja ela acessória, suscitando-lhe uma sanção, com a finalidade de evitar novo delito.

No direito tributário, a infração pode acarretar diferentes consequências. Se ela implica falta de pagamento de tributo, o sujeito ativo (credor) geralmente tem, a par do direito de exigir coercitivamente o pagamento do valor devido, o direito de impor uma sanção (que há de ser prevista em lei, por força do princípio da legalidade), geralmente traduzida num valor monetário proporcional ao montante do tributo que deixou de ser recolhido. Se se trata de mero descumprimento de obrigação formal (“obrigação acessória”, na linguagem do CTN), a consequência é, em geral, a aplicação de uma sanção ao infrator (também em regra configurada por uma prestação em pecúnia). [...]. Em certas hipóteses, a infração pode ensejar punição de ordem mais severa, quais sejam, as chamadas penas criminais. (AMARO, 2016, p. 462).

A Lei nº 8.137/90 dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária e, em seu art. 2º, II, abarca a apropriação indébita que se dará quando o sujeito passivo deixar de recolher o valor de tributo ou contribuição social no prazo legal ou convencional, aos cofres públicos.

A partir da análise do art. 2º, II, da lei citada, perceber-se-á que existem duas possibilidades de tributação, aquela que é descontada e aquela que é cobrada. Gonçalves e Baltazar Junior exemplificam do seguinte modo:

Quanto ao IRRF, que é descontado, o funcionamento é o seguinte: a fonte pagadora do rendimento (empregador ou contratante) é obrigada a reter uma parcela desse rendimento e fazer o recolhimento para a Receita Federal. Se a fonte fizer o desconto e não recolher, o crime se consuma, e o sujeito ativo é o responsável tributário (empregador ou contratante), uma vez que o tributo foi descontado do sujeito passivo da obrigação, que é o empregado ou prestador de serviço. O IPI, ao contrário, é cobrado. A sistemática, em rápidas linhas, é a seguinte: quando uma operação é sujeita a cobrança do IPI, como, por exemplo, a compra de uma mercadoria, o consumidor paga o valor da mercadoria mais o valor do tributo. Se a mercadoria vale 100 reais, o vendedor deve cobrar 110 reais, porque 10 reais são devidos de IPI. O valor de 10 reais, cobrado em razão do IPI, não pertence ao vendedor, mas sim à União, para quem esse valor deve ser recolhido. (GONÇALVES; BALTAZAR JUNIOR, 2016, p. 564).

O Código Penal, por sua vez, prevê, em seu art. 168-A, apropriação indébita previdenciária, advindo da Lei nº 9.983/2000, que ocorrerá nos casos em que o sujeito passivo deixa de repassar aos cofres públicos os valores devidos à previdência social, que serão recolhidos pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). O bem jurídico a ser tutelado, nesse caso, será o da seguridade social.

Ainda que grande entendimento doutrinário incite a apropriação indébita previdenciária como um crime formal, por se tratar de uma espécie de tributo, ela será caracterizada como crime contra a ordem tributária, ou seja, terá caráter material, conforme entendimento disciplinado na Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal.

O crime de apropriação indébita tributária não admite tentativa, visto que já estará configurado o tipo quando o sujeito ativo deixar de recolher, no prazo estipulado, a contribuição para o ente tributante.

Desse modo, é dispensável que a contribuição não recolhida pelo contribuinte venha compor seu patrimônio ou tenha outra determinação diversa, pois basta que haja retenção dos tributos que deveriam ser repassadas ao fisco para que se constitua o crime.

A doutrina majoritária entende que o crime de apropriação indébita tributária é um crime omissivo próprio, pois existe a previsão de dolo genérico (vontade e consciência), sendo desnecessário o *animus rem sibi habendi* (ânimo de ter a coisa para si).

Se a lei é omissa, como ocorre no caso dos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei nº 8.137/90, segue-se que as condutas referidas na mencionada lei só são puníveis se demonstrada, em cada caso, a ocorrência do dolo. Por isso, as normas da lei penal só incidem se for provado, em cada caso, que os agentes produziram o resultado ilícito por ação ou omissão deliberada, ou seja, com vontade consciente de causar danos ou ofender direito alheio. Logo, para que a lei penal seja aplicada não é bastante a prova da realização da conduta típica nem do resultado – a supressão ou redução ilícita de tributo, contribuição ou acessório –; antes, é indispensável a existência de prova da ocorrência de conduta dolosa que possa ser imputada a alguém de modo individualizado. (ANDRADE FILHO, 2015, p. 70).

As sanções tributárias mais conhecidas são as multas, que serão aplicadas de acordo com o ato cometido e dentro da esfera civil, penal ou administrativa. A sanção surge como garantia do Estado de recebimento dos tributos, pois a aplicação da penalidade por si só não suprime o seu pagamento, tal como prevê o art. 157 do Código Tributário Nacional.

Nesse cenário, embora a Constituição Federal tenha, em seu art.5º LXVII, que não haverá prisão civil por dívida, salvo o inadimplemento de dívida alimentícia ou depositário infiel, recentemente o Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral reconheceu a possibilidade da prisão por dívida tributária quando caracterizada a violação da Lei nº 8.137/90.

EMENTA: PENAL E CONSTITUCIONAL. CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.137/1990. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. OFENSA AO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. I - O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria debatida nos presentes autos, para reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a os crimes previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição. II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso extraordinário desprovido. (STF - ARE: 1029177 SC - SANTA CATARINA 0144243-72.2015.8.24.0000, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 18/05/2017, Data de Publicação: DJe-112 29/05/2017).

De outra sorte, existe entendimento doutrinário em sentido contrário, que entende que o credor deverá tentar receber por vias administrativas e judiciais para que se possa atingir o patrimônio do devedor, pois assim ele terá mais êxito quanto ao recebimento da dívida.

Não se diga que a vedação constitucional, porque se reporta apenas à prisão civil, não se opõe à lei ordinária que define como crime o inadimplemento de dívida, para reprimi-lo com pena prisional. Não é assim. A lei ordinária que define como crime o simples inadimplemento de uma dívida e comina para o que nele incorre pena prisional conflita com a norma da Constituição que proíbe a prisão por dívida. Há, na verdade, evidente antinomia entre a norma da Constituição que proíbe a prisão por dívida e aquela da lei ordinária que define como crime o inadimplemento de dívida, para viabilizar, dessa forma, a aplicação da pena prisional ao devedor inadimplente. (MACHADO, 2010, p. 517).

O fisco será o responsável pela realização do controle dos pagamentos devidos pelo contribuinte, visto que, caso não o faça, poderá perder seu direito de cobrança decorrido o prazo de 5 (cinco) anos da existência do débito. A competência para o julgamento da ação será da Justiça Federal quando o ente tributante for a União e Justiça Estadual nos demais casos. A ação penal será incondicionada com representação do Ministério Público Federal.

5.2 Exclusão da culpabilidade nos crimes de apropriação indébita tributária

Como forma de estímulo de realização do pagamento dos tributos, o Código Tributário Nacional, em seu art. 138, prevê a possibilidade da exclusão das penalidades que são impostas quando o contribuinte se torna inadimplente. Para que tenha essa garantia, o contribuinte terá que se autodenunciar à autoridade administrativa, antes da propositura da ação fiscal, e realizar o pagamento do crédito existente, acrescido dos juros de mora, ensejando assim a extinção de seu crédito. Assim, estará o agente isento de responsabilidade e afastará a multa punitiva.

Dessa feita, o art. 6º da Lei nº 12.382/2011 trouxe, em seu esboço, a possibilidade da suspensão da exigibilidade punitiva, quando o agente fizer adesão ao parcelamento, bem como a possibilidade de extinção da punibilidade quando houver o pagamento integral do parcelamento realizado.

Hugo de Brito Machado, por sua vez, menciona que a extinção da punibilidade também poderá ocorrer em outras modalidades de quitação dos créditos tributários existentes:

A rigor, a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária opera-se como decorrência de qualquer das causas de extinção do crédito tributário. Não apenas em decorrência do pagamento, mas também em decorrência da compensação, da transação, da remissão, da prescrição e da decadência, da conversão do depósito em renda, do pagamento antecipado e da homologação do lançamento respectivo, da consignação em pagamento, da decisão administrativa

irreformável e da decisão judicial com trânsito em julgado que tenham afirmado a improcedência da cobrança do tributo, da dação em pagamento e, ainda, de outras causas não enumeradas no art. 156 do Código Tributário Nacional, tais como a novação e a confusão. Extinto o crédito tributário, estará extinta a punibilidade relativamente ao crime concernente ao mesmo crédito. (MACHADO, 2010, p. 525).

Nesse sentido, o crime de apropriação indébita tributária irá resultar da conduta do agente que se omite, quando, na verdade poderia agir, e sua culpabilidade advém da exigibilidade de conduta diversa, que poderá ser descaracterizada quando demonstrada a existência de dificuldades financeiras.

Com fulcro na teoria da inexigibilidade de conduta diversa, as dificuldades financeiras acarretam a possibilidade de afastamento do dolo do agente ou podem incidir a causa supralegal de exclusão de culpabilidade.

O entendimento doutrinário sobre o impedimento dos pagamentos dos tributos por parte do agente, quando passa por dificuldades financeiras, poderá ser enquadrado em duas hipóteses. A primeira delas refere-se à atipicidade da conduta, que se dará quando, por falta de recursos, torna-se impossível o recolhimento dos tributos; ou ocorrerá em casos da exclusão de culpabilidade, que se dará, diante da inexigibilidade de conduta diversa, o recolhimento, mesmo que possível, compromete o funcionamento da empresa.

Dessa forma, resta configurado o estado de necessidade enfrentado pelo agente que deve optar pelo pagamento dos tributos ou pelo pagamento dos funcionários ou mesmo do pagamento de seus fornecedores e despesas de funcionamento.

O pagamento dos funcionários torna-se prioridade, haja vista a necessidade da mão de obra dentro da empresa e da remuneração pelo serviço prestado, já que o trabalhador precisa da sua remuneração para seu sustento e/ou de sua família. De outra sorte, o pagamento dos fornecedores e as despesas da empresa tornam-se extremamente necessários para que a empresa continue funcionando e venha a obter lucros. O agente optará pela lesão de um direito em detrimento da proteção de outro.

À vista do explanado, é inegável que a teoria da inexigibilidade de conduta diversa poderá ser aplicada ao agente como uma excludente de culpabilidade, conforme entendimento jurisprudencial:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO QUE REFORMOU SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. VOTO VENCIDO. ACOLHIMENTO. REFORMA DO ACÓRDÃO. OCORRÊNCIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 386, VI DO CPP (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690 /2008). MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. 1-Constitui apropriação indébita previdenciária deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional (caput do Artigo 168-A do CP, acrescentado pela Lei nº 9983 /200 de 14.07.2000) 2-O dolo do delito é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, obedecendo ao prazo e à forma legal. Não se exige fim específico, ou seja, a animus rem si

habendi, ao contrário do que ocorre na apropriação indébita comum. 3-Resta caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa em razão da crise financeira enfrentada pela empresa; comprovada através de depoimentos das testemunhas e pela prova documental (existência de diversas ações executórias fiscais intentadas em desfavor dos acusados). 4-Embargos infringentes acolhidos e acórdão reformado, com prevalência do voto vencido, para negar provimento à apelação do MPF e confirmar a sentença absolutória, porém com esteio na atual redação dada, pela Lei nº 11.690 /2008, ao artigo 386, VI do Código de Processo Penal. (TRF-5 - ACR: 4212 PB 0003026061995405000001, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 17/12/2008, Pleno, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 20/01/2009 - Página: 99 - Nº: 13 - Ano: 2009).

Logo, o juiz, ao analisar a aplicabilidade do instituto, deverá observar os elementos apresentados pelo agente, para que, a partir da análise do caso concreto e de provas cabais que comprovem a situação do agente, possa decidir de forma justificada a exclusão de sua culpabilidade, utilizando para tanto o princípio da razoabilidade.

6 Considerações finais

A sanção tributária advém de um fato gerador e será aplicada quando o agente descumprir com a obrigação tributária intitulada a ele, pois é necessário que exista a compreensão da importância do recolhimento dos tributos para a manutenção do Estado.

Por sua vez, deve-se ressaltar que embora exista previsão constitucional quanto a cobrança de tributos por parte do Estado, em maioria das vezes os contribuintes não conseguem fazer a arrecadação por conta dos valores exorbitantes.

De forma indireta, a omissão do contribuinte afeta as empresas que recolhem devidamente seus tributos, visto que, embora existam sanções, nem sempre elas conseguem alcançar a todos os devedores tributários.

Assim, pode-se dizer que os crimes contra a ordem tributária são crimes omissivos próprios, não se exigindo do agente nos casos de apropriação indébita tributária a destinação dos valores que deveriam ter sido recolhidos, bastando que apenas não sejam recolhidos.

Na omissão da legislação, caberá ao Poder Judiciário, diante das situações anormais, fazer a análise da reprovabilidade da conduta do agente, para que se designe com fulcro na teoria da inexigibilidade de conduta diversa a possibilidade de exclusão de sua culpabilidade.

Portanto, em consonância com o que a jurisprudência tem demonstrado, conclui-se que é possível a exclusão de culpabilidade nos crimes de apropriação indébita tributária, quando o agente consegue provar cabalmente a existência de dificuldades financeiras como fator impeditivo para o recolhimento dos tributos.

Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 544 p.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, 182 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, 992 p.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo nº 1029177*. Relator: Min. Rosa Weber. Santa Catarina, SC, 18 de maio de 2017. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. 5º Tribunal Regional Federal. *Apelação Criminal nº 4212*. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. *Diário de justiça*. Disponível em: www.trf5.jus.br. Acesso em: 28 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, 688 p.

CREPALDI, Silvio Aparecido e CREPALDI, Guilherme Simões. *Direito tributário: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, 568 p.

BRASIL. *Código tributário nacional*. 2. ed. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

FERRARI, Carlos Gilberto Melchior Rodrigues Sansalone. *História do direito tributário: da origem a aplicação no Brasil*. 2013. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/historia-do-direito-tributario-da-origem-a-aplicacao-no-brasil/47915>. Acesso em: 14 set. 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 1093 p.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 744 p.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, 758 p.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. Malheiros, 2010, 574 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e especial*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 1072 p.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, 1328 p.

A legitimidade dos acórdãos aditivos do Supremo Tribunal Federal nos casos de omissão legislativa inconstitucional

The legitimacy of the additive judgments of the Supreme Federal Court in the unconstitutional legislative omission cases

Cláudio Andrey Costa Ferreira

Bacharel em direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: claudioandreyconf@gmail.com

Resumo: A omissão do Poder Público é um dos grandes problemas do direito atualmente. Essa omissão torna-se relevante quando, para assegurar um direito fundamental, é necessária a complementação infraconstitucional pelo Legislativo, como nos casos das normas constitucionais de eficácia limitada e normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade. Dessa forma, parte da doutrina tem entendido que, para solucionar inconstitucionalidade decorrente de omissão, é imperiosa a adoção de novas técnicas de decisão de inconstitucionalidade, como as sentenças manipulativas de efeitos aditivos. Todavia, muito é questionado acerca da legitimidade desse tipo de decisão judicial, divergindo-se a doutrina e a jurisprudência quanto à mesma. Assim, a presente pesquisa objetiva conceituar e explicar o que são inconstitucionalidades por omissão, bem como definir o que são sentenças aditivas e examinar, através da doutrina e jurisprudências do STF, a legitimidade das sentenças com efeitos aditivos, verificando seus limites jurídicos e os riscos de sua utilização. Para atingir esses objetivos, adotou-se, como metodologia, a pesquisa teórica, utilizando-se do método dedutivo e, como técnica de pesquisa, a revisão bibliográfica de artigos científicos, monografias, manuais acadêmicos e julgados do Supremo Tribunal Federal. Constatou-se a existência de três correntes doutrinárias que buscam analisar essa legitimidade –, uma totalmente favorável à utilização das sentenças aditivas, uma totalmente contra, por entender que sua utilização viola o Princípio da Separação dos Poderes, e uma terceira, que admite sua utilização, porém apenas nos casos onde for a única forma possível para a correção da omissão, sendo uma solução constitucionalmente obrigatória.

Palavras-chave: Sentença aditiva. Omissão legislativa. Ativismo judicial. Inconstitucionalidade. Direitos fundamentais.

Abstract: The omission of the Public Power is one of the great problems of law today. This omission becomes relevant when, in order to ensure a fundamental right, it is necessary the infraconstitutional supplementation by the Legislative, as in the case of constitutional rules of limited effectiveness and programmatic norms linked to the principle of legality. Thus, part of the doctrine has understood that, in order to solve unconstitutionality due to omission, it is imperative to adopt new techniques of unconstitutionality decision, such as manipulative sentences of additive effects. However, much is questioned about the legitimacy of this type of judicial decision, diverging from the doctrine and the jurisprudence on the same. Thus, the present research aims to conceptualize and explain what are unconstitutionality by omission, as well as to define what are additive sentences and to examine, through the doctrine and jurisprudence of the Supreme Court, the legitimacy of sentences with additive effects, verifying their legal limits and the risks of its use. In order to reach these objectives, the

theoretical research was adopted using the deductive method and, as a research technique, the bibliographical review of scientific articles, monographies, academic manuals and judgments of the Federal Supreme Court. It was found that there are three doctrinal currents that seek to analyze this legitimacy, one totally favorable to the use of the additive sentences, one totally against, because it considers that its use violates the Principle of the Separation of Powers and a third, that admits its use, but only in cases where it is the only possible way for the correction of the omission, being a constitutionally obligatory solution.

Keywords: Additive sentence. Legislative omission. Judicial activism. Unconstitutionality. Fundamental rights.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, prevê que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Referido artigo disciplina acerca do chamado Princípio da Separação dos Poderes, em uma repartição horizontal.

Essa independência e harmonia tende a ser mantida através do que Montesquieu (1748 *apud* CANOTILHO, 2003) definiu como Sistema de Freios e Contrapesos. Em sua visão, cada poder teria uma função típica, para o qual o mesmo teria atribuições específicas, além, ainda, de uma função atípica, na qual exerceria atribuições inerentes a outros poderes, porém de forma limitada.

Dessa forma, cada poder seria autônomo e independente, porém com autoridade para limitar o exercício dos demais, mantendo-se a harmonia.

Dos três poderes, o Legislativo é aquele que possui a função típica de editar normas gerais, que, no âmbito federal, é exercido através do Congresso Nacional, como impõe o artigo 44 da Constituição da República, além da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo.

Essa edição de leis também abrange a regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, o Legislativo tem a competência para editar leis que regulamentem direitos previstos constitucionalmente. Um bom exemplo é a Lei nº 8.080/1990, a qual regulamenta o artigo 198 da Constituição Federal, no que diz respeito à criação e organização do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ocorre, todavia, que nem sempre o Legislativo regulamenta esses direitos, ou, quando o faz, acaba restringindo os benefícios da lei a um determinado grupo de pessoas, violando diretamente o princípio da igualdade. Nesses casos, ocorre a chamada omissão inconstitucional legislativa.

Parcela da doutrina tem entendido que “para solucionar inconstitucionalidade decorrente de omissão, é imperiosa a adoção de novas técnicas de decisão de inconstitucionalidade, como as sentenças manipulativas de efeitos aditivos” (MENDES, 2015, p. 1071).

Sentença manipulativa de efeitos aditivos é uma técnica de decisão judicial, do gênero das decisões manipulativas, e ocorre “quando a corte constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência” (MENDES, 2015, p. 1318).

Nesses casos, o Poder Judiciário decide de forma a regulamentar um direito, seja expandindo os efeitos da lei parcialmente constitucional, a fim de beneficiar grupos que não eram alcançados por ela, seja criando regras próprias, quando não há lei regulamentadora.

É o que Canotilho (2003) denominou como declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo), “na medida em que a sentença do Tribunal alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na ‘parte em que não prevê’, contempla uma ‘exceção’ ou impõe uma “condição” a certas situações que deveria prever” (2003 *apud* LENZA, 2014, p. 177).

A doutrina diverge-se quanto à admissibilidade e legitimidade desse tipo de técnica de decisão judicial, pois o Judiciário foge de suas competências típicas e atípicas para exercer as atribuições específicas do Legislativo, caracterizando evidente atuação que se configura como ativismo judicial.

Ao Judiciário é cabível, de forma típica, a aplicação do direito no caso concreto, além de, como legislador negativo, fazer o devido controle de constitucionalidade das leis criadas. De forma atípica, o Judiciário exerce atribuições de natureza legislativa ao editar o regimento interno dos tribunais, bem como atribuições de natureza executiva, quando administra seus órgãos, dispondo sobre férias, licenças, dentre outros assuntos (art. 96, I, da CFB).

No Brasil, o controle de constitucionalidade, nos casos de omissão do Legislativo, é feito através de dois tipos de ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por Omissão) e Mandado de Injunção (MI). Cada um possui suas especificidades e efeitos próprios, sendo as possibilidades de atuação do Judiciário extremamente limitadas na correção da omissão.

Na ADI por Omissão, é possível ao Judiciário apenas declarar a inconstitucionalidade da lei, com a constituição da mora legislativa e a ineficaz recomendação para que o Legislativo edite lei sobre o assunto. No Mandado de Injunção, os efeitos da decisão são, a rigor, são *inter partes*, produzindo efeitos apenas para aqueles que participam da relação jurídica processual, mesmo que a inconstitucionalidade prejudique toda a população.

A relevância do tema é notável e vem aparecendo em inúmeros casos de grande repercussão, como o de aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), direito de greve dos servidores públicos (MI 670, 708 e 712), perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária (ADI 5081), demarcação Raposa Serra do Sol (PET 3388), dentre tantos outros.

Quanto à problemática envolvida, o tema se relaciona ao Ativismo Judicial, sendo questionado pela doutrina acerca de sua legitimidade. A divergência envolve diversos posicionamentos, os quais questionam se o Judiciário poderia decidir de forma a extrapolar suas atribuições e, se sim, quais seriam os limites para que não houvesse arbitrariedades.

Nesse sentido, tendo em vista as possibilidades de aplicação das sentenças aditivas, o presente trabalho se limitará a analisar a sua legitimidade na hipótese de omissão por parte do Legislativo. Além disso, considerando-se a amplitude da Função Jurisdicional, a análise se dará apenas no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

Para esse fim, são objetivos específicos conceituar e explicar o que são inconstitucionalidades por omissão, definir o que são sentenças aditivas, além de examinar, através da doutrina e jurisprudência do STF, a legitimidade das sentenças com efeitos aditivos, verificando-se os seus limites jurídicos e os riscos de sua utilização.

Quanto à metodologia utilizada, adotou-se a pesquisa teórica, tendo em vista ser a mais adequada para o enfrentamento dos problemas de pesquisa apresentados, que consistem em posições doutrinárias e jurisprudenciais divergentes acerca da legitimidade das sentenças com efeitos aditivos.

Quanto aos métodos, foram utilizados a pesquisa bibliográfica, a pesquisa documental e o método dedutivo de análise. A primeira por ser a mais adequada no levantamento de informações doutrinárias sobre o assunto. Já a segunda, consistente em um estudo da jurisprudência do STF, é necessária para se verificar se existe posição dominante sobre o assunto na Corte Constitucional. E, por fim, a terceira, por se fazer uso da dedução para se obter uma conclusão a respeito de determinadas premissas.

2 Da Inconstitucionalidade por Omissão

A fim de garantir a aplicabilidade e eficácia de determinadas normas constitucionais, a Constituição Federal determinou ao Poder Público a adoção de condutas positivas. Todavia, ao omitir-se quando deveria atuar, o Poder Público produz uma conduta negativa, a qual consiste em uma inconstitucionalidade (MORAES, 2008, p. 767).

Luís Roberto Barroso preleciona que “a omissão inconstitucional pode se dar no âmbito dos três Poderes, pela inércia ilegítima em adotar-se uma providência (i) normativa, (ii) político-administrativa ou (iii) judicial” (BARROSO, 2006, p. 296).

Assim, o Poder Público ao ficar inerte, quando lhe é exigido constitucionalmente uma ação, produz evidente omissão inconstitucional. Essa omissão torna-se relevante quando, para se assegurar um direito fundamental, é necessária a complementação infraconstitucional pelo Legislativo, como nos casos das normas constitucionais de eficácia limitada e normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, assevera Canotilho:

a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas (1993 *apud* MORAES, 2008, p. 767).

As omissões legislativas podem ser absolutas ou relativas. As omissões absolutas ou totais dizem respeito à ausência total de lei, ou seja, decorre do silêncio do legislador. Já as omissões relativas podem ser subdivididas em relativa ou parcial propriamente dita (BARROSO, 2006, p. 297-298).

Quanto às omissões relativas, ensina Barroso:

Na omissão parcial propriamente dita, a norma existe, mas não satisfaz plenamente o mandamento constitucional, por insuficiência ou deficiência de seu texto. Por outro lado, a omissão será relativa quando um ato normativo outorgar a alguma categoria de pessoas determinado benefício, com exclusão de outra ou outras categorias que deveriam ter sido contempladas, em violação ao princípio da isonomia. (BARROSO, 2006, p. 298).

As omissões inconstitucionais são, portanto, evidente vício que necessita ser sanado com extrema urgência. Pensando nisso, o constituinte brasileiro, na Constituição Federal de 1988, criou dois mecanismos de solução da inconstitucionalidade por omissão: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

2.1 Mandado de Injunção

Segundo Alexandre de Moraes, o Mandado de Injunção “consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal” (MORAES, 2008, p. 169). Essa ação é um direito fundamental e está prevista no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, com regulamentação pela Lei nº 13.300/2016.

O art. 2º da referida lei disciplina que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

São legitimados para propor ação de Mandado de Injunção as pessoas naturais ou jurídicas, titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas acima mencionadas. Essa ação é movida em face do poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

A decisão que julga o mandado de injunção, em regra, tem eficácia limitada às partes e só produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

É interessante ressaltar, por fim, o que prevê a chamada Teoria Concretista do Mandado de Injunção. Para a corrente doutrinária que apoia essa teoria, a decisão que julga o mandado de injunção teria “efeito constitutivo, regulando a matéria, dotando-a de eficácia”, assim, “o Judiciário regulamentaria a matéria em virtude da omissão do Legislativo” (MOURA *apud* JR., SIQUEIRA, 2017, p. 440).

Ela se divide em duas espécies, uma individual, que regulamentaria determinados casos concretos, e uma genérica, a qual regulamentaria todos os casos, dando a todos efeitos *erga omnes* (MOURA *apud* SIQUEIRA JR., 2017, p. 440).

A Lei nº 13.300/2016, que regulamenta o mandado de injunção, adotou essa teoria no parágrafo 1º do art. 9º, prevendo a possibilidade de a decisão ter efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ADO ou ADI por Omissão, é uma ação do controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade, julgada pelo STF, nos termos do art. 102, I, "a", da CFB/1988, tendo como escopo controlar inconstitucionalidades provenientes da omissão do Poder Público.

São legitimados para propor ADI por Omissão: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, I a IX, CFB/1988).

Diferentemente do que ocorre com o Mandado de Injunção, aqui, ao se reconhecer a omissão inconstitucional, o STF poderá apenas comunicar ao poder competente para que adote as providências necessárias para correção da omissão e, em se tratando de órgão administrativo, para que o faça em trinta dias (art. 103, § 2º, da CFB/1988).

Todavia, no caso do poder Legislativo, como não há prazo preestabelecido, não há qualquer sanção que lhe possa ser imposta caso permaneça omissa, não podendo ser forçado pelo Judiciário a exercer sua função, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes (MORAES, 2008, p. 769).

Em que pese a impossibilidade de o Judiciário impor ao Legislativo a edição da norma, a fim de sanar a omissão inconstitucional, a Constituição Federal assegura ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de editar súmula, no caso de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, a qual terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Art. 103-A, da CFB/1988).

Dessa forma, seria possível ao STF criar entendimento acerca da omissão, fazendo com que os demais órgãos do Judiciário e a administração pública ficassem a ele vinculados, sanando temporariamente a omissão até a elaboração da lei omissa pelo Legislativo.

3 Das Decisões Manipulativas

Decisão ou Sentença Manipulativa, apesar de não ser um termo comumente utilizado no Brasil, é espécie das chamadas Sentenças Interpretativas (*lato sensu*), das quais também fazem parte as Sentenças Interpretativas *stricto sensu* e as Sentenças Interpretativas no âmbito do Controle Difuso (BRUST, 2011, p. 399 e 437).

As decisões manipulativas ficam caracterizadas quando o Tribunal não se limita a escolher uma interpretação possível ao texto legal questionado, mas sim atribui novo significado, manipulando ou modificando o conteúdo normativo (BRUST, 2011, p. 414).

Existem três espécies de decisões manipulativas, quais sejam: sentença de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; sentença substitutiva e sentença aditiva.

As sentenças de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, também conhecidas “por redutiva ou por inconstitucionalidade parcial qualitativa” (BRUST, 2009, p. 509), ocorrem “quando a norma é declarada inconstitucional em relação a determinadas situações ou pessoas e constitucional em relação a outras. Em outros termos, a redução não ocorre no texto, e sim na abrangência da norma” (PADILHA, 2014, s.p.).

Por outro lado, as sentenças substitutivas são utilizadas nos casos onde a declaração de inconstitucionalidade de uma norma acaba criando um “vácuo legislativo que se torna uma ameaça à segurança jurídica” (BONSAGLIA, 2010, p. 19). Nesses casos, a Corte poderia adotar duas medidas:

[...] a primeira é manter, temporariamente, em vigor a lei impugnada, até o momento apropriado para suprimi-la de vez do ordenamento jurídico; alternativamente, a segunda medida é a criação de regra que supra o vácuo legislativo deixado pela norma afastada, até que o Legislativo edite novo dispositivo. (BONSAGLIA, 2010, p. 19).

Já as sentenças manipulativas aditivas, objeto deste estudo, tiveram origem no direito italiano e são utilizadas nos casos onde a lei é inconstitucional por não estabelecer, fornecer, omitir, não incluir ou, ainda, excluir algo que deveria estar de acordo com a Constituição (BRUST, 2011, p. 428).

Esse tipo de decisão busca evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, adicionando a ela “o conteúdo necessário para que passe a estar de acordo com a Constituição, porém, sem que com isso o texto normativo seja modificado” (BONSAGLIA, 2010, p. 22)

Para o ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, as sentenças manipulativas de efeitos aditivos ocorrem “quando a corte constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência” (MENDES, 2015, p. 1318).

No Brasil, esse tipo de técnica de decisão judicial vem sendo utilizada quando há omissão do Poder Público, principalmente nos casos onde é necessária a regulamentação de uma norma constitucional de eficácia limitada, havendo a violação do princípio da igualdade, seja pela falta de regulamentação, seja pela lei regulamentadora beneficiar apenas parcela da população.

4 Da legitimidade das sentenças aditivas

Quando se discute a respeito das omissões inconstitucionais normativas e as possibilidades de correção deste vício, a doutrina diverge em inúmeros aspectos. Essa divergência permanece quando se debate a possibilidade de utilização das sentenças com efeitos aditivos.

Augusto Martín de La Vega entende que o problema do uso deste tipo de técnica de decisão judicial “diz respeito a sua capacidade de introduzir no ordenamento novos conteúdos normativos e aos efeitos que a introdução dessas novas normas opera perante o Judiciário” (LA VEGA, 2003, *apud* QUINTAS, 2016, p. 253).

Tendo em vista essa problemática, o autor acredita que vários fatores levaram o Judiciário a desenvolver esse tipo de decisão, entre os quais se podem destacar

(i) o sentimento de inércia do Parlamento em dar cumprimento a uma Constituição com forte carga programática e em adequar o ordenamento legal preexistente à nova ordem constitucional, (ii) a modificação do papel institucional do Tribunal Constitucional, que deixa de ser visto como mero guardião da Constituição para se tornar o motor das reformas constitucionais necessárias, e (iii) a busca de uma certa racionalização da criação jurisprudencial do direito, por meio da jurisdição constitucional. (LA VEGA, 2003, *apud* QUINTAS, 2016, p. 253).

Nesse sentido, existem diversos posicionamentos quanto à legitimidade das sentenças aditivas, podendo-se agrupá-los em três correntes: uma favorável à utilização dessa técnica de decisão judicial, uma totalmente contra e outra intermediária, a qual aceita sua utilização com algumas restrições.

Assim, a fim de se analisar a legitimidade, bem como as possibilidades e limites de utilização das sentenças com efeitos aditivos no Brasil, é necessário explorar o posicionamento de cada uma dessas correntes, além da posição do STF quanto a elas.

4.1 Corrente pró-sentenças aditivas

A parcela da doutrina que defende a legitimidade das sentenças aditivas fundamenta seu posicionamento na supremacia constitucional, pois competiria às Cortes Constitucionais garantir a supremacia da constituição, além de tutelar os direitos fundamentais e de minorias contra as omissões do legislador.

A supremacia judicial, em linhas gerais, defende que as cortes, no exercício do controle judicial da legislação, devem possuir a última palavra em matéria de direitos fundamentais, porque elas apresentam um tipo de deliberação superior fundada na interpretação de princípios constitucionais. Para os defensores da supremacia judicial, as cortes devem extrair da constituição a melhor interpretação possível. Além disso, por agirem livres da pressão política, as cortes representam uma garantia do cidadão contra a tirania da maioria. (NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 54 e 56).

Dessa forma, muitos são os doutrinadores que defendem esse ideal, todavia com pensamentos diferentes quanto à finalidade do instituto.

Franco Modugno, constitucionalista italiano, fundamentando-se na necessidade de haver uma garantia dos cidadãos contra o legislador, defende a ideia de ser necessário um órgão de natureza jurisdicional para atuar como guardião da constituição. Dessa forma, para o autor, seria função da corte constitucional “realizar positivamente os valores e princípios constitucionais, os quais são ‘susceptíveis de

desenvolvimento e de evolução, e não como mero dado negativamente limitado, historicamente determinado e invariável” (MODUGNO, 1985, *apud* NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 54).

O autor ainda pontua que a inércia do legislador em concretizar estes valores e princípios autorizaria a Corte Constitucional a implementá-los, haja vista ser a “autêntica intérprete da vontade do constituinte” (MODUGNO, 1985, *apud* NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 54).

Nesse sentido, o jurista português Jorge Miranda preceitua que as sentenças aditivas são um tipo de decisão de eficácia “mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais” (1985 *apud* NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 55). E fundamenta seu entendimento na ideia de que “o órgão de fiscalização não se comporta aqui como legislador”, pois não age “segundo critérios políticos”, mas sim “vinculado aos critérios de interpretação e construção jurídica inerentes à hermenêutica constitucional” (MIRANDA, 1985 *apud* NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 55).

No Brasil, Paulo Frederico Paiva defende a admissibilidade das sentenças com efeitos aditivos, argumentando que “quando se mantém em mente o caráter contramajoritário do Estado constitucional e da jurisdição responsável por seu equilíbrio” as sentenças aditivas não podem ser taxadas “como contrária à natureza da atividade da jurisdição constitucional”. (PAIVA, 2008, p. 23).

Quanto ao dogma do legislador negativo, Sérgio Fernando Moro entende que

o dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo não se sustenta quando presente violação da Constituição. O Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, sempre interfere na atividade legislativa, seja quando supre a falta de lei, seja quando invalida lei inconstitucional, não se diferenciando, em substância, essas duas formas de controle (MORO, 2001 *apud* PUCCINELLI JUNIOR, 2013, p. 118)

Nesse sentido, Lenio Streck, ao discorrer acerca da Lei nº 9.868/99, a qual regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, pontua que o dogma do legislador negativo já estaria ultrapassado, pois o Parlamento brasileiro ao editar a respectiva lei, “admite que a função do Poder Judiciário não é tão somente a de, no plano do exame de constitucionalidade, agir como legislador negativo” (2004 *apud* PUCCINELLI JUNIOR, 2013, p. 118-119), pois

[...] quando se adiciona sentido ou se reduz o sentido (ou a própria incidência de uma norma), estar-se-á fazendo algo que vai além ou aquém do texto da lei, o que não significa afirmar que o Tribunal está legislando. Pelo contrário. Ao adaptar o texto legal à Constituição, a partir dos diversos mecanismos interpretativos existentes, o juiz ou tribunal estará tão somente cumprindo sua tarefa de guardião da constitucionalidade das leis. (STRECK, 2004 *apud* PUCCINELLI JUNIOR, 2013, p. 118-119).

É importante destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes ao julgar a ADPF 54 do STF, a qual questionava a constitucionalidade da proibição do aborto de fetos anencéfalos:

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana [19] – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação (BRASIL, 2012, p. 299).

[...]

Assim, observe-se que, nesta ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva (BRASIL, 2012, p. 302).

Ao final, o Ministro acolheu “a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto” (BRASIL, 2012, p. 302), caracterizando a perfeita utilização da técnica de decisão com efeitos aditivos.

Por fim, o Ministro conclui afirmando que “essa parece ser uma técnica viável de decisão, que de nenhuma maneira atenta contra os princípios da legalidade (e reserva de lei) estrita e da tipicidade penal” (BRASIL, 2012, p. 306).

É importante destacar, por fim, que parcela da doutrina entende que a atuação da Corte Constitucional em interpretar a norma pode ser entendida como um “prolongamento ou até mesmo uma fase do processo legislativo” (COELHO, 2007, *apud* BOTELHO, 2010, p. 190). Dessa forma, a Corte estaria agindo de forma a complementar o trabalho despendido pelo Legislativo, em uma espécie de cooperação para a criação da norma.

4.2 Corrente contrária às sentenças aditivas

Uma segunda corrente defende a impossibilidade da corte constitucional atuar como legislador positivo, pois, caso isso ocorresse, o Judiciário estaria saindo de suas atribuições, com a consequente violação do dogma do legislador negativo e dos princípios democráticos e da separação dos poderes.

Nesse sentido, Gustavo Zagrebelsky (1977 *apud* NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 77-78), jurista italiano, ensina que a prolação de uma decisão com efeito aditivo traria ao Judiciário o exercício de uma atividade de natureza “paralegislativa”, a qual acabaria substituindo aquela desempenhada pelo parlamento.

O autor ainda afirma que “se a norma está presente no sistema, compete aos juízes (todos os juízes) extraí-la; se não está, compete ao legislador (somente ao

legislador) estabelecê-la”. Assim, “ao intervir, no primeiro caso, a Corte viola a esfera de competência dos juízes, no segundo caso, a do legislador”. (1977 *apud* NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 77-78).

José Gomes Canotilho (2003), ao se deparar com o problema das omissões legislativas, entendeu que “embora haja um dever jurídico-constitucional do legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação” (CANOTILHO, 2003, p. 1.037).

Assim, Canotilho entende que a corte constitucional deve se manter dentro dos limites do legislador negativo, em razão do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes, sob o risco de tornar-se um “superlegislador” (1996 *apud* NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 78-79).

Augusto Martín de la Veja (2003 *apud* QUINTAS, 2016, p. 252) afirma que uma parte da doutrina que se diz contrária à utilização das sentenças aditiva, o faz por identificar nelas uma espécie de “heterointegração” abusiva do Tribunal Constitucional, pois a Corte traria para si o poder de individualizar a norma legítima que deveria decorrer da atividade legislativa

Nesse sentido, Fabio Lima Quintas complementa, afirmando que

[...] esse tipo de crítica tem fomentado a discussão sobre os limites à função integradora da sentença manipulativa, à qual se oporia a denominada discricionariedade do legislador (entendida como espaço de autonomia política do legislador para definir a oportunidade, os meios e os fins de realização das normas constitucionais) (QUINTAS, 2016, p. 252).

Apesar da tendência do STF em admitir as sentenças aditivas, a sua utilização ainda não é pacificada. No RE-AgR 402.748 PE, de relatoria do Ministro Eros Grau, a Corte poderia ter aplicado essa técnica de decisão judicial, porém não o fez.

O Ministro Eros Grau, ao proferir o seu voto, entendeu que “não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar, na anômala condição de legislador positivo”, para

[...] proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento [...]. [O] Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é inconstitucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação dos poderes. (BRASIL, 2008a, p. 03).

O Ministro ainda cita o julgamento da Representação nº 1.451-7-DF, com acórdão publicado na RTJ 127/789-808, o qual possui o seguinte entendimento:

A jurisprudência desta Corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte da lei, não pode ela alterar o sentido

inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo. (BRASIL, 2008a, p. 03-04).

É importante ressaltar que o STF já editou Súmula Vinculante nesse mesmo sentido. A Súmula Vinculante nº 37 foi convertida a partir da Súmula 339 do mesmo órgão e dispõe que “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia” (BRASIL, 2014).

Este é mais um posicionamento expresso do STF quanto à impossibilidade de atuação ativa do órgão, tendo em vista o princípio da Separação dos Poderes.

4.3 Corrente intermediária ou limitadora

A terceira corrente, por fim, adota uma posição intermediária, admitindo a utilização das sentenças aditivas, porém apenas quando “decorrem de uma solução única, constitucionalmente obrigatória, porque, nessa hipótese, não haveria alternativa para o legislador reparar a inconstitucionalidade apontada pela corte a não ser por meio da solução adotada pelo tribunal” (NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 100).

Dessa forma, a sentença aditiva só seria legítima se fosse proferida *a rime obbligate* ou *costituzionalmente obbligate*.

Vezió Crisafulli (1976 *apud* NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 100), defensor dessa corrente, foi o primeiro a utilizar a expressão *a rime obbligate*. Para o autor, a legitimidade das sentenças aditivas estaria no fato de que, diferentemente do legislador, a Corte não cria livremente uma norma, mas sim individualiza aquela prevista implicitamente no sistema constitucional ou legal, corrigindo a lacuna deixada por meio de uma decisão autoaplicativa, a qual foi constituída de forma obrigatória.

Nessa mesma linha de pensamento, ainda na doutrina italiana, Alessandro Pizzorusso defende a legitimidade das sentenças com efeitos aditivos desde que decorram de “uma resposta única imposta pela lógica do sistema constitucional”, pois esse tipo de decisão não criaria direito novo, haja vista que “a solução já estava presente no ordenamento jurídico”. (PIZZORUSSO, 1982, *apud* NOGUEIRA ISRAEL, 2014, p. 100).

No Brasil, Denise Soares Vargas, ao verificar a mutação constitucional gerada pelas sentenças aditivas, afirma que

[...] não é crível que se legitime, pelo menos no Brasil, a ideia de que a Constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é, pois seria atribuir o poder ilimitado a um grupo de onze pessoas nomeadas politicamente pelo Chefe do Executivo, atendendo aos mais vários critérios subjetivos. (VARGAS, 2014, p. 102).

Todavia, a autora conclui que a utilização das sentenças com efeitos aditivos seria possível, desde que seu uso buscasse alcançar os “valores enraizados na própria Constituição, estando o magistrado-intérprete vinculado a determinados princípios preexistentes” (VARGAS, 2014, p. 104), pois “no atual estágio da democracia, há um

deslocamento no centro decisório, do legislativo para o Judiciário, exigindo uma certa releitura do papel constitucional dado ao Judiciário no quadro da vetusta separação dos poderes” (VARGAS, 2014, p. 100).

Assim,

[...] no panorama atual da separação dos poderes, é plenamente legítimo, desde que dentro de um programa normativo justificado por outras normas constitucionais, que o Judiciário responda às suas competências, atuando como legislador positivo, na atividade de concretização da norma, por intermédio das sentenças manipulativas. (VARGAS, 2014, p. 106).

O STF, nos julgamentos dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, os quais questionavam o direito de greve dos servidores públicos, entendeu que, por não haver lei regulamentadora, a lei de greve dos trabalhadores privados deveria ser estendida de forma a ter aplicação também aos servidores públicos, até que fosse editada lei própria.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no MI 708, citou o ilustre doutrinador Rui Medeiros, afirmando que:

Especialmente no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, esclarece Rui Medeiros que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou ainda quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”. (BRASIL, 2007)

Por fim, o Douto Ministro entendeu que, para aquele caso, seria necessária uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, pois “ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, pode tão somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina” (BRASIL, 2007).

É válido destacar, ainda, que esse tipo de solução constitucionalmente obrigatória guarda íntima relação com teorias que buscam uma padronização das decisões do judiciário, a fim de garantir uma maior segurança jurídica, evitando-se decisões conflitantes para um mesmo caso.

Dentre essas teorias merece destaque a Teoria da Decisão Judicial, de Ricardo Luis Lorenzetti, segundo a qual o juiz deverá utilizar da ponderação de princípios para adequar a sua decisão à constituição e resolver o caso concreto (LUIZ, 2013). Em contraponto, Lenio Luiz Streck critica esse posicionamento, afirmando que, ao realizar o sopesamento, o juiz ainda utilizará sua íntima convicção, descaracterizando a finalidade dessa teoria (2010, *apud* LUIZ, 2013).

Para Streck (2010, *apud* LUIZ, 2013), assim como nessa terceira corrente, a resposta correta a ser dada pelo judiciário é aquela constitucionalmente adequada, devendo-se utilizar das normas e princípios inerentes à Carta Magna para proferir qualquer decisão, de forma a salvaguardar os direitos constitucionalmente previstos.

5 Considerações finais

Um dos maiores problemas enfrentados pelo direito atualmente diz respeito às omissões inconstitucionais do Poder Público. Esse problema torna-se ainda mais relevante quando a omissão impossibilita o exercício de um direito fundamental.

A Constituição Federal é expressa no que tange à exigibilidade de condutas positivas do Estado, a fim de resguardar esses direitos. Todavia, quando o Legislativo é omissivo em regulamentar as normas constitucionais que dependem de lei para produzir efeitos, esses direitos tornam-se totalmente ineficazes gerando a seguinte problemática: o indivíduo é titular de um direito fundamental, porém não pode exercê-lo por não haver lei o regulamentando.

Para esses casos, onde ocorre uma omissão legislativa inconstitucional, a Constituição da República criou dois instrumentos para enfrentá-los, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Em ambos os casos, a omissão inconstitucional é levada ao Judiciário, para que ele, ao analisar o caso concreto, dê uma resposta em consonância com as normas e princípios constitucionais.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem-se no que tange ao tipo de atuação que o Judiciário deve tomar nesses casos. Todavia, há muito o Judiciário vem atuando de forma ativa, saindo de suas atribuições típicas e atípicas.

Dentre as formas de atuação ativa do Judiciário, principalmente nos julgamentos de competência do STF, as sentenças com efeitos aditivos possuem um grande peso, sendo utilizadas em inúmeros casos de grande repercussão, como no de aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), direito de greve dos servidores públicos (MI 670, 708 e 712), dentre outros.

As sentenças aditivas são, portanto, uma técnica de decisão judicial com a finalidade de corrigir omissões praticadas pelo Poder Público e, quando se trata de omissão legislativa, as sentenças aditivas atuam complementando a lei parcialmente constitucional ou trazendo regulamentos para suprir a omissão.

Ao julgar omissões inconstitucionais originárias da Função Legislativa, o Judiciário encontra-se em um impasse. De um lado, há a necessidade de dar uma resposta adequada ao texto constitucional, sanando o vício da inconstitucionalidade. De outro, há o princípio da Separação dos Poderes, bem como o Sistema dos Freios e Contrapesos, delimitando sua atuação, impedindo-o de sair de suas atribuições.

É evidente que o Judiciário, ao escolher corrigir o vício por meio de uma sentença aditiva, acabará, por assim dizer, legislando, e é aqui que se encontra o perigo. Por esse motivo, a doutrina tem debatido acerca da legitimidade desse tipo de técnica de decisão, podendo-se separar seus posicionamentos em três correntes, uma favorável à utilização das sentenças aditivas, uma contra e uma que admite sua utilização, porém com restrições.

Em que pese os argumentos levantados por aqueles que defendem as duas primeiras correntes, ambas não parecem responder à problemática da legitimidade das sentenças aditivas. Isso porque, a primeira corrente admite sua utilização sem quaisquer limites, o que poderia gerar inúmeras arbitrariedades por parte dos magistrados. Por outro lado, a segunda corrente entende que as sentenças aditivas são inadmissíveis, pois violam diretamente o princípio da Separação dos Poderes.

Ocorre que a Constituição impõe, em certos casos, que o Poder Público tenha uma conduta positiva e, se uma de suas funções é omissa, no caso o Legislativo, as outras devem agir de forma a corrigir o quanto antes a omissão. Dessa forma, o princípio da Separação dos Poderes não deveria ser óbice para a utilização das sentenças aditivas, pois é dever do Estado, não apenas do Legislativo, garantir a efetividade dos direitos previstos na Constituição.

Por fim, a terceira corrente parece ser aquela que apresenta o entendimento mais adequado à legitimidade das sentenças com efeitos aditivos, tendo em vista só admiti-la nos casos em que sua utilização é a única possível para a correção da omissão, sendo uma solução constitucionalmente obrigatória.

Não se pode admitir a inércia do Poder Público, sendo as sentenças aditivas uma forma aceitável de corrigir as omissões inconstitucionais, desde que sejam utilizadas de forma moderada e apenas quando sua utilização seja a única solução possível para corrigir a inconstitucionalidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONSAGLIA, Alexandre Antonucci. *Sentenças aditivas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 06/2010. (Série IDP). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502146693/pageid/0>. Acesso em: 15/08/2017.

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

_____. Lei nº 13300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. *Lei nº 13.300/2016*. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 11 de abril de 2012. *Diário Oficial*. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 402.748-8. Balança Distribuidora de Petróleo LTDA. União. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 22 de abril de 2008. *Diário Oficial*. Brasília, 16 de maio 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 ES. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. *Diário Oficial*. Brasília, 31 de outubro de 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708 DF. Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. *Diário Oficial*. Brasília, 31 de outubro de 2008c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712 PA. Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP. Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. *Diário Oficial*. Brasília, 31 de outubro de 2008d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 37. “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Brasília, DF, P. 24/10/2014, DJe nº 210. Sessão Plenária de 16/10/2014.

BRUST, Léo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. São Paulo: Revista Direito GV, 2009.

_____. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *La sentencia constitucional en Brasil*. Universidad de Salamaca. Facultad de Derecho. Tesis Doctoral. Prof. Dr. Augusto Martín de La Veja. 2011.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional: versão compacta*. 10. ed. Atlas, 01/2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522496150/pageid/0>. Acesso em: 16 set. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. rev., ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Sobre o conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias*. In Congresso luso-italiano de Direito Constitucional, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.icjp.pt/content/sobre-o-conteudo-possivel-das-sentencas-aditivas-constitucionalmente-obrigatorias>. Acesso em: 27 ago. 2017.

NOGUEIRA ISRAEL, Lucas. *A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar*. Universidade de Brasília – UNB. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação, Mestrado. Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes. 2014.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014. Item 6.6.2. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5380-5/epubcfi/6/2\[vnd.vst.idref=cover\]/4/2/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5380-5/epubcfi/6/2[vnd.vst.idref=cover]/4/2/2@0:0). Acesso em: 06 ago. 2017.

PAIVA, Paulo Frederico. *Decisões manipulativas em controle de constitucionalidade e sua admissibilidade em matéria criminal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. ISSN 1982-4564. Ano 2, 2008/2009.

PUCCINELLI JUNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do estado legislador*. 2. ed. Saraiva, 06/2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502206441/pageid/0>. Acesso em 09 set. 2017.

QUINTAS, Fabio Lima. *Mandado de injunção no supremo tribunal federal*. São Paulo. Saraiva Educação. 2016. (Série IDP). Disponível: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547204174/pageid/0>. Acesso em: 23 set. 2017.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *As sentenças aditivas na jurisdição constitucional*. *Revista Jurídica Escola Superior do Ministério Público de SP*, v.3. 2013: 99-117.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547213152/pageid/0>. Acesso em: 09 set. 2017.

VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 01/2014. (Série IDP). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502209916/pageid/0>. Acesso em: 10 set. 2017.

Crítica à formação e aplicação do precedente brasileiro: como compatibilizar integridade e coerência com devido processo democrático¹

Criticism to the formation and application of the Brazilian precedent: how to conjugate integrity and coherence with the due democratic process

Guilherme Felipe Mendes Macário Carneiro

Advogado. Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC-Minas.
E-mail: guilherme_carneiro03@hotmail.com.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo traçar parâmetros para estudo dos precedentes judiciais no direito brasileiro, frutos do sistema de *civil law*. Para isso, serão trabalhados os fatores que deram força à formação de precedentes, bem como analisar-se-ão os motivos pelos quais foi instituída a ideia de aplicação de precedentes em um modelo pautado no sistema *civil law* para, então, concluir se há possibilidade de compatibilizar um modelo de precedentes no direito brasileiro.

Palavras-chave: *Civil law*. Devido Processo Legal. Precedente. Integridade e Coerência.

Abstract: The present work aims to establish parameters to study the judicial precedents in Brazilian law, coming from civil law system. For this, the factors that gave force to the formation of precedents will be studied, as well as an analysis of the reasons why the precedent application was established in a model based on the civil law so as to conclude if it is possible to conjugate the precedents in Brazilian law.

Keywords: Civil law. Due Process. Precedents. Integrity and coherence.

1 Introdução

A interpretação do direito com integridade² é necessária para que sua aplicação seja feita de forma correta e coerente com a história institucional jurídica³ da

¹ O presente artigo foi apresentado como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sob orientação da Ma. Camilla Mattos Paolinelli.

² A noção de integridade aqui abordada parte da proposta de Ronald Dworkin. Ao tratar do referido conceito, o mencionado autor afirma que o juiz, ao ser chamado a proferir uma decisão jurisdicional, "deve resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, considerando adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação". Para o autor, a interpretação jurídica não se conforma com a hipótese de que a lei mantém o mesmo significado durante toda sua existência; a interpretação tem que ser feita "não só do texto da lei, mas também da sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento", ou seja, a interpretação é contínua e muda à medida que a história vai se transformando. O direito é sempre interpretado partindo-se do pressuposto de que as condições temporais de cada uma

comunidade política. Nenhuma norma deve ser analisada de forma isolada, muito menos aplicada com inobservância e contrariedade ao ordenamento jurídico.

O nosso sistema jurídico possui um escalonamento hierárquico, no qual a Constituição representa a norma suprema, da qual as demais devem retirar sua validade e conter regras que não a contrarie.

Partindo do pressuposto de que a Constituição da forma como trabalhada por Ferdinand Lassalle, há muito foi superada pelo que ensinou Konrad Hesse⁴, dúvida não há de que as Normas Constitucionais não devem ser desprezadas ou deixadas de lado.

Levadas a cabo essas premissas e trazendo-as para o presente estudo, tem-se que os princípios institutivos do processo, previstos na Constituição de 1988, são de estrita observância, quer seja para se assegurar aplicação do direito com integridade, quer seja no momento de elaboração das normas processuais. Assim, contrariá-los ou ignorá-los não é uma opção válida.

A forma de aplicação do direito é tema muito discutido e de pouco consenso no âmbito doutrinário. Teorias existem aos montes, mas suas adoções são utilizadas de formas convenientes a cada caso.

É possível afirmar, classicamente, que direito, compreendido enquanto norma estabelecida por lei, tinha sua aplicação feita por meio da lógica tradicional⁵.

A lógica tradicional tem um funcionamento muito prático, no qual, se determinada conduta corresponde ao que está previsto na lei, incide o conteúdo normativo. Essa forma de aplicação do direito o concebe como uma espécie de dogma.

No entanto, críticas contra esse modelo de aplicação do direito começaram a surgir nas primeiras décadas do século XX. Segundo Luis Recaséns Siches:

das decisões influenciam a maneira como a comunidade reconhece determinados fatos sociais. Por isso, deve-se decidir com integridade, de modo que a decisão jurisdicional seja apenas mais um capítulo da história jurídico-institucional da comunidade política. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 379-380 e p. 485. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229.)

³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 379.

⁴ Para Ferdinand Lassalle (*A essência da Constituição*. 2007.) a Constituição não passa de uma folha de papel que deve ser formada pelos fatores reais de poder e, se seu conteúdo não corresponder aos fatores reais de poder, ela sucumbirá. Por sua vez, o autor Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*. 1991.) diz que a ideia de constituição real negaria a constituição jurídica, pois, sempre que houvesse momentâneos eventos políticos, haveria uma mudança na Constituição. Justamente com o intuito de evitar que a Constituição venha a sucumbir a qualquer momento é que Konrad Hesse, levando em consideração que o Direito Constitucional é uma ciência jurídica, portanto, diferente da sociologia e da ciência política, afirma que a Constituição não teria apenas a expressão de um ser, mas também a de um dever ser, trazendo a necessidade de uma “vontade de constituição”, o que faz com que a Constituição tenha uma força normativa, o que evitará o sucumbir diante de vontades oportunistas.

⁵ Também denominada de lógica matemática ou lógica dedutiva.

Foi escrito muito nos últimos sessenta anos para mostrar que o funcionamento do Direito não consiste em uma operação de lógica dedutiva, ou, pelo menos, que não consiste somente nisso. Em muitos lugares, mas especialmente na Alemanha, França, nos países britânicos, América Latina, e especialmente nos Estados Unidos, eminentes juristas, o mesmo teórico que práticos, e de muitas escolas diferentes, tem sustentado que a vida do Direito não é um mero assunto de lógica, nem deve ser." (1956, p. 31, tradução nossa.)⁶

Apesar do surgimento de críticas à aplicação do direito por meio da lógica tradicional, é importante registrar que ela exerceu grande influência perante os aplicadores do direito. Segundo Luis Recaséns Siches (1956), o poder de fascinação que a lógica tradicional tinha se devia ao fato de trazer a ideia de uma boa administração da justiça por meio da certeza, imparcialidade e permanência.

O fato do direito não ser uma questão de lógica matemática é evidenciado por Luis Recaséns Siches, ao afirmar que "[...] as sentenças dos tribunais, assim como as decisões administrativas, quase nunca podem explicar-se como mera dedução lógica do que foi dito nas normas gerais preexistentes" (1956, p. 32, tradução nossa.)⁷

E isso se deve ao fato de a sociedade viver em constante mudança, fazendo com que a lei dificilmente a acompanhe. Dessa forma, impôs-se a necessidade de interpretação da lei no momento de aplicá-la. Por isso, a ideia de que a lei prevê caracteres gerais e é individualizada quando aplicada a um caso específico:

O fato de que tais objetivções da vida humana são revividas, reatualizadas sucessivamente por novos seres humanos, explica o fato de que esses objetos culturais, apesar de serem inertes, cristalizados, adquirem nova vida, mudam, se transformam e evoluem.

Ao reviver uma norma jurídica acontece que as pessoas que a cumprem espontaneamente, ou os órgãos jurisdicionais que a aplicam, a adaptam às circunstâncias concretas de cada caso singular, e a individualizam para esse caso particular. E acontece também que, ao longo do tempo, quando as normas jurídicas preexistentes são aplicadas a novas situações da vida social, nessa operação de ser aplicadas a fatos novos, vão gerando novos significados e produzem outras consequências, diferentes das que produziram no passado. (SICHES. 1956, p. 133, tradução nossa.)⁸

⁶ Se ha escrito mucho en los últimos sesenta años para mostrar que el funcionamiento del Derecho no consiste en una operación de lógica dedutiva, o, por lo menos, que no consiste solamente en eso. En muchos lugares, pero especialmente en Alemania, Francia, los países británicos, Hispanoamérica, y sobre todo en los Estados Unidos de Norteamérica, eminentes juristas, lo mismo teórico que práticos, y de muy diversas escuelas, han sostenido que la *vida Del Derecho* no es un mero asunto de lógica, ni debe serlo.

⁷ Las sentencias de los tribunales, así como las decisiones administrativas, casi nunca pueden explicarse como *mera deducción lógica* de lo dicho en las normas generales pre-existentes.

⁸ El hecho de que tales objetivaciones de la vida humana son re-vividas, re-actualizadas sucesivamente por nuevos seres humanos, explica el hecho de que esos objetos culturales, a pesar de ser ellos en sí inertes, cristalizados, adquiren nueva vida, cambian, se transforman y evolucionan.

A esse respeito, Eros Roberto Grau afirma:

Não tenho pejo em repetir o que aqui mesmo, linhas acima, afirmei. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente. O presente é vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. (2016, p. 96).

Por isso, não se pode dizer que, atualmente, a aplicação do direito seja decorrente de uma lógica tradicional. Muito pelo contrário, para a aplicação do direito, é necessária uma racionalização, é necessário que haja uma interpretação do direito. E é a interpretação que afasta a possibilidade de uma aplicação mecânica das normas jurídicas.

O reconhecimento da ineficácia da lógica tradicional como forma de aplicação do direito, assim como o reconhecimento da necessidade de interpretação para aplicação do direito, faz surgir um grande problema: como deve se dar a interpretação?

A ideia de resposta surgida para essa indagação acabou por conferir ao juiz o poder de interpretar as leis ou, na ausência delas, de criar uma decisão para o caso concreto:

“[...] que o juiz nos casos concretos submetidos ao seu conhecimento se encontra frente a conflitos singulares ou de interesses particulares, sobre os quais deve decidir com um espírito igual ou análogo ao que teve o legislador quando ditou as normas gerais; que em caso de não haver lei que tenha contemplado em termos gerais tal tipo de conflito, deve o juiz realizar em termos específicos e singulares a respeito do litígio sob sua jurisdição as mesmas operações (sociológicas e estimativas) que compete ao legislador.” (SICHES, 1956, p. 165, tradução nossa)⁹.

Al re-vivir una norma jurídica acontece que las gentes que la cumplen espontáneamente, o los órganos jurisdiccionales que la aplican, la adaptan a las circunstancias concretas de cada caso singular, y la individualizan para ese caso particular. Y acontece también que, al correr del tiempo, cuando las normas jurídicas pre-existentes son aplicadas a nuevas situaciones de la vida social, en esa operación de ser aplicadas a nuevos hechos, van engendrando nuevos sentidos, cobran alcance diferente, y producen otras consecuencias, diferentes de las que produjeron antaño.

⁹ [...] que el juez en los casos concretos sometidos a su conocimiento se halla frente a conflictos singulares o particulares de intereses, sobre los cuales debe decidir con un espíritu igual o análogo al que tuvo el legislador cuando dictó las normas generales; que en caso de que no haya ley que hubiese contemplado en términos generales tal tipo de conflicto, debe el juez realizar en términos concretos y singulares respecto del pleito sometido a su jurisdicción las mismas operaciones (sociológicas y estimativas) que incumben al legislador; [...]

Segundo Siches (1956), esse poder conferido ao juiz deve ser pautado pela razoabilidade¹⁰ (lógica de *lo razonable*). Não se aconselha que o juiz decida para além do ordenamento jurídico.

Apesar disso, o poder interpretativo conferido aos juízes vem sendo utilizado para a aplicação do direito de forma livre e conforme o convencimento formado em cada caso. Ou seja, a vontade do juiz tem imperado como regra de interpretação jurídica, surgindo daí o denominado voluntarismo judicante.

O autor Eros Roberto Grau, malgrado tente buscar uma boa fundamentação para que os juízes não decidam de formas desastrosas¹¹, traz em seu texto, com bastante clareza, a tendência acima destacada:

Ademais, como adiante afirmarei, a interpretação é uma *prudência*, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que *deve* (não que *pode*) tomar. Isso em um quadro de enorme complexidade, visto que cada caso comporta sempre mais de uma solução correta, nenhuma exata. (GRAU, 2016, p. 18).

Ao substituir a perspectiva de aplicação mecânica da lei, adota-se a ideia de que a lei deve ser interpretada pelo juiz, momento em que a lei passa a ter o seu verdadeiro conteúdo extraído. No entanto, afirmando isso, seria o mesmo que dizer que a norma é o que seus intérpretes dizem que é. Gera-se, por conseguinte, a possibilidade de decisões pautadas pela consciência subjetiva do juiz, ou pelo senso de justiça, caracterizado por opções pessoais de cada julgador.

E o problema se agiganta quando se admite a possibilidade de o juiz, através da decisão judicial, suprir a ausência de lei¹², conforme se verifica pelo disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Nesse momento, autoriza-se ao juiz a criação do direito, criação pautada na discricionariedade e em princípios de tessitura aberta.

Como forma de superar a função criativa do direito pelo juiz, o pós-positivismo, através da proposta dworkiniana, partindo do pressuposto de que os princípios têm

¹⁰ O autor Eros Roberto Grau traz importante observação em seu livro *Por que tenho medo dos juízes*, na qual, fazendo referência ao HC 82.424-RS, demonstrou que, utilizando-se dos mesmos princípios (razoabilidade e proporcionalidade) em um mesmo caso, os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio tiveram decisões opostas.

¹¹ Mais a frente em sua obra, o autor afirma: “Assim é o juiz: interpreta o direito cumprindo o papel que a Constituição lhe atribui. E de modo tal que se transforma em *coisa-juiz* e passa a ser uma representação para os outros, um modo de ser que não é ele mesmo, mas somente o ser do juiz.” (GRAU, 2016, p. 23.)

¹² Segundo Ronald Dworkin: “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é regida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão” (2010, p. 127.)

força normativa, faz com que estes possam servir de base para que haja decisões dentro da moldura, através de um sistema coerente de regras x princípios.

2 A tendência de fortalecimento dos precedentes no direito brasileiro ou a tendência de "jurisprudencialização" do direito brasileiro

O *civil law*, que é um dos grandes sistemas jurídicos, tem no Iluminismo o marco de uma de suas fases, pois, segundo Ronaldo Cramer (2016), o Iluminismo foi um movimento do qual surgiram os códigos:

Esses códigos eram frutos do iluminismo, pois se fundamentavam na ideia de que a razão humana seria capaz de conceber um documento legal com todas as regras necessárias para regular a relação entre particulares, bem como entre particulares e Estado.

Na visão da época, a codificação veio para acabar com as imperfeições do Direito construído a partir do Direito romano e se propunha a ser uma obra jurídica perfeita, fruto exclusivamente dos debates acadêmicos, sem interferência de outras fontes, que expusesse, de forma clara e, ao mesmo tempo científica, as normas jurídicas à sociedade." (CRAMER, 2016. p. 25.)

Baseando-se no *civil law* surgido na França, pode-se dizer que um dos seus motivos foi limitar o poder do juiz que, por ter relações com a aristocracia, não atuava de forma imparcial¹³. Tal fato acabou acarretando a adoção da tese de Montesquieu sobre a separação das funções estatais pelos países de família *civil law*. Tal tese propunha que o juiz deveria julgar conforme o que dispusesse a lei. Surgiu daí a expressão "juiz boca da lei".

A esse respeito a autora Maria Cecília Bodin de Moraes tece os seguintes comentários:

Em direta oposição ao regime anterior de privilégios nobiliárquicos, o *Code* é pautado pela igualdade formal de todos perante a lei e pela liberdade individual. Esta liberdade era compreendida a partir de uma concepção de homem, sujeito de direitos, cujo elemento central é a vontade, que protagoniza toda a disciplina presente na lei. Daí um regime em que os contratos faziam lei entre as partes e só podiam ser invalidados com base em um rol taxativo de 'vícios da vontade'. Complementarmente, a constrição à atividade judicial era exercida por meio de uma metodologia de aplicação do Direito calcada na interpretação literal, passiva e

¹³ Georges Abboud apresenta outros dois motivos para a adoção do *civil law* pela França. Segundo ele, "o primeiro porque o sul havia suportado menos fortemente que o norte o desenvolvimento do feudalismo, e uma das consequências havia sido converter em inadequadas às necessidades da época as instituições de direito romano, que se convertia por esse motivo em um direito sábio, patrimônio da Igreja. O segundo e mais decisivo consistia na própria vontade dos reis franceses que sabiam que o direito romano seria instrumento imprescindível para a administração de *Languedoc* e do sul da França, ou seja, o direito romano compreendido e juridicamente utilizado, rapidamente, convertia-se em perfeito instrumento de poder." (ABBOUD, 2015, p. 22.)

mecânica, a chamada 'escola da exegese', de modo a garantir a efetiva implementação da nova legislação burguesa. Isto decorreu da combinação do teor do art. 4 do *Code*, obrigando ao juiz a julgar cada caso, com o veto ao teor do art. 9, que projetava a possibilidade de recurso pelo magistrado à equidade. Com efeito, não sendo possível ao juiz, nem em caso de lacuna ou obscuridade, usar a equidade (termo que, com o veto, desaparece do *Code*) e estando ele obrigado a julgar todos os casos, uma vez que não podia mais recusar-se (em decorrência do princípio iluminista da separação dos poderes e incompativelmente com o princípio romano do *non liquet*), compreenderam os primeiros intérpretes que deveria fazê-lo sempre e somente com base em lei, que naquele momento, estava inteiramente contida no Código. Assim se pavimentou o caminho inexorável em direção ao positivismo, fruto do exagero que ficou conhecido como o 'fetichismo da lei'." (MORAES, 2013, p. 4.)

O direito brasileiro se inspirou no modelo dos países de tradição *civil law*, conforme pode se observar pelo disposto no artigo 5º, inciso II, da CR/88, cujo texto prevê que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Apesar do direito brasileiro adotar a tradição *civil law*, a função do juiz não é reduzida apenas à aplicação da lei *ipsis litteris*. Ao juiz é "conferido o poder" de interpretar a lei para aplicá-la.

Essa mudança na aplicação do direito codificado, na qual o juiz pode interpretar a lei ao invés de apenas aplicá-la, segundo Maria Cecilia Bodin de Moraes, tem seu início por influência internacional, que se deu pela Declaração Universal de Direitos do Homem de 1984, assim como pelo fato de as Constituições passarem a implementar direitos e garantias individuais fundamentais, bem como pelo esvaziamento da distinção entre direito público e direito privado, trazendo a necessidade de aplicar a lei seguindo os preceitos constitucionais.

Grande parte das normas constitucionais preveem princípios, e são esses princípios que propiciaram a mudança na aplicação do direito:

A reconstrução do Direito a partir de princípios – que representam valores estabelecidos na Constituição – é viabilizada através do que se denominou 'pós-positivismo'. O termo, pioneiramente apresentado entre nós por Paulo Bonavides, representa uma tentativa de superação do formalismo do positivismo sem o recurso jusnaturalista de se atribuir juridicidade a valores não positivados por meio de deliberação democrática. Conforme se afirmou em outra sede, reconhece-se, ao contrário, 'dentro do próprio direito positivo, a abertura do sistema que, em sua dinâmica, permite, através do processo de interpretação, o recurso – sempre argumentativo – aos valores. Isso se dá especialmente através dos princípios, normas que por sua estrutura peculiar, impõe ao interprete um esforço especial de justificação'. (MORAES, 2013, p. 7).

No Brasil, a interpretação da norma ainda é um poder conferido ao juiz, e essa interpretação estabelece parâmetros para julgar futuros casos, parâmetros que são denominados de precedentes.

Importante observar que, no Brasil, a previsão legal do precedente judicial¹⁴ não é recente. Segundo Ronaldo Cramer (2016), desde o período em que o Brasil sofria domínio por Portugal, já havia a aplicação de precedentes.

Trazendo resumida informação¹⁵, o referido autor apresenta os antecedentes históricos dos precedentes previstos pelo Código de Processo Civil de 2015, a saber: Assentos (decisões emitidas pela Casa de Suplicação do Brasil por força do Alvará de 10 de maio de 1808); Decreto n. 2.684, de 23 de outubro de 1875 (o qual em seu artigo 1º atribui força de lei aos assentos até então existentes e, em seu artigo 2º, atribuiu ao Supremo Tribunal de Justiça competência para criar assentos com eficácia vinculante); Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923 (esse Decreto que reorganizou a “Justiça do Districto Federal” estabelecia a criação de um prejulgado, que ocorria sempre que a lei recebia interpretação diversa); Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936; CPC de 1939 (que estabeleceu no artigo 861 a possibilidade de o juiz, Câmara ou turma julgadora realizar pronunciamento sobre interpretação de lei que possa vir a ter divergência interpretativa).

Apesar da demonstração da existência de antigas legislações que dispunham sobre precedentes, observa-se que estes vêm ganhando força após a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que incluiu, dentre outros, o inciso LXXVIII no art. 5º, da CF/88; e, o art. 103-A, da CF/88, cujas redações são:

Art. 5º [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Art. 103-A. **O Supremo Tribunal Federal poderá**, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º **A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas**, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁴ Importante trazer a observação feita por Georges Abboud (2015), na qual ele afirma que há uma diferença entre o precedente do *common law* e o precedente no Brasil. Enquanto no *common law* os precedentes são criados para aplicação em casos passados, no Brasil os precedentes são criados para solucionar casos futuros.

¹⁵ Dados extraídos do livro de Cramer (2016).

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

A partir da inclusão dos dispositivos acima transcritos na Constituição Federal de 1988, começou-se a inserir alterações legislativas no Código de Processo Civil de 1973 com intuito de aplicar¹⁶ o disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CR/88, como por exemplo: artigo 219, § 5º¹⁷; artigo 285-A¹⁸; artigo 543-A¹⁹; e, artigo 543-B²⁰, todos do CPC/73.

¹⁶ Entende-se que as modificações realizadas pelo legislador no CPC/73 com base no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CR/88, em sua maioria, deram-se de forma errônea, uma vez que, na busca de implementar a “celeridade processual”, foram ignorados outros princípios processuais, como o contraditório, a isonomia, a ampla defesa e a fundamentação das decisões.

¹⁷ Art. 219. [...]

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

¹⁸ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁹ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

²⁰ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Com o advento do CPC de 2015, as técnicas do CPC de 1973 relativas aos precedentes foram reforçadas, assim como houve a criação de outras técnicas, acentuando ainda mais a tendência de utilização do precedente.

O atual Código de Processo Civil, assim como apontado pela doutrina²¹, traz diversas previsões sobre os precedentes judiciais, conforme pode se observar pelos artigos 311, inciso II²²; 332²³; 489, §1º, inciso V; 489, § 1º, inciso VI²⁴; 496, §4º, inciso I, II e III²⁵; 932, inciso IV e V²⁶; 926²⁷; e, 927²⁸.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

²¹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

²² “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;”

²³ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

[...]”

²⁴ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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.”

²⁵ “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

²⁶ “Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

Além dos artigos acima informados, são de grande importância o artigo 947 do CPC, que trata sobre o Incidente de Assunção de Competência, e os artigos 976 a 987 do CPC, que tratam sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

3 Por que "jurisprudencializar" um sistema centrado na reserva de lei?

Ao examinar o Diário do Congresso Nacional, datado de 1º de maio de 1992, na Proposta de Emenda Constitucional n.º 96 de 1992²⁹, de autoria do deputado federal Hélio Bicudo, encontra-se narrativa no sentido de que o Poder Judiciário havia sido esquecido e que, de todos os movimentos e mudanças de Constituição, os Poderes Legislativo e Executivo foram os únicos que tiveram uma maior atenção. A partir dessa afirmação, o mencionado deputado sustenta a necessidade de uma "reforma" do Poder Judiciário abrangendo das "comarcas do Interior até o Supremo Tribunal Federal".

Além da afirmação no sentido de que o judiciário, durante os anos que se sucederam à entrada em vigor da CRFB/1988, manteve sua estrutura praticamente inalterada, verificam-se diversas passagens que atestam o alto custo, a morosidade excessiva e o despreparo técnico na formação de juízes, advogados, Ministério Público

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;"

²⁷ "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."

²⁸ "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."

²⁹ Numeração recebida na Câmara dos Deputados, que posteriormente veio a ser a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004.

e auxiliares da justiça. Nesse sentido, segue trecho extraído do mesmo Diário do Congresso Nacional datado de 1º de maio de 1992:

[...] diante do pouco que se fez a nível de elaboração constitucional dos anos 86/88. A Justiça, em seus vários setores precisa modernizar-se, com a consciência de que os juízes fazem parte da comunidade e que somente enquanto partícipes dessa mesma comunidade podem distribuir Justiça. [...]

Daí a propositura de uma nova organização da carreira de juiz, fixando-o mais demoradamente à comunidade, para que não seja apenas – como hoje acontece – um repetidor das alegações das partes. (BRASIL, Diário do Congresso Nacional, 1992, p. 7.852.)

No ano de 1993, a PEC 96 de 1992 foi convertida em Proposta de Emenda Revisional e teve por relator o deputado federal Nelson Jobim, momento em que se colocou em discussão a, até então, ideia de súmula vinculante. Após algumas modificações no texto originário, a Câmara dos Deputados remeteu para o Senado Federal a PEC que recebeu a nomenclatura de PEC 29 de 2000. Após aprovada, foi publicada em 30 de dezembro de 2004 como Emenda Constitucional n.º 45.

Das matérias tratadas na Emenda Constitucional n.º 45/2004, as mais relevantes para o presente estudo são: razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88); e súmula com efeito vinculante (art. 103-A, da CF/88). Tais modificações foram as que mais deram força ao crescimento dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo antes de conferir efeito vinculante à súmula, o Supremo Tribunal Federal tinha decisões que buscavam demonstrar a importância em se observarem os enunciados das súmulas, como forma de garantir a segurança jurídica e a previsibilidade decisória. Aqui, faz-se menção ao AI 179560 AgR/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, datado de 23/04/1996, no qual constou:

“[...] A Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado "binding effect", ao contrário do que se registra, no sistema da "Common Law", por efeito do princípio do "stare decisis et non quieta movere", que confere força vinculante ao precedente judicial. - A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime - no conteúdo de sua formulação - o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado. - **A formulação sumular, que não se qualifica como "pauta vinculante de julgamento", há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes - função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g.**

(RDA 78/453-459 - RDA 145/1-20) -, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciais, nas decisões que venham a proferir.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal – grifo nosso).

A súmula também traz a ideia de simplificação de atividade processual e, aliando essa função (que após a EC 45 de 2004 se tornou mais forte) à perspectiva de celeridade, tem-se um discurso facilitador para o fortalecimento dos precedentes. Na visão do autor Fábio Caldas Araújo (2016, p. 276.), o referido discurso “reflete o direito ao vivo e a cores”.

O discurso, *prima facie*, pode ser tentador. Tanto que foram introduzidas diversas modificações no CPC de 1973, sobre as quais Humberto Theodoro Júnior (2007) afirma:

Toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil, com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional. Legislação extravagante também cuidou de criar ações novas e remédios acauteladores visando a ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a melhor concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, tornando direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto em nosso país como no direito comparado. Até a própria Constituição foi emendada para acrescer no rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, com texto da EC nº 45, de 08.12.2004). (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 10)

Essa busca por celeridade processual criou, além de mudanças legislativas (como conferir poder aos juízes para decidir *ex officio*, art. 219, §5º, CPC/73 e de proferir decisões de indeferimento liminar, art. 285-A, CPC/73), decisões judiciais que buscaram encurtar o trâmite dos processos judiciais através da denominada jurisprudência defensiva, a exemplo da súmula 187 do STJ³⁰ e do AgRg no Ag 1074826³¹. Isso em um judiciário que tem a ideia ser a jurisdição criadora do direito, conforme se verifica pelo famoso voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, proferido no AgRg no EREsp 279.889³².

O poder interpretativo conferido ao juiz possibilitou decisões das mais variadas. A súmula vinculante e o sistema de precedentes do CPC de 2015 são vistos

³⁰ Súmula 187 – É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.

³¹ “O recurso não assinado na via excepcional é considerado inexistente, inviabilizando o seu conhecimento.”

³² “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. [...]”

como uma forma de trazer segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados, buscando-se, assim, uma unicidade na aplicação do direito.

Há também uma preocupação com a celeridade processual voltada para redução do número de processos em tramitação no judiciário que, no ano de 2015 se aproximou de 74 milhões de processos³³. Daí o emprego da garantia de “duração razoável do processo” e do fortalecimento dos precedentes judiciais (CPC de 2015).

Quanto à súmula vinculante, apesar da apresentação de aparentes vantagens conferidas ao ordenamento jurídico, Georges Abboud (2015) traz a seguinte crítica:

Vejamos, então. A visão tradicional sobre a súmula vinculante é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativa, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo, invocando a favor da utilização da súmula sempre a necessidade de tratar de maneira igualitária os jurisdicionados, ou seja, de que a súmula vinculante é um instrumento que privilegia a isonomia, ignorando que ‘o caso concreto, com as suas circunstâncias particulares e com a individualizada perspectivação histórico-social que impõe, exige uma autônoma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados – os princípios, os institutos dogmáticos, as normas – só podem fundamentar pela mediação de um específico enriquecimento normativo’. (ABBOUD, 2015, p. 55).

Da citação acima transcrita pode-se observar que a ideia empregada na súmula vinculante é a de reviver a premissa trabalhada pelos códigos quando do momento de sua criação, qual seja, boa administração da justiça por meio da certeza, imparcialidade e permanência, o que a própria história cuidou de mostrar ser ineficaz.

No entanto, aqui há uma importante diferença, pois, enquanto a Lei (segundo a Constituição de 1988) é criada de forma democrática, a súmula vinculante é criada pelos juízes. Logo, da ideia de legitimidade democrática para elaboração da lei, passa-se à defesa de legitimidade autoritária na elaboração da “lei”.

E quanto aos juízes de primeiro grau e aos tribunais inferiores, em atualização à expressão “juiz boca da lei”, pode-se afirmar que agora estes são denominados de “juiz boca da súmula”, pois o engessamento da atividade jurisdicional de outrora (imposto pela lei) é revivido na atualidade (imposto pela súmula).

É possível extrair outra importante crítica à súmula vinculante da obra de Georges Abboud:

[...] Não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma. Talvez por isso as súmulas vinculantes representam uma contradição no sistema: o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude de não aplicação das súmulas vinculantes. São, pois, ‘quase ordenanças’ com valor de lei. (ABBOUD, 2015, p. 59-60.)

³³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso 07 fev. 2017.

Adotando-se um viés de estudo relacionado ao processo democrático, única perspectiva apta a legitimar uma decisão judicial – haja vista que é através da implementação do contraditório, da isonomia e da ampla defesa que será assegurada a participação ostensiva dos destinatários normativos na construção das decisões –, tem-se como indefensável qualquer concepção de interpretação ou modo de decisão normativa que imponha uma decisão vinculante, obrigatória, que não garanta às partes a defesa de seus direitos de acordo com as garantias do devido processo constitucional.

As decisões do tipo “decido com base na súmula X” ou “decido com base na jurisprudência Y” carecem de legitimidade por não enfrentarem, de forma exaustiva, os argumentos deduzidos pelas partes.

Ora, o direito não é estático; as normas, assim como as decisões judiciais (Jurisprudência, súmula e precedente), não condensam todas as possibilidades imagináveis para serem aplicadas por mero silogismo. A norma é fruto da interpretação. Não se interpreta tese e sim fatos que são alegados pelas partes, e a alegação das partes é propiciada pelo contraditório, isonomia e ampla defesa.

Segundo Rosemiro Pereira Leal:

É atualmente o processo, por criação constitucional, uma instituição jurídica com caracteriologia própria definidos nos princípios que lhe são integrantes, quais sejam o contraditório, ampla defesa e a isonomia. Esses princípios que, por comportarem desdobramentos em seu âmbito jurídico com amplo grau de fecundidade, assumem, a nosso ver, a característica de autênticos institutos, porque, ao estudá-los, depara-se com vasto painel de implicações teóricas de conotações enciclopédicas.” (LEAL, 2009, p. 96)

Após informar que o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são os princípios que institucionalizam o processo, o referido autor os conceitua dizendo:

Por conseguinte, o **princípio do contraditório** é referente lógico-jurídico do **processo** constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo **direito-garantia** de se manifestarem. (LEAL, 2009, p. 97).

O **princípio da isonomia** [...] é referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (**processo**), uma vez que a liberdade de contradizer no Processo equivale à **igualdade temporal** de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental. (LEAL, 2009, p. 98).

O **princípio da ampla defesa** é coextenso aos do contraditório e isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos **limites temporais** do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreita (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto

de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. (LEAL, 2009, p. 98.)

Quanto à importância dos princípios institutivos do processo na legitimação da decisão judicial, André Cordeiro Leal faz as seguintes colocações:

Assim é que, por integrar o quadro principiológico constitucional do processo, o contraditório deve-se articular de maneira inafastável com os demais princípios, sobretudo com o princípio assecuratório da fundamentação das sentenças judiciais, sob pena de perda de legitimidade do Direito. (LEAL, 2002, p. 40).

De fundamental importância, portanto, o respeito aos princípios institutivos do processo. E, de nada valeria respeitar o contraditório, a isonomia e a ampla defesa se a necessidade de fundamentação (art. 93, X, CF/88) não os levasse em consideração. Para que realmente haja discursividade e que a sentença judicial seja legítima, é necessária a observância de todos esses princípios.

Analisando a importância de atrelar o contraditório à fundamentação das decisões, afirma Maurício Ramires:

É por isso que se diz que a exigência de fundamentação nem precisaria estar expressa no texto constitucional para configurar uma inarredável garantia política contra o arbítrio judicial, uma vez que ela, corretamente compreendida, decorre de forma direta do princípio do contraditório. Isso porque o contraditório, por óbvio, não pode ser entendido como o direito apenas de alegar e provar em juízo, mas também o de obter ‘respostas’ a estas alegações ou provas. E tal direito deve ser necessariamente assegurado a ambas as partes: vencido e vencedor.” (RAMIRES, 2010, p. 42).

André Cordeiro Leal também demonstra a importância de atrelar o contraditório à fundamentação das decisões afirmando:

É exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente do Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos. (LEAL, 2002, p. 77).

Dessa forma, se o juiz fundamentar sua decisão com base na lei ou na jurisprudência, simplesmente citando-as, escolhendo livremente as argumentações de uma das partes, ou rechaçando-as e decidindo conforme lhe convém sem, contudo, apresentar as motivações pelas quais determinada argumentação é tida por válida e a outra por inválida, ou porque ambas são inválidas, tornará a decisão nula, pois carente de fundamentação.

Por isso, a decisão que apresentar como ponto de fundamentação determinada súmula, jurisprudência ou precedente, sem que se combatam os pontos arguidos pelas

partes, não refletirá uma decisão válida (democrática), uma vez que foram ignoradas as determinações constitucionais.

A fundamentação das decisões é necessária para que se combata a arbitrariedade:

É assim, portanto, que é preciso compreender a obrigação de motivação da decisão judicial como garantia política e democrática. É freio ao arbítrio; a referência à sustentação normativa da decisão evidencia que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor, mas de um trabalho de conhecimento e reflexão. É uma necessária comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade, pois faz parte da responsabilidade dos juízes a sujeição de seus provimentos à ciência e à opinião das partes e do público, de forma transparente. (RAMIRES, 2010, pág. 40-41).

Além do mais, nos dizeres de José Souto Maior Borges (2013), o juiz não faz a sentença:

Estranha afirmação essa, a de que o juiz não faz a sentença. Ela, contudo, significa apenas que a sentença não resulta exclusivamente de um ato isolado do juiz, mas da totalidade do diálogo que as partes entretêm no processo.

O diálogo não pode, então, ser assimilado pela retórica, que acaba por mostrar-se *solipsista*, na sua obstinada busca da persuasão, ao contrário da dialética que, no processo judicial, visa precisamente a 'desbloquear o diálogo de surdos' (Francis Jaques). Essa técnica de argumentação, a retórica, buscando a persuasão, põe-se eventualmente a serviço de fins individualistas, a dialética visa à verdade. (BORGES, 2013, p. 31-32.)

Apesar das críticas apresentadas, fato é que a súmula vinculante e a celeridade processual deram força à institucionalização do sistema de precedentes no CPC de 2015.

E há quem diga que a Constituição de 1988 já trazia a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni (2016) buscam demonstrar que a necessidade de respeito aos precedentes já existia na CF/88 de forma implícita, e que é decorrente do direito fundamental à segurança jurídica no processo:

Nossa Constituição não prevê o direito à segurança jurídica no processo. Contudo, um dos fundamentos do Estado Constitucional é a segurança jurídica. Além disso, nosso ordenamento constitucional arrola expressamente, entre os direitos fundamentais, o direito à segurança jurídica (art. 5º, *caput*). Especificamente, a Constituição refere que o legislador não pode prejudicar 'a coisa julgada' (art.5º, XXXVI). Daí que, nada obstante não contemplado expressamente, é evidente a existência de direito fundamental à segurança jurídica no processo em nossa ordem constitucional (*Recht auf vorhersehbares Verfahren*). A segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do direito ao processo justo. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 791).

Após demonstrar de forma interpretativa o direito fundamental à segurança jurídica no processo, os autores afirmam que esse direito fundamental tem por finalidade impor necessário respeito à preclusão, à coisa julgada, à forma processual em geral e ao precedente judicial:

No entanto, não basta obviamente estruturar o processo para que nele haja segurança. Em uma perspectiva geral, de bem pouco adianta um *processo seguro* se não houver *segurança pelo processo*, isto é, segurança no resultado da prestação jurisdicional. É por essa razão, imprescindível ao Estado Constitucional o respeito ao *precedente judicial* (art. 926 e 927 do CPC de 2015). A *segurança jurídica*, a *igualdade* e a necessidade de *coerência* da ordem jurídica impõem respeito aos precedentes. A tarefa do legislador infraconstitucional, portanto, não está em determinar a vinculação aos precedentes judiciais, já que essa vinculação advém da própria Constituição, mas sim em prever técnicas processuais idôneas para reconhecimento e aplicação dos precedentes judiciais em juízo. A obrigação do Poder Judiciário de seguir precedentes é oriunda da natureza interpretativa do direito e da própria Constituição. O CPC de 2015 apenas explicita a existência do dever de seguir precedentes. Trata-se da imposição do Estado Constitucional. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 794).

No entanto, o que se vê é uma opção legislativa que busca, através do fenômeno de *mixed jurisdiction*, uma tentativa de aproximar os sistemas do *common law* e do *civil law*, buscando resolver determinados problemas desse sistema através de soluções confeccionadas por aquele.

Com a criação da súmula vinculante e agora com a sistematização dos precedentes, muito se diz que o direito brasileiro se aproximou da *common law*; no entanto, Georges Abboud (2015) tece a seguinte crítica:

[...] fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pela Emenda Constitucional n. 45, permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF. Isto conforme teor do § 3º do art. 103-A da CF, no qual a vinculação proposta é tamanha que da maneira como foi aprovada não permite a (necessária) problematização e o ajuste jurisprudencial pelos juízes, a ponto de, sem nenhum exagero, podermos afirmar que a súmula vinculante no Brasil tem a pretensão de captar a racionalidade, a partir de um retorno a uma espécie de ‘essencialismo jurídico’, em que cada súmula – que, como veremos, não é um precedente – contenha a substância (universalidade?) de todos os casos. (ABBOUD, 2015, p. 51-52).

Diante da implementação de um sistema de precedentes no direito brasileiro, é importante traçar uma diferença entre o *common law* e o *civil law*, a fim de evitar emprego de terminologias incorretas, como a recorrente afirmação de “commolização do direito brasileiro”.

Algumas importantes diferenças entre um sistema e o outro são trazidas por Georges Abboud (2015), ao afirmar que:

- Os precedentes no sistema *common law* são utilizados para decidir casos concretos e passados, sendo que sua influência em casos futuros é eventual. Já os precedentes (súmulas) no sistema *civil law* são enunciados gerais e abstratos utilizados para decidir casos futuros;

- Na *civil law*, a jurisprudência não é fonte do direito no sentido formal, enquanto na *common law* a jurisprudência é fonte do direito no sentido formal;

Baseando-se nos ensinamentos de John Henry Merryman, George Abboud sustenta que

[...] a maior flexibilidade da atuação jurisprudencial do *common law* se dá em razão da menor reverência que essa tradição conferiu ao próprio texto legal em virtude do sistema do *stare decisis* que, antes de tudo, é uma doutrina judicial. Isso ocorre porque no *common law*, ainda que a decisão judicial demande a aplicação da lei, o juiz não inicia a decisão do caso a partir e tão somente do texto legal, ele busca aplicar o precedente ao caso, ou seja, passa a investigar nas decisões acumuladas sobre essa questão e quais as principais regras jurídicas a serem extraídas desse acúmulo histórico-normativo-decisional, necessário para solucionar o caso concreto.

Em virtude de assim proceder é que, muitas vezes, afirma-se que a decisão judicial no *common law* tem o mesmo poder da própria lei, na medida em que ambas possuem a mesma posição hierárquica na solução da controvérsia. [...] (ABBOUD, 2015, p. 39).

Mais à frente em sua obra, baseando-se em doutrina estrangeira, George Abboud afirma que

[...] o direito, além do caráter moral, legal e político, possuía uma tradição histórica, cujo intuito era preservar e desenvolver a tradição do povo a quem pertence. Sobre a questão, Harold Berman afirma que era pelo menos implícito que estes três aspectos da lei deveriam ser integrados, e que **os conflitos que inevitavelmente surgem entre os propósitos morais e políticos do direito podem e devem ser resolvidos no âmbito da história jurídica.** Assim, o direito, que poderiam ter dito, é o equilíbrio da moralidade e da política à luz da história; é o equilíbrio da justiça e da ordem na experiência esclarecida.

Desse modo, a forte influência da história na consolidação do *common law*, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigia um exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmatizado e científico ministrado em suas universidades, fez com que o *common law* se estruturasse com base na prática cotidiana do direito, e não a partir de doutrina ou da ciência do direito como ocorreu com a *civil law*. Ou seja, o *common law*, ao contrário do *civil law*, não se originou cientificamente (do ponto de vista professoral), mas, sim, judicialmente, como prática judiciária. (ABBOUD, 2015, p. 43 – grifos nossos).

Das citações é possível extrair uma grande diferença entre os sistemas de *civil law* e o *common law*, pois, enquanto neste a decisão é pautada em uma construção

histórica dos tribunais que busca preservar a tradição do povo ao qual o judiciário está inserido, naquele a decisão é pautada pela lei.

Além do mais, tendo por base o *common law*, observa-se que a ideia de precedente no Brasil vem sendo aplicada de forma equivocada. Enquanto no Brasil o precedente é uma imposição das decisões dos Tribunais Superiores, no sistema do *common law* o precedente é formado a partir de um caso que os tribunais e juízes utilizam como paradigma, sendo que sua utilização não se dá por imposição e sim pela importância que os tribunais inferiores lhe conferem. Sobre o tema Georges Abboud (2015) traz as seguintes considerações:

“[...] O que de fato vincula um precedente é controvertido e apenas se fixa e vai delimitando-se com a aplicação reiterada do precedente. Além do mais, no *common law*, os Tribunais Superiores, quando decidem um *leading case*, não podem impor seu julgado determinando que ele se torne um precedente. Quando *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs Madison*, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade.

Aliás, *Justice Marshall* não poderia nem ao menos prever que o caso *Marbury vs Madison* adquiriria a importância que teve, até mesmo porque três décadas após seu julgamento, o precedente oriundo do caso *Marbury vs Madison* manteve-se em estado dormente.” (ABBOUD, 2015, p. 108-109.)

George Abboud (2015) aponta outras diferenças entre o precedente do *common law* e o precedente instituído no Brasil, diversamente do que vem sendo utilizado no ordenamento brasileiro no qual o precedente não necessita de ter reiteradas decisões para ser formado, aliás, o que necessita de reiteradas decisões para ser formada é a jurisprudência. O precedente não recebe essa denominação *a priori*, pois não há como saber se ele servirá de base para futuras decisões.

No sistema de precedente judicial brasileiro, o que se vê, na verdade, é uma forma de engessar o ordenamento jurídico na busca incessante por celeridade, de forma a ignorar a construção democrática das decisões judiciais.

Nessa busca desenfreada por produtividade decisória, afasta-se a materialização das garantias de ampla e irrestrita participação das partes, desrespeitando o contraditório, a isonomia e a ampla defesa. Dá-se maior importância à razoável duração do processo (celeridade a qualquer custo) e às decisões de caráter vinculante do que aos princípios institutivos do processo previstos na Constituição. Dessa forma, nega-se a Constituição, supostamente, em nome da própria Constituição.

4 Integridade e coerência na formação dos precedentes à brasileira: é possível compatibilizar?

O Código de Processo Civil instituiu uma forma para que haja uma correta compreensão e aplicação dos enunciados vinculativos, que é realizada por meio da coerência e integridade: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015).

Em comentário ao dispositivo acima citado, Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2016) afirmam:

Este argumento de necessidade de respeito da história institucional se tornará uma grande premissa do Novo CPC quanto ao trato do direito jurisprudencial (dos precedentes) de modo a modificar o atual contexto de anarquia e instabilidade interpretativa típico de um modelo de aplicação no qual o(s) tribunal(is) desprezam seus julgados e permitem voluntarismos ao gosto do aplicador. (THEODORO JUNIOR, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2016, p. 61-62).

Antes de mais nada, é importante conhecer estes dois conceitos que o CPC trouxe como imposição aos tribunais para aplicação dos precedentes: coerência e integridade.

A coerência, segundo Lenio Luiz Streck (2016):

[...] assegura igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um *holismo* interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer 'jogo limpo' [...]. (STRECK, 2016, p. 157-158).

Já a integridade

[...] exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, construindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas – voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a interpretação do direito, estabelecendo um 'grau zero de sentido', como que, fosse o direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do personagem – não fosse condição para a construção do capítulo seguinte. (STRECK, 2016, p. 158).

A importância da imposição da coerência e da integridade não deve significar o afastamento dos princípios institutivos do processo. Até porque não significa que com base na coerência e integridade haverá uma aplicação silogística da jurisprudência, súmula ou precedente. Muito pelo contrário, deverá ser analisado e interpretado cada caso para verificar a aplicação do precedente, de forma que a decisão seja conforme ao ordenamento jurídico.

A aplicação do precedente mediante a análise da coerência e da integridade não se faz por um ato solipsista do julgador. O processo judicial é o palco em que, mediante o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, assim como o dever de fundamentação, irá propiciar a aplicação da norma a determinado caso, assim como também propiciar-se-á a aplicação de determinado precedente, jurisprudência ou súmula, precedido da análise da coerência e da integridade.

Ignorar a jurisprudência, a súmula ou o precedente e criar em cada caso uma nova interpretação ignorando parâmetros já existentes não deve ser uma prática viável, haja vista a inexistência de marco zero³⁴ interpretativo.

A integridade e a coerência são formas, também, de se evitar o voluntarismo judicante. Mas, conforme dito anteriormente, é o devido processo legal que garantirá a legitimidade decisória. É através do processo que verificará a aplicação de precedente, ou até mesmo sua superação, pois, como dito, o direito não é estático.

5 Conclusão

O direito brasileiro, fruto da tradição *civil law* e herdeiro do positivismo jurídico, como outros ordenamentos que assim o são, teve refutado o modo de aplicação da lei (silogismo) e conferiu grande poder aos juízes para interpretar e dizer o que é o direito.

A interpretação de forma discricionária e solipsista, da forma como vem sendo realizada pelos juízes, fez com que fosse incluída no novo Código de Processo Civil a necessidade de observância da coerência e integridade do direito na aplicação dos precedentes.

Entende-se que a observância dos princípios institutivos do processo, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e a obediência ao princípio da legalidade, oriundos de previsão constitucional, já seriam suficientes para legitimarem a decisão judicial, afastando qualquer forma de decisionismo judicial.

No entanto, em razão do aumento de decisões discricionárias que foram propiciadas pelo poder conferido aos magistrados para interpretação das leis e do consequente catálogo de decisões e jurisprudências que daí se derivaram, além da completa inobservância a precedentes preexistentes e do desrespeito ao devido processo, foi necessário incluir no Código de Processo Civil uma previsão que

³⁴ Segundo José Souto Maior Borges (2013, p. 13), “Não há marco zero para o pensamento humano. Características de uma cultura é o ser transmissível e efetivamente transmitida de geração a geração. Por isso a ruptura pressupõe o conhecimento anterior contra o qual ela surge, pela introdução de um novo paradigma do conhecimento científico. Sem a física clássica, não seria possível a física relativista. Sem continuidade, nenhuma descontinuidade. Não por outra razão, a ruptura – uma revolução do conhecimento científico – é, também ela e a seu modo, continuidade.”

Partindo da inexistência de marco zero interpretativo, podemos utilizar o romance em cadeia trabalhado por Ronald Dworkin (2005), com observância ao fato dele ser elaborado para o modelo do *common law*, no entanto, adaptável ao modelo do *civil law* quando se busca a aplicação de precedentes, jurisprudências e súmulas, cuja ideia é: “suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante.” (DWORKIN, 2005, p. 235-236.) Agindo dessa forma, o juiz estará conectado com a história jurídico-institucional da comunidade, propiciando, assim, maior coerência na aplicação do precedente, da jurisprudência ou da súmula ao caso concreto.

determinasse aos juízes a observância e o respeito a decisões anteriores (precedentes e jurisprudência).

No entanto, é importante observar que os precedentes não se sobrepõem à legislação. No Brasil, tem-se um sistema centrado na reserva da lei, e o que este estabelece é o respeito às decisões já proferidas em casos similares com base no ordenamento vigente. Até porque estas foram frutos de interpretações construídas por meio do processo mediante aplicação do ordenamento jurídico existente, já que, conforme já dito, não há um marco zero na interpretação.

Ademais, não se devem ignorar as construções de precedentes, partindo-se do zero para uma nova decisão. A interpretação é um processo de construção de um romance em cadeia. O direito não é estático e a concretização da norma é realizada em cada caso, no momento da sua aplicação.

A aplicação da lei, da jurisprudência, do precedente ou da súmula nunca deve ser um ato solitário do juiz, e as decisões judiciais proferidas no Brasil (Estado Democrático de Direito) sempre deverão se originar de um processo discursivo, no qual sejam garantidos às partes o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, obrigando-se que toda decisão seja fundamentada e atrelada aos argumentos e provas produzidas pelas partes, caso contrário à decisão não será legítima.

Portanto, entende-se ser possível a compatibilização do precedente com o direito brasileiro, desde que sua aplicação – feita com integridade e coerência ao ordenamento vigente e às decisões anteriores, mediante a observância ostensiva das garantias fundamentais do devido processo – possa representar uma verdadeira limitação ao voluntarismo judicante.

Referências

ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. O direito como integridade e os precedentes judiciais. In: OMMATI, José Emilio Medauar (org.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. *Código de processo civil de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. *Novo código de processo civil (2015)*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

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

BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>. Acesso em: 21 jan. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed., 2ª triagem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 7. ed. 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. *Revista do direito*

privado, v. 14, n. 56, out./dez 2013. Disponível em:
http://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_à_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplicação-interpretção_do_direito_no_início_do_séc._XXI. Acesso em: 20 jan. 2017.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 3. ed. 1956.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil?. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (orgs.). *Hermenêutica e Jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Lei 13.105, de 16.03.2015 - fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume I*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Desigualdade de gênero: a relevância do estudo da crítica feminista para o Direito

Gender Inequality: the relevance of the study of the feminist critique to Law

Isabella Silva Oliveira

Aluna do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: isasilv97@yahoo.com.br

Resumo: Com o objetivo de promover uma maior visibilidade e inclusão das mulheres, o presente trabalho de conclusão de curso se propõe, através da metodologia teórica dos estudos feministas, a questionar o Direito, como uma ciência social, no tratamento da desigualdade de gênero. A pesquisa também busca analisar, brevemente, o progresso da luta feminista pela isonomia no mercado de trabalho a partir do período da Redemocratização e a importância dos estudos feministas para o Direito na mudança desse paradigma. Sustenta-se que a década de 1980 tem como resultados importantes avanços jurídicos e sociais na tutela das mulheres no mercado de trabalho, mas que este ainda é *locus* suscetível de desigualdades e iniquidades de gênero.

Palavras-chave: Movimento Feminista. Trabalho. Direito. Gênero.

Abstract: With the objective of promoting greater visibility and inclusion of women, the present work proposes, through the theoretical methodology of feminist studies, to question the Law, as a social science, in the treatment of gender inequality. The research also seeks to analyze briefly the progress of the feminist struggle for the isonomy in the labor market from the period of Redemocratization and the importance of feminist studies for Law so as to have a change in this paradigm. It is argued that the 1980s present important legal and social advances in women protection in the labor market, but that this is still a susceptible place to inequalities and gender inequities.

Keywords: Feminist Movement. Employment. Law. Gender.

1 Considerações iniciais

Na década de 1970, o processo de redemocratização da sociedade brasileira foi marcado pelo destaque de sujeitos sociais que buscavam reivindicar a aquisição ou a consolidação de seus direitos. Ao lado do movimento operário, negro e gay, emergia o movimento feminista.

A partir da articulação do Movimento de Mulheres das Comunidades Eclesiais de Bases, das militantes de partidos de esquerda que estiveram na luta clandestina e das acadêmicas que retornaram do exílio, o feminismo brasileiro colocava, na ordem do dia, uma agenda política que questionava a exclusão econômica, social, política e cultural historicamente imposta às mulheres em virtude do seu gênero.

Os impactos do ingresso massivo das mulheres em múltiplos espaços, que até então lhes era negado, puderam ser sentidos inclusive em nível epistemológico. Questionando o caráter patriarcal do conhecimento, o feminismo desnaturalizou a

lógica binária que fundamenta a divisão sexual do trabalho e, aos poucos, ficava cada vez mais claro que a ideia de que os homens pertencem ao espaço público e as mulheres ao espaço privado decorria mais de uma convenção social do que de uma imposição da natureza.

Utilizando-se da metodologia teórica, o plano da presente pesquisa é trazer estas problemáticas para o campo jurídico e questionar, sob o ponto de vista histórico, como o conhecimento produzido pelos estudos feministas têm contribuído para o Direito, como uma ciência social, no tratamento da desigualdade de gênero desde o período da redemocratização.

Conseqüentemente, verificar-se-ão outras questões, quais sejam: qual foi o progresso da luta feminista pela isonomia no trabalho? Atualmente, é possível dizer que não há reflexos do machismo no mercado de trabalho? Se concluído que não existe uma real prática da política da não desigualdade de gênero, qual a importância dos estudos feministas para o Direito na mudança desse paradigma?

O objetivo principal desta pesquisa é versar sobre as relações de gênero predominantes na sociedade brasileira, para compreender a imperativa diferenciação dos direitos femininos, tidos como direitos particulares, em oposição aos direitos masculinos, entendidos como direitos universais, que reforça e naturaliza um quadro de inclusão dos homens e de exclusão das mulheres.

O cenário do mercado de trabalho é marcado por subseqüentes lutas da classe operária por um tratamento mais digno e humano. Ocorre que, comumente, a análise desses momentos históricos e seus conseqüentes reflexos na legislação é feita de forma homogeneizada, em que o protagonismo feminino não é uma variável considerada. A importância da pesquisa para a ciência acadêmica está na inclusão e destaque da mulher como um sujeito legítimo de estudo e na sua retirada do plano da especificidade histórica.

A relevância do assunto ora discutido também se destaca por abranger vários direitos e garantias fundamentais, como a valorização do trabalho humano, a proteção da dignidade e a promoção da igualdade, isto é, finalidades primordiais do ordenamento jurídico. Portanto, a proposta da pesquisa, de uma nova perspectiva histórica que inclui as mulheres, servirá como incentivo e contribuição para o mundo jurídico na efetivação prática dos direitos já conquistados e, principalmente, proporcionará informações sobre disparidades existentes que causam a opressão, exclusão e marginalização das mulheres trabalhadoras.

2 O movimento feminista no processo de redemocratização

Com a luta pelo regime democrático, a sociedade brasileira passou por um processo de reajuste estrutural, devido à crise econômica, ao aumento da inflação e ao desemprego, que assolavam o país à época da ditadura. Conseqüentemente, entre as mudanças que ocorreram nos anos de 1980, como a redução de serviços sociais e cortes de subsídios, houve uma feminilização do mercado de trabalho, principalmente de mulheres pobres e pertencentes a grupos raciais subalternos.

O trabalho destas mulheres, preponderantemente mais barato que o masculino, se tornou “o instrumento da vez, para executar programas de emergência, tanto com

apoio governamental quanto privado, que buscavam aliviar os efeitos sociais mais notórios do reajuste estrutural” (BARRIG, 1996, p. 66 *apud* ALVAREZ, 2014, p.61). Ocorre que, apesar de inicialmente parecer que a ênfase no trabalho feminino em creches e serviços de bem-estar social contribuiu para sua emancipação, paradoxalmente, também concorreu para a expansão dos papéis de gênero impostos socialmente às mulheres, uma vez que

[...] raramente envolviam grupos de mulheres em decisões sobre o planejamento do programa ou sobre a formulação de políticas. A despeito da retórica participativa oficial, as organizações de mulheres eram mobilizadas de cima para baixo e encontravam espaço para o engajamento apenas na implementação de projetos (ALVAREZ, 2014, p. 61).

O estudo de Elizabeth Souza Lobo (1991, p. 59) sobre a evolução do trabalho feminino na indústria brasileira de 1970 a 1980 constatou que os impactos negativos sobre o trabalho das operárias foram ocultados, como a ocupação em tarefas mais mecânicas e rotineiras, menos qualificadas, e “a criação de grande número de novos empregos que exigiam habilidade, destreza e comportamento minucioso, qualidades “próprias” da mão-de-obra feminina”.

É importante ressaltar que o aumento da participação feminina no mercado de trabalho decorreu não somente de razões meramente econômicas, mas também é consequência dos movimentos de grupos ativistas em articulação, como o movimento operário, negro e gay. Na luta pela redemocratização do país, entre os grupos políticos, sindicatos e partidos de esquerda, algumas/alguns feministas rebatiam a forma como a questão das mulheres era colocada em segundo plano na tarefa de construir um mundo melhor.

Nos anos de 1930, algumas/alguns feministas liberais, ao tempo em que incentivavam a inserção massiva das mulheres no espaço público, também afirmavam a sua anulação pelo marido no lar, ou seja, nas palavras de Margareth Rago (1996, s/p), propunham uma supervalorização do modelo de “mulher-esposa dedicada-mãe”. Em contrapartida, em meados de 1970 havia mulheres que, conscientes das incongruências enfrentadas pelas trabalhadoras, denunciavam a exclusão econômica, social e política imposta a elas em virtude do seu gênero, questionavam os costumes e a organização comportamental estruturada no ambiente privado e público.

A industrialização e modernização aceleradas promovidas pela ditadura militar, nos anos setenta, desestabilizou os vínculos tradicionais estabelecidos entre indivíduos e grupos, abalando crenças e comportamentos estruturados havia muitas décadas. A família nuclear sofreu uma profunda transformação, à medida que as mulheres entraram massivamente no mercado de trabalho e voltaram a proclamar o direito à cidadania, denunciando as múltiplas formas da dominação patriarcal. Os homossexuais masculinos e femininos organizaram-se, ao lado de outras “minorias” sociais, e se manifestaram em movimentos políticos que reivindicavam o direito à diferença e questionavam radicalmente os padrões dominantes da masculinidade e da feminilidade (RAGO, 1996, p. 31).

Para se apresentarem como um grupo político importante e provar que a questão feminina também necessitava ser colocada em pauta além do âmbito privado e familiar, as/os feministas chegaram a trazer em seus discursos a linguagem marxista, predominante nas entidades de esquerda, na tentativa de tratar as suas reivindicações dentro de cada discussão levantada. Entretanto, havia muita resistência às falas feministas dentro desses partidos, espaços majoritariamente masculinos. Parte dessas reações também reforçam a ideia machista de que as mulheres não pertencem ao espaço público, de que a resistência e a revolta dos homens são uma afirmação de poder, enquanto as das mulheres constituem negligência e irresponsabilidade.

Quando afrontavam os líderes, como, por exemplo, a luta contra a violência doméstica ou o direito ao aborto, a proeminente experiência da feminista Amelinha Teles é patente, ao se referir ao autoritarismo e objeção do PCdoB:

Quando a gente falava em discutir a legalização do aborto, o Partido dizia que não era o momento, que eles não eram contra [...] eles eram contra a legalização do aborto, nessa época eles sofriam muita influência da Igreja católica. Havia muitos ex-seminaristas, cheio de padres e freiras também, por isso nós temos cara de freira, a gente pegou daquele tempo.... Aí nós vimos a dificuldade, os metalúrgicos estavam de greve, a gente trabalhava muito na zona sul, na região de Santo Amaro e eu juntei um monte de mulheres para discutirem o aborto, porque ia ter o Congresso das Mulheres. Olha só a nossa preocupação, passou um homem que olhou nossa reunião; no outro dia, a direção do Partido me chama e me pergunta: “que negócio é esse de reunir as mulheres para discutir aborto? A classe operária no embate contra o capitalismo, fazendo greve, e você discutindo o aborto!”, quer dizer, as mulheres morriam de aborto, tinha uma mulher que estava muito mal, tendo hemorragia, eles (não tinham) a menor preocupação (TELES, 2006, s/p, *apud* RAGO, 2015, p. 108).

As dificuldades para ter um espaço de expressão pública incentivaram Amelinha Teles e outras inúmeras mulheres a romperem com os grupos políticos de esquerda organizados e a criarem outras frentes de manifestação, que se prolongaram no período da redemocratização. Por conseguinte, a afirmação da potencialidade transformadora da cultura feminina/ista em contato com o mundo masculino acarretou avanços teóricos, debates acadêmicos e traduções do conteúdo produzido por algumas/alguns estudiosas/estudiosos, que começaram a ser introduzidos no Brasil a partir de 1970.

Neste mesmo período retornavam as militantes exiladas que tiveram contato com o feminismo nos Estados Unidos e sobretudo na França, onde grande número delas se abrigou. São estas mulheres intelectualizadas que vão se aglutinar e encontrar jovens nas universidades que começavam a discutir e a assumir o feminismo (RAGO, s/d, s/p, *apud* SUGIMOTO, 2014, s/p).

Esses estudos, bem como todo o engajamento supramencionado para romper com os paradigmas existentes nesse período, que rejeitavam “a validade interpretativa da ideia de esferas separadas e sustenta que estudar as mulheres de maneira isolada

perpetua o mito de que uma esfera, a experiência de um sexo, tenha muito pouco ou nada a ver com o outro sexo” (SCOTT, 1995, p.75), contribuíram para que surgissem avanços sociais e jurídicos fundamentais para desconstrução de desigualdades e iniquidades de gênero.

2.1 O progresso no reconhecimento dos direitos da mulher

Quando se trata da isonomia entre os homens e as mulheres, a ideia da existência da inferioridade feminina é enfatizada e propagada, seja por meio de costumes, seja por meio de normas escritas, em diversos tempos e lugares. Conforme elucida Simone de Beauvoir (2016), “os que fizeram e compartilham as leis, por serem homens, favorecem o seu próprio sexo”. A título exemplificativo, a filósofa, em sua obra “O segundo sexo”, menciona figuras de renome, como Aristóteles que dizia que “a fêmea é fêmea em virtude de certa carência de qualidades” e São Tomás de Aquino, que chegou a afirmar que “a mulher é um homem incompleto, um ser ocasional”.

Na época em que o gênero humano se leva até a redação escrita de suas mitologias e de suas leis, o patriarcado se acha definitivamente estabelecido: são os homens que compõe os códigos [...]. As leis de Manu definem-na como um ser vil que convém manter escravizado. O Levítico assimila-a aos animais de carga que o patriarca possui. As leis de Sólon não lhe conferem nenhum direito. O código romano coloca-a sob tutela e proclama-lhe a “imbecilidade”. O direito canônico considera-a a “porta do Diabo”. O Corão trata-a com o mais absoluto desprezo (BEAUVOIR, 2016, p. 116).

Em 1789, a proteção do direito de igualdade se tornou mais evidente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, posteriormente reafirmada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Ambas salientavam que todos os homens nascem iguais, sem distinção de qualquer espécie, seja de cor, raça, sexo, religião, língua, opinião política, classe social ou qualquer outra condição.

Assim, a partir da Declaração dos Direitos Humanos, quase todas as Constituições incluem em seus dispositivos a igualdade de todos perante a lei, esforçando-se em fazer da igualdade jurídica, meramente formal, uma igualdade de oportunidades para todos, pois, sem liberdade e igualdade, não há vigência de um regime democrático (ROJAS, 2009, p. 96).

No cenário internacional, entre as convenções mais importantes, no que concerne à afirmação política das minorias, principalmente das mulheres, destacam-se a Convenção dos Direitos Políticos da Mulher de 1952, a Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979, a Conferência de Nairobi de 1985 e a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher.

Falar da equidade de gênero é romper com o não reconhecimento da existência do outro, do diferente e, ao contrário disso, caminhar em direção à sua inclusão e ao seu reconhecimento. A perspectiva de gênero garante um olhar comprometido

com a diferença e a especificidade femininas, em suas dimensões subjetiva, social e política. Por este ponto de vista, a mulher passa a fazer parte e será reconhecida como sujeito, nas arenas da vida cotidiana, na cultura, na história e nas relações de trabalho. As desigualdades tendem a ser superadas à medida que a perspectiva de gênero passa a ser incorporada (BANDEIRA s/d, s/p, *apud* ROJAS, 2009, p. 98).

Quando se trata da proteção internacional ao trabalho das mulheres, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem um papel fundamental na sua proteção como um direito humano fundamental. O Brasil participa das suas atividades desde a sua criação, ratificando inúmeras Convenções que englobam a vedação à discriminação, dentre elas, a Convenção n. 100 de 1951, a Convenção n. 111 de 1958, a Convenção n. 156 de 1981 e a Convenção n. 159 de 1983.

Dentre as Cartas brasileiras, a Constituição de 1934 disciplinou a proibição do salário desigual por motivo de sexo e o trabalho da mulher em atividades insalubres. Porém, a Carta seguinte, de 1937, manteve-se omissa quanto a essa questão, dando abertura para que os empregadores desvalorizassem o trabalho feminino e reduzissem os seus salários.

Já na Constituição de 1946, a igualdade salarial voltou a ser protegida pela lei máxima, além de outras garantias às trabalhadoras, como o salário-maternidade. Após o golpe militar de 1964, esta foi substituída pela Constituição de 1967, que passou por muitas mudanças com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969.

Essa década foi um marco do protagonismo político das mulheres no Brasil. Profissionais e intelectuais de diversas idades, origens religiosas e políticas, intensificaram a campanha de resistência contra a supremacia masculina e pela conscientização quanto à precária situação feminina. Como resultado das reivindicações desses grupos, começaram a surgir órgãos especializados, como o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) no âmbito internacional, e os Conselhos estaduais e municipais da condição feminina.

[...] uma articulação entre as feministas do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e o presidente Tancredo Neves, no processo de transição, pois, segundo informa, foi graças à atuação direta de algumas feministas nas esferas de decisão e planejamento, [que] LOGO, O CNDM, de fato, se transformou em um organismo estatal responsável por elaborar e propor políticas especiais para as mulheres, e, contrariando o temor de muitas feministas, se destacou na luta pelo fortalecimento e respeito à autonomia do movimento de mulheres, o que lhe garantiu o reconhecimento de toda a sociedade (COSTA, 2011, p. 130 *apud* MARQUES, VASCONCELLOS & LOPES, 2017, p. 96).

A Carta das Mulheres aos Constituintes, resultado do Encontro Nacional Mulher e Constituinte, compilou as principais reivindicações que as/os feministas da época postularam que fossem expressas na Constituição Federal de 1988, como a proibição de discriminação em razão do sexo, licença-maternidade e paternidade, igualdade de acesso ao mercado de trabalho e na ascensão profissional, entre outras.

É preciso frisar que toda a persistência feminista em promover debates no interior da Constituinte enfrentava um forte senso patriarcal, visto que, na grande

maioria das vezes, ao discutir os direitos da mulher, estas eram constantemente silenciadas pela maioria masculina dos constituintes e por um considerável número de mulheres dentro da Bancada Feminina. Isso acabou por impedir que as futuras conquistas não obtivessem o sucesso pretendido, não apenas no que tange às mulheres, mas também a outros grupos minoritários, como os índios e os negros. A própria Bancada Feminina era composta somente por 25 deputadas entre mais de 500 parlamentares.

Em termos de representação de gênero, vale destacar que neste universo de mais de cinco centenas de parlamentares, menos de 5% eram mulheres, o que, por si só, atestava o caráter manifestamente desigual da Assembleia Constituinte. Tal desigualdade, em termos de gênero, traduzida pela pífia representação feminina neste espaço de poder - levando-se em conta que as mulheres, nas eleições de 1986, constituíam 54% da população e 52% do eleitorado nacional - confirma a tese do patriarcado, segundo a qual, historicamente, o poder e a política se articularam como privilégio dos homens, restando às mulheres as atividades da esfera privada e suas funções correlatas. Esta baixa representação na ANC, conforme se verá, exigiu um esforço participativo ainda mais vigilante por parte do feminismo, do movimento de mulheres e de outros movimentos sociais, cujos objetivos, de um modo geral, era tomar parte no debate constituinte e, consequentemente, ampliar a democracia e a conquista de direitos (SILVA s/d, s/p *apud* MARQUES; VASCONCELLOS; LOPES, 2017, p.102).

A partir deste breve levantamento, torna-se evidente que todos os direitos elaborados e compilados na atual Carga Magna são o resultado de uma forte resistência de grupos feministas para que as mulheres fossem reconhecidas como sujeitos políticos.

Incluiu-se a igualdade no próprio caput do artigo como um direito fundamental do cidadão. Agiu certo o legislador, pois outro não é o objetivo do princípio de igualdade: impedir qualquer tipo explícito ou implícito de discriminação. Assim, todas as alíneas que se seguem são mera extensão da norma isonômica, são reforços de sua importância (incisos II, III, VIII, XIV, XV, XVI, XX, XXXIII, XXXIV, XLI, LI, LIII, LIV, LVII, LXI, LXVI, LXXVIII). Assim também na isonomia perante a justiça (incisos XXXV, XXXVII, LV, LXXIV) (ROJAS, 2009, p. 121).

Na Constituição Federal de 1988, a igualdade é tratada como um valor supremo ou princípio maior que o Estado e a sociedade devem defender. Trata-se de um direito fundamental, que a doutrina e a jurisprudência brasileira distinguem entre igualdade liberal ou formal, que corresponde à isonomia perante a lei, e igualdade social ou material. Quanto a essa última categoria, entende-se que existem grupos que dependem de tratamento diferenciado para que desfrutem de uma igualdade real, são os grupos que os seus fatores de identidade os levam a condições de vulnerabilidade, por exemplo, os negros, as mulheres, os LGBT's, índios, entre outros.

Recentemente, a igualdade material deixou de ser apenas uma igualdade socioeconômica, para ser também uma igualdade de reconhecimento de

identidades próprias, distintas dos agrupamentos hegemônicos. Ficam consagradas, então, as lutas pelo reconhecimento da igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, entre outros critérios (RAMOS, 2014, s/p).

A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 corresponde a uma das maiores conquistas da classe trabalhadora. Porém, a supracitada legislação foi um reflexo de uma política de cunho populista do governo de Getúlio Vargas, na intenção de solucionar demandas sociais da população, apenas reunindo o que já era regulamentado, no que diz respeito ao trabalho feminino.

O artigo 5º do referido diploma legal, por exemplo, determina a igualdade de salário independentemente do sexo; o artigo 461 explicita que “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade” e no artigo 391 consta que “não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez”.

Vale salientar um instrumento de suma importância para uma proteção prática às trabalhadoras, que são as negociações coletivas. Por meio delas, podem ser estabelecidas algumas condições, como o acesso ao serviço, garantias quanto à maternidade e paternidade, a remuneração e a promoção funcional, entre outras.

Conforme pode se verificar, no decorrer dos séculos, no Brasil (1980 - 2018, o exercício da plena potencialidade da mulher no espaço público foi inegavelmente reprimido, mas a insistência em debates e questionamentos de gênero funcionaram como um instrumento de análise, que impulsionou o Estado a valorizar a força de trabalho feminina. Como resultado, inúmeras normas legais que abrangem a proibição a qualquer tipo de discriminação de gênero surgiram, contribuindo para o começo da redefinição das relações sociais no mercado de trabalho, culturalmente baseado em concepções patriarcais, para um viés legal mais inclusivo, solidário e igualitário.

3 A influência do gênero no mercado de trabalho

A discussão produzida sobre a categoria “gênero” possui diversas vertentes e impasses entre as/os pesquisadoras/pesquisadores. Tradicionalmente, entre as/os feministas existe uma concepção que, na discussão sobre a distribuição de papéis masculinos e femininos, associa o sexo à natureza permanente, e o gênero às manifestações culturais. Isto é, uma definição binária fixa que separa sexo e gênero. Nesse sentido, segue:

[...] este tipo de feminismo, denominado “diferencialista”, procurou definir a identidade das mulheres por uma base comum, presente em todas as mulheres, ou seja, o sexo biológico no caso, o genital. Assim sendo, o feminismo “diferencialista” foi criticado muitas vezes, por essencializar o masculino e o feminino através de modelos dicotômicos, normativos e heterossexuais (RUBIN, 2003, p. 175 *apud* BITENCOURT, 2013, p. 179).

Posteriormente, feministas pós-estruturalistas revolucionaram essa visão essencialista dos estudos de gênero, como a filósofa norte-americana Butler (2017 p. 25), que o tratou como uma performance, que reforça o que são comportamentos masculinos e femininos através da reprodução de atos e gestos, que designa também o mesmo aparato de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos.

Na mesma linha, Joan Scott (1995, p. 86) divide a sua definição de gênero em duas partes distintas e inter-relacionadas: como um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e uma forma primária de dar significado às relações de poder.

Para Scott, o gênero é construído na relação e para analisá-lo não devemos ter olhares fixos numa origem, a fim de compreender a oposição binária masculino/feminino, mas sim no processo histórico que tem envolvido a produção/reprodução desta oposição binária. Ao analisar o campo político, a autora mostra como o simbólico e a linguagem operam no modo como são estruturadas as relações sociais. Sobre as representações de gênero que envolvem o campo político, compreende que “O gênero é uma das referências recorrentes pelas quais o poder político foi concebido, legitimado e criticado. Ele se refere à oposição masculino - feminino e fundamenta ao mesmo tempo seu sentido.” (BITENCOURT, 2013, p. 181).

Toda sociedade possui uma forma sistemática de lidar com sexo e gênero, que abrange tanto o campo privado e familiar, quanto o mercado de trabalho. Dependendo da sua organização social e do momento histórico analisado, esse sistema pode ser, nas palavras de Gayle Rubin (1993 p. 13), “sexualmente igualitário, pelo menos em teoria, ou pode ser “estratificado em gêneros”, como parece ser o caso da maioria dos exemplos conhecidos”.

Silvia Federici (2017, s/p), em sua análise histórica sobre as mulheres na “transição” do feudalismo para o capitalismo ocorrida na Europa no século XVIII, constata que, na sociedade medieval, regulada por costumes e tradições, o sistema predominante se constituía na troca de trabalho realizado nas terras do senhor por uma parcela de terra para o/a camponês/camponesa se manter e abrigar a família. As relações desiguais entre os homens e as mulheres existiam, porém, por terem acesso a terras e a bens comuns, as servas eram menos dependentes e subordinadas diante do sexo masculino.

Dado que o trabalho no feudo estava organizado com base na subsistência, a divisão sexual do trabalho era menos pronunciada e exigente que nos estabelecimentos agrícolas capitalistas. Na aldeia feudal não existia uma separação social entre a produção de bens e a reprodução da forma de trabalho: todo trabalho contribuía para o sistema familiar. As mulheres trabalhavam nos campos, além de criar os filhos, cozinhar, lavar, fiar e manter a horta; suas atividades domésticas não eram desvalorizadas e não supunham relações sociais diferentes das dos homens, tal como ocorreria em breve na economia monetária, quando o trabalho doméstico deixou de ser visto com um verdadeiro trabalho (FEDERICI, 2017, p. 53).

Já a mudança do campesinato europeu para a formação do trabalhador independente “livre”, ou seja, a passagem da economia feudal para o capitalismo, implicou profundas transformações na posição social da mulher, que foi sendo progressivamente marginalizada das funções produtivas.

Sobre esta base, foi possível impor uma nova divisão sexual do trabalho, que diferenciou não somente as tarefas que as mulheres e os homens deveriam realizar, como também suas experiências, suas vidas, sua relação com o capital e com outros setores da classe trabalhadora. Deste modo, assim como a divisão internacional do trabalho, a divisão sexual foi, sobretudo, uma relação de poder, uma divisão dentro da força de trabalho, ao mesmo tempo que um imenso impulso à acumulação capitalista (FEDERICI, 2017, p. 232).

De acordo com Marx, “o capitalismo é uma série de relações sociais nas quais a produção visa a transformar dinheiro, coisas e pessoas em capital” (MARX, *s/d apud* RUBIN, 1993, p. 5), e, para que esse sistema funcione, é inegável que o trabalho é um elemento fundamental. Em suma, Gayle Rubin explica que a discussão do supracitado sociólogo tende a reportar formas de masculinidade e feminilidade na divisão do trabalho, dizendo que o papel fundamental das mulheres em todo o processo está no serviço doméstico e reprodução do trabalhador.

Não podemos pensar em feminismo sem pensar em trabalho. O trabalho é uma necessidade que a civilização nos impõe. Ele é o oposto do prazer. Ora, o prazer custa caro em uma sociedade capitalista. O capitalismo, por sua vez, é uma das condições dentro das quais o feminismo surge. Seu contexto é da dominação e da violência, da exploração, da opressão, mas também o de muita sedução. Ora, o trabalho é o oposto do prazer, mas o prazer também depende do trabalho. No caso, o trabalho dos outros, e, sobretudo, das outras (TIBURI, 2018, p. 13).

Ainda durante a transição do feudalismo para o capitalismo, quando se discutia a atuação das mulheres nas esferas privada e pública, os médicos também tiveram um papel muito significativo e influente no juízo social. Seus critérios científicos incentivaram a implementação de uma profusão de pensamentos misóginos ao justificar a inferiorização e subordinação das mulheres na anatomia do corpo feminino, atribuindo-lhe limites físicos, intelectuais e morais que supostamente as impediam de serem trabalhadoras, cidadãs, sujeitos políticos.

Esforçavam-se para definir a especificidade do corpo feminino em relação ao masculino, acentuando seus principais traços: fraqueza e predestinação à maternidade. Para o importante dr. Roussel, médico iluminista francês, cujas teorias tiveram ampla repercussão no mundo ocidental, na mulher “os ossos são menores e menos duros, a caixa torácica é mais estreita; a bacia mais larga impõe aos fêmures uma obliquidade que atrapalha o andar, pois os joelhos se tocam, as ancas balançam para encontrar o centro da gravidade, o andar é vacilante e inseguro, a corrida rápida é impossível às mulheres”, explica Knibiehler (RAGO, 2001, p. 63).

Em se tratando de um contexto patriarcal, enquanto o homem é quem sustenta a família e é incumbido do trabalho produtivo, a mulher é destinada ao trabalho reprodutivo, responsável pelo zelo do lar e da família. Essa divisão “pode ser vista como um “tabu”: um tabu que divide o sexo em duas categorias mutuamente excludentes, um tabu que exacerba as diferenças biológicas entre os sexos e que, portanto, cria o gênero” (RUBIN, 1993, p. 26).

Ao designar prioritariamente as mulheres à esfera reprodutiva, determina a esta o papel subordinado à esfera produtiva e constitui a base da divisão sexual do trabalho. Nesse contexto, Elisabeth Souza-Lobo (1991, p. 48) explica que se trata de um mercado de trabalho dual, em que os homens são a mão de obra qualificada e privilegiada com estrutura de carreira bem definida, e as mulheres tratadas como trabalhadoras de segunda categoria.

Devido a todas as características que o gênero lhes atribui, são majoritariamente reduzidas a um apêndice do trabalho assalariado quando ingressam no mercado de trabalho, em “empregos lucrativos e todas as possibilidades de prosperidade e distinção (como medicina, direito e tecnologia) eram absolutamente inacessíveis a elas.” (DAVIS, 2016, p. 63).

Trazendo essa discussão para a realidade brasileira, as ideias tradicionais do que são características e papéis masculinos e femininos refletem na vida profissional das mulheres, por mais que, atualmente, estejam atuando com mais veemência do espaço público. Por exemplo, o Relatório Anual Socioeconômico da Mulher (Raseam) de 2014, apontou:

No ensino profissional, as mulheres eram maioria entre as/os matriculadas/os (53,8%) e ainda mais numerosas entre as/os concluintes (54,5%) dos cursos profissionalizantes. Entretanto, elas tendiam a se concentrar em algumas áreas consideradas tipicamente femininas de acordo com a divisão sexual do trabalho, associadas a tarefas de cuidado e de reprodução, como as áreas de educação e da saúde. Isso é particularmente visível quando se considera os 10 cursos profissionalizantes com maior número de matrículas no país. Houve, em 2012, grande concentração de mulheres nos cursos das áreas de Desenvolvimento Social e Educacional; Ambiente e Saúde; Turismo, Hospitalidade e Lazer; Produção Cultural e Design; e, Produção Alimentícia; enquanto os homens estavam sobrerrepresentados em cursos das áreas Militar; Controle e Processos Industriais; Informação e Comunicação; Recursos Naturais; e, Infraestrutura (BRASIL, 2015 s/p).

Analisando como as divisões do trabalho são estabelecidas, Joan Scott (1995, s/p) pontifica que esta ocorreu através da materialização do discurso, que estabeleceu a inferioridade física e mental das mulheres e definiu a partilha “aos homens, a madeira e os metais” e “às mulheres, a família e o tecido”. Posto isso, é comum relacionar o feminino a trabalhos delicados que não exijam esforço físico ou mãos sujas, uma vez que se trata de um gênero cuja identidade foi marcada profundamente ao longo do tempo com estereótipos específicos, que incorporavam a dimensão subjetiva, emotiva e intuitiva.

A minoria ora discutida acaba sendo condenada a um trabalho que se assemelha muito com a servidão, visto que, mesmo quando está exercendo o seu ofício, a Maternidade e a Casa continuam sendo sua responsabilidade e, ao mesmo tempo em se adquire uma autonomia econômica, é confinada a uma dupla jornada de trabalho, sendo desvalorizada em ambos os espaços. Vale salientar a fala de Rachel Soihet, que se aproxima da sociedade atual, a respeito da violência simbólica sofrida pelas mulheres a partir de 1960, sobre como a força das representações e práticas que impõe a divisão das atribuições entre os gêneros impede a plena libertação feminina:

A conquista dos novos direitos de participação na esfera pública não implicou uma reformulação no âmbito das obrigações familiares entre os dois gêneros. Continuava-se, portanto, a considerar o espaço doméstico como inerente à mulher, mantendo-se sua posição desigual na sociedade, fonte de um processo de violência contra a sua pessoa. Resultava daí uma mulher dividida, culpada, quando obrigada a trabalhar fora do lar; considerando sua atividade profissional como algo secundário em relação à atividade principal de esposa e mãe, dando lugar à discriminação salarial, profissional e sindical (SOIHET, 1997, s/p).

De acordo com as estatísticas publicadas pelo IBGE no ano de 2016, sob uma visão generalizada, as mulheres dedicavam 18,1 horas semanais às atividades domésticas, correspondentes a cerca de 73% a mais de horas do que os homens, que se dedicavam aproximadamente 10,5 horas semanais.

Sob uma visão mais específica, a pesquisa identificou que, na região do Nordeste, as mulheres dedicaram 19 horas semanais aos afazeres domésticos, um equivalente de 80% de horas a mais do que os homens, proporção que se manteve quase que inalterada nos últimos 20 anos. “As mulheres pretas ou pardas são as que mais se dedicam aos cuidados de pessoas e afazeres domésticos, com 18,6 horas semanais. Entre os homens, o indicador pouco varia quando se considera a cor ou raça ou região.” (BRASIL, 2018, s/p).

Como os dados supracitados revelam, a grande maioria das mulheres encara o desafio de conciliar o trabalho remunerado com o trabalho doméstico e familiar, o que acaba influenciando negativamente na vida profissional delas. A título de exemplo, diuturnamente aceitam serviços com carga horária reduzida. “A proporção de ocupados trabalhando por tempo parcial (até 30 horas semanais) mostra um percentual mais elevado de mulheres (28,2%), quando comparado com os homens (14,1%). Nas regiões Norte e Nordeste, a proporção de mulheres passa de 36%.” (BRASIL, 2018, s/p).

As mulheres pretas ou pardas foram as que mais exerceram ocupação por tempo parcial, alcançando 31,3% do total, enquanto 25,0% das mulheres brancas se ocuparam desta forma, em 2016. Para os homens, somente 11,9% dos brancos se ocuparam por tempo parcial, ao passo que a proporção de pretos ou pardos era de 16,0% (BRASIL, 2018, s/p).

Também convém frisar que a Organização Internacional do Trabalho disponibilizou o próprio relatório, “Perspectivas Sociais e de Emprego no Mundo:

Tendências para Mulheres 2018”, e, por mais que o nível de escolaridade feminino tenha ultrapassado o masculino, atualmente a força de trabalho remunerado no mundo ainda é majoritariamente masculina.

A taxa global de participação das mulheres na força de trabalho ficou em 48,5% em 2018, 26,5 pontos percentuais abaixo da taxa dos homens. Além disso, a taxa de desemprego global das mulheres em 2018 ficou em 6%, aproximadamente 0,8 ponto percentual maior do que a taxa dos homens. No total, isso significa que, para cada dez homens empregados, apenas seis mulheres estão empregadas (BRASIL, 2018, s/p).

É perceptível que as mulheres ainda são vítimas da segregação ocupacional no mercado de trabalho, visto que, em média, as mulheres recebem $\frac{3}{4}$ em relação ao que os homens recebem pelo seu trabalho, mesmo quando não há diferença de hierarquia, cargo ou função na estrutura organizacional das instituições. Inclusive, quando finalmente chegam a ocupar os níveis mais altos em sua ocupação profissional, são um grupo minoritário muito pouco representativo.

4 A relevância dos estudos feministas sobre a desigualdade de gênero para a ciência jurídica

De acordo com o panorama histórico apresentado, o feminismo, caracteristicamente reivindicatório, se mostrou capaz de desestruturar ideias tradicionais de dominação e opressão e provocar novos discursos e ações na agenda pública, rumo a uma nova e ampliada visão de igualdade política e social que incluía não apenas o sexo, mas também a classe e a raça. Vislumbrou-se, que a democracia e a cidadania são marcadas pela resistência de inúmeros grupos feministas e organizações de mulheres engajadas na promoção da equidade de gênero, pleiteando demandas políticas e civis, como o direito à educação, ao trabalho e ao voto, e a sua efetiva consolidação e aplicação âmbito da legislação e na sociedade.

O movimento feminista para muitos/as pesquisadores/as é um dos movimentos mais importantes, de cunho político e reivindicatório. Afirmaram para o mundo que as mulheres são sujeitos políticos, erguendo a bandeira da igualdade de gênero, revolucionaram os direitos e garantias, valorizaram a diversidade e a pluralidade sem hierarquias, trazendo ainda, um novo modelo de pensar sobre o ser mulher e sua condição (MOREIRA, 2016, p. 220).

Os estudos feministas se apresentam como um instrumento necessário para o Direito, uma vez que se constitui essencialmente como uma ciência intimamente ligada às relações humanas. Por conseguinte, incumbe a ele se desentranhar da identidade estereotipada do sujeito de direito, “de um conceito universal do homem, que remete ao branco-heterossexual-civilizado-do-Primeiro-Mundo” (RAGO, 1998, p. 3) e adotar uma conduta ética da diferença.

A epistemologia feminista, como mostra Sandra Harding (1996, p. 13), apontou para a necessidade de descentralização do foco da atenção da masculinidade no interior do pensamento e nas práticas sociais: o masculino, embora instituído culturalmente, deveria deixar de ser o único padrão existente para o assim chamado ser humano, uma vez que os homens não são os únicos habitantes humanos do planeta. Centrar a atenção exclusivamente nas necessidades masculinas, nos seus interesses, desejos, concepções, garante apenas uma compreensão distorcida e parcial das práticas sociais (RAGO, 2001, p. 62).

O feminismo critica a forma que o conhecimento científico é produzido, cuja lógica, campo, sujeito e objeto são limitados por premissas particularistas, classistas, racistas e sexistas, quando o ideal é que esta produção adote a dinamicidade, “como efeito das determinações culturais, inserido em um campo de complexas relações sociais, sexuais e étnicas” (RAGO, 1998, p. 4). Encontrando-se com o pensamento pós-moderno, ressalta a necessidade de uma epistemologia que reconheça a existência da discriminação e da invisibilidade interseccional e trabalhe com diferentes pontos de vista, alternando teorias e hipóteses, sem um método acabado.

Além disso, tendo em vista o direito à história e à memória, é patente que a ciência jurídica contribua para a retirada do feminino do plano do apagamento histórico, destacando-o objeto legítimo de estudo, pois, como já verificado, a análise de momentos considerados relevantes, como o período da redemocratização do Brasil e seus consequentes reflexos na legislação são feitos de forma homogeneizada, em que o protagonismo das mulheres não é uma variável considerada.

No que diz respeito à invisibilidade da mulher no campo da ciência jurídica,

a constitucionalização dos direitos das mulheres brasileiras não é recordada pelos estudiosos do Direito Constitucional, tampouco da Ciência Política, ocasionando o ocultamento de informações relevantes da construção histórica da redemocratização (MOREIRA, 2016, p. 219).

Ou seja, para promover uma remodelação do corpo social, que é culturalmente baseado na segregação e na distribuição de papéis de acordo com o sexo biológico, e para legitimar a ação das mulheres, os estudos feministas são essenciais para que a ciência jurídica encare a desigualdade de gênero como um fato real e relevante, não apenas no âmbito privado e familiar, mas na educação, no sistema político e no mercado de trabalho.

A temática discutida também se sobrepõe por abranger importantes objetivos do ordenamento jurídico, como a valorização do trabalho humano, a proteção da dignidade e a promoção da igualdade formal e material. O mercado de trabalho é um ambiente privilegiado de grandes mudanças nas estruturas de poder na sociedade, principalmente quanto ao trabalho feminino, que é pauta de debates feministas há muitas décadas, resultando em grandes alterações de dogmas tradicionais e ideologias conservadoras agregados ao Direito ao longo do tempo.

Lei 10.244/2001 que passa a permitir a realização de horas-extras por mulheres (na prática já era uma realidade); Licença Maternidade com duração de 120 dias 25 O

artigo 7º em seu inciso I, trata da despedida arbitrária sem justa causa. [...] A Lei 10.421/2002 estende à mãe adotiva o direito à licença maternidade e ao salário-maternidade (Lei 8. 213/1991) 25; Licença-paternidade (Art.7º XIX); Igualdade no acesso ao mercado de trabalho e na ascensão profissional (Art. 7º XX); O artigo 377 da CLT estabelece que “A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário”, mas não existe legislação que determine os critérios necessários para a aplicação do Decreto (CEFEMEA, 2006); Direito de greve extensivo a todas as categorias profissionais (Art. 9º). Garantia de aposentadoria diferenciada para homens e mulheres (Art.7º XXIV) (MOREIRA, 2016, p.240).

É inegável o número de direitos conquistados arduamente pelo feminismo, porém a vida pública das mulheres ainda sofre com pressões machistas e conservadoras em diversos aspectos.

[...] uma das principais queixas das "novas mulheres", em geral, é a dupla jornada do trabalho e o acirramento da competição no mundo masculino. As duas questões não podem ser dissociadas, se se considera que a exigência da qualidade do trabalho feminino no mundo público é muito maior do que a que se dá em relação aos homens. As feministas têm denunciando o alto custo que as mulheres pagam por competir no espaço dos homens: enquanto estes contam, de certo modo, com uma infra-estrutura de apoio, seja financeira, seja apenas psicológica, para competir no mercado de trabalho, as mulheres devem provar duas vezes mais do que são capazes, além de continuar a desempenhar as funções de mãe e de rainha do lar, exigidas tanto pelos maridos, quanto pelos filhos e familiares. Na verdade, a liberação feminina acarretou, sem dúvida alguma, um aumento muito grande do trabalho feminino, especialmente para as casadas ou com filhos, aliado a uma pressão muito maior pela prova de sua qualidade em comparação com o trabalho masculino. A guerra entre os sexos, portanto, não terminou e, aliás, se acentua em dois fronts fundamentais: o profissional e o afetivo (RAGO, 1996, p. 42).

Ao compreender a forma como o machismo é institucionalizado, o Direito se prepara melhor para aplicar as regras legais, auxiliar e proteger efetivamente as mulheres contra injustiças às quais são submetidas diariamente, através da fomentação de, por exemplo, políticas públicas sustentadas pelo recorte de gênero e debates que estimulem o maior respeito aos direitos das mulheres, bem como negociações coletivas que tirem de segundo plano e realmente promovam a maior inserção feminina nas instituições.

Outrossim, por caber ao sistema de justiça brasileiro inovar diante de novas situações e da própria evolução de questões raciais, de classe e gênero, convém propor a ascensão de mais mulheres na função legislativa, executiva e judiciária, já que a maioria é masculina, de forma a impedir sejam vítimas de atitudes discriminatórias quando devem ser reconhecidas como cidadãs e trabalhadoras de pleno direito.

Vale mencionar algumas recentes iniciativas, como O Programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei n. 11.770/2008 e regulamentado pelo Decreto n. 7.052/2009, que se destina a prorrogar por sessenta dias a duração da licença-maternidade e por quinze dias, além dos cinco já estabelecidos, a duração da licença-paternidade (Lei n.

13.257/2016). A pessoa jurídica que aderir ao Programa recebe incentivos fiscais, como a dedução do Imposto sobre a Renda.

Há um escritório de advocacia em Porto Alegre, da feminista Gabriela Souza, composto exclusivamente por advogadas, clientes e prestadoras de serviço mulheres.

A iniciativa reforça uma tendência recente, na Capital e em outras partes do país, marcada pelo surgimento de iniciativas voltadas somente para elas como forma de se contrapor ao machismo na sociedade gaúcha e brasileira [...]. Segundo a advogada, a ideia surgiu após um final de semana de reflexão em que ela percebeu a necessidade de criar um ambiente onde o público feminino fosse melhor recebido e compreendido na esfera jurídica (GONZATTO, 2018, s/p).

O ideal, com certeza, é que atitudes como esta, que vão além do mero viés dogmático, fossem realizadas em todas as áreas que a ciência jurídica alcança, para que a igualdade prevista pela Constituição Federal seja mais do que uma mera formalidade.

5 Considerações finais

Correlacionando Gênero e Direito, as informações reunidas ao longo da pesquisa resultaram em algumas interessantes reflexões. A análise inicial, sobre o ativismo feminista/feminino no processo de redemocratização do Brasil, mostrou como as mulheres e as correntes feministas, diante de um Estado baseado em concepções patriarcais, tiveram um papel fundamental em um momento de intensas transformações das relações sociais e jurídicas, sobre o fortalecimento da democracia e dos direitos humanos de grupos marginalizados.

O progresso do protagonismo feminista após as lutas reivindicatórias do período de 1970 culminou na saída das mulheres do espaço privado e no aumento maciço do número de trabalhadoras em diversas áreas do mercado de trabalho historicamente consideradas masculinas.

Em termos de visibilidade, esses movimentos proporcionaram o reconhecimento da identidade feminina no cenário jus-político e verificou-se que também contribuíram de forma imensurável para o progresso dos direitos fundamentais das mulheres, na criação de leis e políticas protetivas, incorporando questões ligadas ao gênero aos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais.

O estudo exposto demonstrou que, mesmo que parte da sociedade equivocadamente naturalize a segregação e a distribuição de papéis por causa do sexo biológico, a separação binária das funções é resultado de construções sociais e culturais. Isso posto, apesar de atualmente as mulheres terem conquistado maior espaço no mercado de trabalho, extrapolando suas funções meramente reprodutivas impostas pelo patriarcado, ainda há reflexos do machismo no espaço público.

A opressão e a desvalorização feminina se perpetuaram além do ambiente privado, visto que os dados reunidos demonstram que as relações de gênero implica desigualdade salarial, existência de uma dupla jornada de trabalho, menores

possibilidades de êxito na ascensão profissional e ocupação de postos importantes entre outros, impedindo que tenham um tratamento efetivamente equitativo.

Ainda há muito por avançar, razão pela qual foi proposta a presente pesquisa. Uma nova perspectiva histórica que inclua as mulheres salienta a necessidade da mobilização jurídica pelo fortalecimento de uma sociedade que não tolere a discriminação e o preconceito, que sirva como incentivo, para que o Direito, como instrumento de transformação social, encare a presente temática como um fato real e relevante, e que promova amplas discussões sobre os direitos de grupos vulneráveis às desigualdades sociais intrínsecas do Estado brasileiro.

Referências

ALVAREZ, Sonia E. Engajamentos ambivalentes, efeitos paradoxais: movimentos feminista e de mulheres na América Latina e/em/contra o desenvolvimento. *Revista Feminismos*, Salvador, v. 2, n. 1, p.57-77, 13 abr. 2014.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. vol. 2.

BITENCOURT, Silvana Maria. A contribuição de teóricas feministas para os estudos de gênero. *Revista Ártemis*, Paraíba, v. 25, n. 1, p.1 78-185, jan./jun. 2013. Semestral.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017.

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

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas Para As Mulheres. (Ed.). *Raseam – Relatório Anual Socioeconômico da Mulher*. 2015. Disponível em: http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/livro-raseam_completo.pdf. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: 01 mai. 1943.

BRASIL. IBGE: *estatísticas de gênero – responsabilidade por afazeres afeta inserção das mulheres no mercado de trabalho*. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. ONU. OIT: participação das mulheres no mercado de trabalho ainda é menor que dos homens. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oit-participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho-ainda-e-menor-que-dos-homens/>. Acesso em: 29 ago. 2018.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do trabalho da mulher: ontem e hoje. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1765. Acesso em: 02 abr. 2018.

GONZATTO, Marcelo. *Contra o machismo no direito, escritório feminista de advocacia atende 300 mulheres em um ano: estabelecimento de Porto Alegre reúne exclusivamente advogadas, clientes e prestadoras de serviço mulheres*. Porto Alegre: Gaúchazh, 05 jun. 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2018/06/contra-o-machismo-no-direito-escritorio-feminista-de-advocacia-atende-300-mulheres-em-um-ano-cji0y9q020dnh01qo343wircc.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. [S.l.]: Elefante, 2017.

GALVAO, Clarissa. *Contribuições da epistemologia feminista para uma crítica da ciência moderna: teoria e metodologia das Ciências Sociais*. 2002. Disponível em: <http://quecazzo.blogspot.com.br/2012/04/contribuicoes-da-epistemologia.html>. Acesso em: 02 abr. 2018.

IPEA. Estudo mostra desigualdades de gênero e raça em 20 anos. 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2952. Acesso em: 02 abr. 2018.

LOBO, Elisabeth Souza. *A classe operária tem dois sexos: trabalho, dominação e resistência*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

MARQUES, Ana Carolina Bianchi Rocha Cuevas; VASCONCELLOS, Felipe Gomes da Silva; LOPES, Gabriel Franco da Rosa. *Redemocratização: as mulheres e a Constituição de 1988. Mulheres em luta: a outra metade da história do direito do trabalho*, LTR. São Paulo: LRT, 2017, p. 95 – 112.

MINISTÉRIO DA FAZENDA (Brasil). Receita Federal. *Programa Empresa Cidadã*. 2016. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/isencoes/programa-empresa-cidada/orientacoes>. Acesso em: 03 dez. 2018.

MOREIRA, L.A. *Direito e gênero: a contribuição feminista para a formação política das mulheres no processo de (re)democratização brasileiro*. *Revista Gênero & Direito*, [s.l.], v. 5, n. 1, p.217-255, 29 abr. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18351/2179-7137/ged.v5n1p217-255>. Acesso em: 03 dez. 2018.

RAGO, Luzia Margareth. A coragem feminina da verdade: mulheres na ditadura militar no Brasil. *Caderno Espaço Feminino*, [s.l.], v. 28, n. 2, p.103-122, 15 dez. 2015. EDUFU - Editora da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/cef-v28n2a2015-5>. Acesso em 04 dez. 2018.

RAGO, Margaret. *Epistemologia feminista, gênero e história*. In: PEDRO, Joana M. e GROSSI, Mirian P. (orgs). *Masculino, Feminino, plural*. Florianópolis: Editora das Mulheres, 1998, p. 24-42.

RAGO, Margareth L. Adeus ao feminismo: feminismo e (pós)modernidade no Brasil. *Cadernos AEL*, n. 3/4, p. 1-33, 1995/1996.

RAGO, Margareth. Feminizar é preciso: por uma cultura filógena. São Paulo em *Perspectiva*, [s.l.], v. 15, n. 3, p.53-66, jul. 2001. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-88392001000300009>. Acesso em 04 dez. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/11391703685/Downloads/Curso%20De%20Direitos%20Humanos.pdf> Acesso em: 03 out. 2018

ROJAS, Viviane Filgueiras. Segregação por gênero: uma vergonha social. *Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense*, Niterói, v. 4, n. 12, p.94-133, fev. 2009. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/ccedil-ecirc-nero-uma-vergonha-social-222525149>. Acesso em: 26 set. 2018.

RUBIN, Gayle. *O tráfico de mulheres: notas sobre a "economia política" do sexo*. Tradução Chistine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha, Sônia Corrêa. Recife: Edição S.O.S. Corpo, mar. 1993.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, p.71-99.

SOIHET, Rachel. *Violência simbólica: saberes masculinos e representações femininas*. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 5, n. 1, jan. 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/12558/11703>. Acesso em: 26 set. 2018.

SUGIMOTO, Luiz. Mulheres na linha de frente. *Jornal da Unicamp*, Campinas, 31 mar. 2014. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/ju/592/mulheres-na-linha-de-frente>. Acesso em: 26 mar. 2018.

TIBURI, Marcia. *Feminismos em comum: para todas, todes e todos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

A natureza jurídica do feminicídio e a legitimidade de mulheres trans. como sujeitos passivos desse crime

The legal nature of the femicide and the legitimacy of transgender women as passive subjects of this crime

Lara Caetano da Silva

Aluna do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: laracaetano@unipam.edu.br

Resumo: O presente estudo analisa o feminicídio, circunstância qualificadora do crime de homicídio, previsto no art. 121, § 2º, VI, do Decreto-lei 2848 (Código Penal), acerca de sua natureza subjetiva ou objetiva. Tal análise busca constatar a natureza jurídica do delito, para verificar questões como a coexistência com outras qualificadoras, participação, hediondez e outros. Busca-se verificar também a legitimidade de mulheres trans como sujeitos passivos do feminicídio, examinando os posicionamentos jurídicos do conceito de mulher para essa lei, tendo em vista a maior discussão nos dias atuais acerca de identidade de gênero. O método científico adotado é o dedutivo, sendo que o método de procedimento é o bibliográfico e o jurisprudencial.

Palavras-chave: Natureza jurídica. Gênero. Sexo. Identidade de gênero. Transexualidade.

Abstract: The present study analyzes femicide, qualifying circumstance of the crime of homicide, provided for in art. 121, § 2nd, VI of Decree-Law 2848 (Criminal Code), about its subjective or objective nature. Such analysis seeks to verify the legal nature of the offense, to verify issues such as coexistence with other qualifiers, participation, hideousness and others. It also seeks to verify the legitimacy of transgender women as passive subjects of femicide, examining the legal positions of the concept of woman for this law, bearing in mind the greater discussion at present about gender identity. The scientific method adopted is the deductive, and the method of procedure is the bibliographical and jurisprudential.

Keywords: Legal nature. Gender. Sex. Gender identity. Transsexuality.

1 Introdução

O presente trabalho analisou a natureza jurídica do feminicídio, art. 121, § 2º, VI, do Decreto-lei 2848 (Código Penal), acerca de sua natureza subjetiva ou objetiva. Perpassou também pelo estudo da legitimidade das mulheres transexuais como vítimas dessa forma de homicídio, abordando temas como necessidade de cirurgia de redesignação sexual e nome social.

O feminicídio foi introduzido no diploma legal através da Lei n. 13.104, de 2015, sendo a sexta modalidade de homicídio qualificado, constatado quando este ocorrer contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Tais razões são citadas no §2º-A, consideradas quando o crime envolva I - violência doméstica e familiar e II - menosprezo e discriminação à condição de mulher.

A lei previu também causas de aumento de pena para essa forma de delito, descritas nos incisos I a III, que sejam durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência e na presença de descendente ou de ascendente da vítima. E indo além, alterou a redação do art. 1º, I da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8072/90) para “homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, I, II, III, IV, V e VI)” (BRASIL, 1990).

Com isso, a lei sancionada pela então presidente Dilma Rousseff reconheceu a existência de uma violência de gênero no Brasil, uma questão que já era enfrentada há anos por movimentos feministas. Apesar de não haver criado um novo tipo penal, apenas uma forma qualificada de homicídio, a nova qualificadora “ampliou a proteção da mulher vitimada pela violência de gênero, assegurando-lhe maior proteção” (BITENCOURT, 2016, p. 95).

A busca pela natureza jurídica do feminicídio oferece vários questionamentos, como as implicações dessa constatação em relação à hediondez do crime, sobre o concurso de agentes, acerca da opção do legislador ao escolher o termo “sexo” e não “gênero” ao redigir o dispositivo legal, entre outros. Além disso, investigar a possibilidade de mulheres transexuais não submetidas à cirurgia de mudança de sexo figurarem no polo passivo do crime coaduna com as atuais discussões concernentes à identidade de gênero, uma das grandes bandeiras levantadas pela comunidade LGBTI+ (sigla utilizada para se referir às lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexo e outras orientações sexuais, identidades e expressões de gênero).

Foi adotado o método de pesquisa teórico, principalmente pela pesquisa bibliográfica, fundada em levantamento de doutrinas, artigos, manuais, periódicos, revisão de literatura e etc., na busca por posicionamentos ou correntes de entendimento sobre o tema, fazendo uma análise lógica e conceitual desse material, além da pesquisa documental, baseada na legislação e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de auferir as contribuições jurisprudenciais acerca do feminicídio e sua compreensão.

2 Da natureza jurídica do feminicídio

Analisando-se as razões da condição de sexo feminino, fica claro estar-se diante de uma norma penal em branco, aquela em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário, sem o qual se torna impossível a sua aplicação (GRECO, 2014). Seguindo as lições do jurista Rogério Greco, verifica-se que tal qualificadora trata-se de norma penal em branco homogênea, pois os conceitos de violência doméstica e familiar, previstos no inciso I, são encontrados em norma de mesma hierarquia legislativa, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11340/2006).

O feminicídio é também uma das circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio. Além dessa circunstância, qualificam o homicídio as descritas no §2º do art. 121 da lei penal, que, quando reconhecidas, aumentam a pena mínima e máxima do

delito. Dito isto, feminicídio é uma forma de homicídio qualificado, por ser o crime cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, o que implica dizer que as penas mínima e máxima desse delito são maiores do que a do homicídio simples.

Pode ocorrer que o agente, ao cometer o homicídio, se valha de mais de uma das circunstâncias qualificadoras descritas no tipo penal, sendo necessário analisar a possibilidade de que ocorram concomitantemente. Aí reside a importância de se verificar se tais condições têm caráter objetivo ou subjetivo e se podem coexistir de forma lógica na ação criminosa, sendo certo que esse concurso “apresenta graus de complexidade que demandam alguma reflexão” (BITENCOURT, 2016, p. 82).

O delito de homicídio possui circunstâncias que, quando presentes, atenuam a pena, classificando-o como o que a doutrina chamou de homicídio privilegiado. O art. 121, §1º do Código Penal, trata dessas condições, dispondo que, se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Todas essas situações descritas são de natureza subjetiva, pois é necessário verificar a motivação íntima do agente no momento da ação.

Por esse motivo, maior parte dos juristas defendem que não poderão coexistir com outras circunstâncias subjetivas, sob pena de a ordem jurídica pátria aceitar concomitantemente motivações totalmente opostas como motor do delito (como exemplo, não seria possível ao sujeito matar alguém motivado por relevante valor social e motivo torpe ao mesmo tempo).

Destaca-se, preliminarmente, que o homicídio qualificado é definido como crime hediondo, nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 8072/90 (BITENCOURT, 2016, p. 83). Isso implica penas mais duras e regime de cumprimento mais severo que o dos demais crimes. Além disso, crimes hediondos são insuscetíveis de graça, anistia ou indulto, além de não ser cabível a fiança (art. 2º, I e II). Isso torna ainda mais relevante a verificação sobre a natureza da circunstância qualificadora. Quando presente uma condição subjetiva motivadora do homicídio reconhecida juntamente com o privilégio, o crime não será classificado como hediondo, pois “a ação continua punível, apenas a sua reprovabilidade é mitigada, na medida em que diminui o seu contraste com as exigências ético-jurídicas da consciência comum” (BITENCOURT, 2016, p. 76).

De maneira geral, as qualificadoras objetivas são as que dizem respeito ao crime, enquanto as subjetivas vinculam-se ao agente (BIANCHINI, 2016, p. 204). Disso decorre mais uma importante razão para se verificar a sua natureza: o concurso de pessoas. Se o crime é cometido por mais de um sujeito, pode haver, além do autor, as figuras de coautor e partícipe. O Código Penal, no artigo 30, prevê que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam aos demais agentes, salvo quando elementares do crime. Seguindo do entendimento de que as qualificadoras subjetivas têm relação particular com a esfera de motivação íntima do agente, não se comunicarão aos demais coautores ou partícipes, na medida em que só poderão ser punidos por elas quando presentes também no seu âmbito de motivação.

Em relação ao feminicídio, a novel legislação gera grandes debates na órbita jurídica nesse sentido: existe divergência na doutrina acerca da natureza jurídica de tal qualificadora, se esta seria subjetiva ou objetiva. A depender da interpretação, os

impactos serão diferentes na coexistência com outras qualificadoras e julgamento pelo Tribunal do Júri, por isso vários foram os posicionamentos adotados pela comunidade jurídica, descritos a seguir.

2.1 Qualificadora subjetiva ou objetiva?

Parcela da doutrina entende que o feminicídio é uma qualificadora de natureza subjetiva, isto porque a própria lei fala expressamente em razões de condição do sexo feminino sendo necessário adentrar na esfera íntima do dolo do agente para se verificar a sua configuração. Além do mais, entendem que não poderia ser um dado objetivo por não se relacionar com o meio ou modo de execução.

Alice Bianchini (2016, p. 216) comunga desse entendimento, uma vez que, para ela, a condição de sexo feminino representa a motivação da ação homicida. Nessa seara, coaduna com o entendimento da doutora em direito penal o promotor de justiça Rogério Sanches Cunha, que entende que a qualificadora do crime de feminicídio é “claramente subjetiva, pressupondo motivação especial, qual seja, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher.” (CUNHA, 2018).

Ainda nesse viés, Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 97) reforça que o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher é o próprio móvel do crime, e que a vulnerabilidade da mulher, tida como física e psicologicamente mais frágil, encoraja a prática da violência por homens que presumem certa sua dificuldade em oferecer resistência à agressão.

Em outro sentido, há uma parcela de juristas que entende que matar uma mulher em situação de violência doméstica ou de menosprezo ou discriminação à condição de mulher tem natureza objetiva. Essa corrente, defendida por Amom Albernaz Pires, não admite a possibilidade de um crime de clara motivação de gênero ser tratado como simples homicídio no caso de ser reconhecida a incidência de um “privilegio”.

A nova qualificadora do feminicídio não constitui o móvel imediato da conduta, isto é, o agente pode ter agido por causa de uma discussão banal com a vítima (motivo fútil) ou por causa da sua possessividade e ciúme excessivo em relação à vítima ou em razão de seu inconformismo com o término do relacionamento afetivo (motivo torpe), para ficar só nesses dois exemplos corriqueiros na lida do Tribunal do Júri, dentre muitos outros (PIRES, 2016).

Para o jurista, o ânimo imediato do delito não é a condição do sexo feminino, pois o homicida, no momento da ação criminosa, geralmente é movido por motivos fúteis ou torpes (como nos exemplos citados). Seguindo esse raciocínio, a qualificadora do feminicídio não poderia ser afastada se reconhecidas outras circunstâncias subjetivas que qualificam o homicídio, sendo então possível reconhecer a existência de um homicídio qualificado de forma objetiva pela condição de sexo feminino ou menosprezo desta, ou violência doméstica e familiar, e qualificado também de forma subjetiva por motivo fútil ou torpe.

O Superior Tribunal de Justiça, como instância máxima em matéria infraconstitucional no Brasil, também já se posicionou no sentido de reconhecer o feminicídio como qualificadora objetiva do delito de homicídio. Em decisão monocrática proferida pelo ministro Félix Fischer no Resp 1.707.113/MG, o magistrado argumentou que o “feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar” (Ministro Felix Fischer, REsp 1.707.113-MG, publicado em 07/12/2017). Desde então, esse entendimento vem sendo consolidado pela quinta e sexta turmas do tribunal, a exemplo do HC 430222 / MG de relatoria do ministro Jorge Mussi e do HC 433898 / RS de relatoria do ministro Nefi Cordeiro.

Nessa linha de interpretação, estão também os enunciados da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID), criada pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), que buscam orientar os promotores de justiça na aplicação da legislação protetiva à mulher. Atualizados em março de 2018, tratam da natureza jurídica do feminicídio da seguinte forma:

Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso I)

Enunciado nº 23 (005/2015):

A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de qualquer elemento volitivo específico (aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015).

Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso II)

Enunciado nº 24 (006/2015):

A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher (aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015).

Tradicionalmente, a doutrina divide as circunstâncias qualificadoras entre objetivas e subjetivas. Entretanto, alguns juristas veem propondo uma nova classificação, que reconhece tal qualificadora como mista, considerando-a tanto de natureza objetiva quanto de natureza subjetiva.

Na voz de André Estefam, a qualificadora tem natureza mista. O promotor de justiça verifica a objetividade no próprio fato de o sujeito passivo ser a mulher, enquanto a motivação pela condição de sexo feminino consiste o elemento subjetivo.

Em nosso modo de ver, a qualificadora tem natureza mista (objetiva e subjetiva). Explica-se: o aspecto objetivo da circunstância reside no sexo do sujeito passivo, pois a lei é categórica ao exigir que seja a vítima do feminicídio uma mulher. O elemento subjetivo radica-se em que a conduta deve ser praticada por razões da condição de sexo feminino (ESTEFAM, 2017, p. 143-144).

Sobre a compatibilidade do delito com as demais qualificadoras do homicídio, o autor ainda acrescenta:

O feminicídio, de outro lado, se afigura compatível com as demais qualificadoras (objetivas) do homicídio. O delito exige, conforme ressaltamos, que seja a vítima uma mulher e, ademais disso, que haja uma particular motivação: a conduta deve ser decorrente de razões ligadas à condição de pessoa do sexo feminino. Em face desse móvel específico, revela-se esta qualificadora incompatível com aquelas previstas nos incisos I, II e V, do art. 121, §2º, do CP, de natureza subjetiva (pois igualmente relacionadas à motivação). Pode-se combinar, porém, o feminicídio com as qualificadoras relativas aos meios e modos de execução (incisos III e IV), em função de sua natureza objetiva. Por exemplo: matar a esposa, que anunciou seu intuito de se separar, com emprego de asfixia; nesse caso, aplicar-se-iam as qualificadoras objetiva (asfixia) e mista (feminicídio) (ESTEFAM, 2017, p. 144).

Reconhecer a qualificadora do feminicídio como mista parece até o momento ser o mais acertado, com base no §2º-A do artigo 121. O próprio legislador forneceu o substrato para essa interpretação, ao explicar o que são condições do sexo feminino: violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A Lei Maria da Penha (11.340/2016) trata expressamente da violência doméstica e das formas como ela ocorre, fornecendo ao tipo penal em branco o complemento necessário para se interpretar o inciso I do supramencionado dispositivo. A norma legal prevê, em seu art. 5º, como violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. E ainda vai além, ao explicar, em pormenores, as formas dessa violência no art. 7º:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a **violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a **violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a **violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a **violência patrimonial**, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de

trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a **violência moral**, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (*grifou-se*).

Não há como, diante desse lastro exaustivamente discriminado, negar o caráter objetivo da violência doméstica e suas formas de manifestação. Em outras palavras: verificada a morte de uma mulher em qualquer uma das situações acima descritas, não há possibilidade de se afastar o feminicídio cometido na modalidade de violência doméstica.

Por outro lado, a circunstância de menosprezo ou discriminação à condição de mulher denota certo cuidado em seu reconhecimento. Para constatar a incidência da qualificadora do feminicídio, primeiramente é necessário explorar o sentido dessas ações.

O substantivo menosprezo é compreendido como a desvalorização, falta de estima, apreço ou consideração, desdém, desconsideração ou depreciação da figura da mulher vítima (BIANCHINI, 2016, p. 206); entende-se, como exemplo, o pai que mata a filha ao descobrir que ela não é mais virgem. A discriminação, não muito diferente, é a ação ou efeito de separar, segregar, pôr à parte; ilustrando, é o marido que mata a esposa por não aceitar que ela trabalhe fora de casa, por entender que ela não pode estudar, ou por entender que ela não pode dirigir, etc.

Em qualquer uma das formas de ação, note-se que o *animus agendi* não pode ser apurado pela mera constatação dos fatos: será necessário ao aplicador da norma realizar um juízo de valor acerca do móvel do crime, adentrando na esfera íntima de vontade do agente. Não obstante, o fato de se matar uma mulher por menosprezo ou discriminação à sua condição poderia, a rigor, qualificar o homicídio por motivo torpe ou fútil, ambas circunstâncias claramente subjetivas, por manterem relação direta com a esfera de motivação íntima do agente.

Tendo isto constatado, passa-se agora à análise dos conceitos de sexo e gênero para a lei do feminicídio.

3 Do conceito de gênero na Lei Maria da Penha e da opção legislativa por sexo na redação legal

A Lei n. 11.340, Lei Maria da Penha, foi criada em 2006 para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa lei deu um novo tratamento à violência doméstica no país, que antes era tratada como crime de menor potencial ofensivo.

Ao dispositivo legal foi dado esse nome em homenagem à farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que, em 1983, sofreu dois homicídios tentados pelo próprio marido: levou um tiro na coluna enquanto dormia, o que a deixou tetraplégica, e após meses no hospital se recuperando de várias cirurgias, quando finalmente voltou para casa, este tentou eletrocutá-la durante o banho (OLIVEIRA, 2011, p. 34).

Maria da Penha decidiu se separar e levar o caso de seu agressor à justiça, o professor universitário colombiano Marco Antonio Heredia Viveros. Entretanto,

devido à negligência com que o Estado tratou de sua situação, ela o relatou ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL¹) e ao Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM²), que encaminham seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA³), em 1998, sendo que apenas em 2002 o Brasil foi condenado por omissão, negligência e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres.

A partir de então, os casos de violência doméstica passaram a tramitar perante os juizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, com competência para processar, julgar e executar as causas cíveis e criminais, quando se faz presente a violência doméstica e familiar (OLIVEIRA, 2011, p. 90).

Insta salientar que a Lei Maria da Penha configura como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (art. 5º) em diversos âmbitos da vida. Ou seja, a norma é aplicada para qualquer mulher, em qualquer tipo de violência de gênero nas relações domésticas e familiares, já que a lei em momento algum restringiu à qual “tipo” de mulher deverá ser aplicada.

Indo além, por ser a lei medida fundamentalmente de proteção, sua aplicação independe de orientação sexual, podendo ser nas relações homoafetivas (OLIVEIRA, 2011, p. 47), sempre que configurada situação de violência doméstica. Justifica-se esta aplicação de interpretação extensiva por priorizar a busca da vontade da norma, em que a verdadeira exegese do dispositivo seria a proteção das relações domésticas e familiares.

Destarte, passa-se a verificar a supressão do termo sexo por gênero, ocorrido durante a tramitação do projeto de lei do feminicídio.

3.1 Implicações da alteração do termo gênero para sexo

O texto do dispositivo legal, inicialmente, continha a expressão “por razões de gênero”, substituída na Câmara dos Deputados por “por razões da condição de sexo feminino”, de forma tendenciosa a ignorar os debates acerca das questões de discriminação de gênero tanto defendidas por militantes feministas e LGBTI+.

Nas palavras do deputado Evandro Gussi (PV-SP), durante a votação final pela Câmara do Projeto de Lei n. 8305/2014 do Senado Federal, a “ideia ambígua de gênero” fere o princípio da igualdade, sob o argumento de que se estaria “tratando

¹ Ong criada em 1991, visando à implementação das normas da Organização dos Estados Americanos (OEA).

² O CLADEM, criado entre os anos de 1987 e 1989, é uma rede feminista que trabalha para contribuir com a plena vigência dos direitos das mulheres na América Latina e Caribe, utilizando o direito como um instrumento de mudança (CLADEM, 2018).

³ Fundada em 1948 para alcançar nos estados membros uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência (OEA, 2018).

⁴ Palavras proferidas na sessão de votação final do projeto de Lei n. 8305/2014 na câmara dos Deputados, em 04/03/2015.

duas pessoas com medidas diferentes, se de um lado temos a morte de um homem e, de outro, a morte de uma mulher”.

Amom Albernaz Pires não vislumbra prejuízo na interpretação do dispositivo dada a alteração do texto inicial. Para ele, o que deve ser levado em conta é a condição da mulher baseada em construções socioculturais discriminatórias.

Primeiramente, observa-se que a redação originária do Senado Federal (PLS nº 292/2013) trazia no novel inciso VI do § 2º do art. 121 do CP a expressão “por razões de gênero”, a qual foi substituída na Câmara dos Deputados pela expressão equivalente “por razões da condição de sexo feminino”, o que em nada muda a exegese do dispositivo, na medida em que ele faz referência ao homicídio praticado contra a mulher (pessoa do sexo feminino) em decorrência de construções socioculturais plasmadas no inconsciente coletivo, as quais espelham relações desiguais e assimétricas de valor e poder atribuídas às pessoas segundo o sexo (PIRES, 2016).

Coadunam com esse entendimento Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. Para eles, a alteração não trouxe nenhum prejuízo no que concerne à proteção da mulher. “Tal alteração traz algum impacto interpretativo? Entendemos que não, já que a expressão ‘por razões da condição de sexo feminino’ vincula-se, igualmente, a razões de gênero” (BIANCHINI; GOMES, 2015).

Extraí-se do trecho acima citado que esses autores não verificam impacto negativo no uso da expressão sexo em lugar de gênero, por entender que a motivação do agente vincula-se da mesma forma a ambas as condições.

Entretanto, a questão não é pacífica. Na concepção mais conservadora, há enormes diferenças ao se falar de “razões de gênero” e “razões da condição de sexo feminino”. Quem segue tal raciocínio é Cezar Roberto Bitencourt, na medida em que defende o uso de critérios estritamente jurídicos para a compreensão do que pode ser o sexo masculino ou feminino, “em respeito à tipicidade estrita, sendo insuficiente simples critérios psicológicos ou biológicos para definir quem pode ser sujeito passivo desta novel qualificadora”. (BITENCOURT, 2016, p. 101). Em sua ótica, apenas quem for oficialmente identificado como mulher por seus documentos pessoais pode ser sujeito passivo dessa qualificadora. Dessa forma, no entendimento do autor, a mulher transexual que ainda não tenha promovido a alteração de seus documentos de identificação, em que pese assim se autodeterminar, fundada em toda a sua plenitude como ser humano, jamais poderá ser considerada vítima do crime de feminicídio.

Também nesse viés está a interpretação de Rogério Sanches Cunha, que diz:

Se a Lei Maria da Penha tem sido interpretada extensivamente para que sua rede de proteção se estenda à pessoa que, embora não seja juridicamente reconhecida como mulher, assim se identifique, devemos lembrar que a norma em estudo tem natureza penal, e a extração de seu significado deve ser balizada pela regra de que é vedada a analogia *in malam partem* (CUNHA, 2016, p. 63).

O jurista ainda acrescenta que, se em outras qualificadoras do homicídio pode haver a interpretação extensiva, isso não se aplica ao feminicídio, pois não estamos

diante de um caso em que se deva ampliar o significado de uma expressão para se alcançar o real significado da norma.

Parecem ter razão esses dois últimos autores. Entender o termo sexo de forma a abranger o conceito de gênero colocaria em risco o princípio da segurança jurídica, ao se admitir que haja interpretação extensiva aplicada a uma norma penal. Em que pese o intuito da qualificadora do feminicídio ser de oferecer maior proteção às mulheres de forma ampla, não se pode olvidar que é basilar do Direito Penal a vedação da analogia *in malam partem*, ou seja, aquela que invoca lei ou caso semelhante para aplicar pena mais gravosa ao agente do delito.

Uma forma de superar esse impasse em relação à proteção de mulheres que se identificam com o gênero feminino, porém pelas mais diversas razões não puderam ainda promover a modificação de seus documentos civis, seria a alteração pelas Câmaras Legislativas do termo “sexo” para “gênero” na Lei n. 13.104, de 2015. Outra possível solução seria a criação de alguma norma que criminalizasse a transfobia, a homofobia e os crimes relacionados à discriminação das pessoas LGBTI+. Entretanto, por mais que isso pudesse levantar debates acerca do Direito Penal do Inimigo ou do Direito Penal Simbólico, diante da atual formação da Câmara Baixa brasileira, a criminalização (ou maior punição) dessas condutas é algo quase impensável no cenário presente.

Assim, enquanto tais medidas legislativas não ocorram, a solução para maior proteção das mulheres trans não civilmente identificadas como mulheres que forem vítimas do feminicídio seria a aplicação das qualificadoras de motivo fútil ou torpe.

4 Da transfobia no Brasil e do reconhecimento de uma aplicação mista para mulheres trans vítimas do feminicídio

Segundo o manual de comunicação LGBTI+, da Aliança Nacional LGBTI+, transexual é a pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento (GRUPO DIGNIDADE, 2018, p. 30). São pessoas que procuram se adequar à identidade de gênero e podem ou não recorrer a tratamentos médicos, como terapia hormonal ou cirurgia de redesignação sexual para adequar o seu corpo ao gênero a que entende pertencer.

Já o termo transgênero se refere à terminologia usada para descrever pessoas que transitam entre os gêneros. Nessa categoria entram também travestis, pessoas identificadas com o gênero feminino em oposição ao seu sexo biológico, mas que, na maioria das vezes, não se submetem à redesignação sexual cirúrgica, sendo comum, porém, mudanças físicas como implante de silicones e tratamento hormonal. Dentro desse grupo, modernamente surgiu um segmento que se autointitula “mulheres travestis” (GRUPO DIGNIDADE, 2018, p. 31).

No Brasil, como na maior parte do mundo, pessoas trans enfrentam reiteradas dificuldades para serem respeitadas como pessoas comuns, em sua individualidade. É o que se verifica em acordo com dados da ONG alemã Transgender Europe, divulgados no país pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, a Antra. Entre 01/10/2016 e 30/09/2017, foram assassinadas 171 pessoas trans no Brasil, tornando-o

líder mundial de assassinatos de travestis e transexuais, com 52% das mortes (ANTRA, 2018, p. 24).

Diante dos dados, estima-se que a cada 48h uma pessoa trans é assassinada no Brasil e que a idade média das vítimas dos assassinatos é de 27,7 anos (ANTRA, 2018, p. 16). Uma estatística no mínimo alarmante, tendo em vista que a expectativa de vida média do brasileiro, atualmente, é de 75,8 anos (IBGE, 2018).

Não obstante, no Brasil as pessoas trans ainda têm de lidar com um poder legislativo extremamente conservador. É verdade que o país é uma das poucas nações mundiais a ter uma legislação protetiva e inclusiva das pessoas LGBTI+. Entretanto, nos últimos anos, têm havido no Congresso Nacional várias tentativas de restringir e reduzir essas normas de proteção, como o projeto de lei Estatuto das Famílias (PLS 470/2013, que, dentre outras propostas altamente controversas, institui a família como união formada apenas pela mulher e homem).

Esse retrocesso se deve em grande parte à chamada bancada evangélica, um grupo de parlamentares fundamentalistas da Câmara dos Deputados que atuam de forma pautada em convicções de cunho religioso. Para esses deputados, existe a chamada “ideologia de gênero”,

uma falácia inventada e divulgada por setores (ultra)conservadores e fundamentalistas sob o pretexto velado de negar a igualdade de direitos e o respeito às mulheres e às pessoas LGBTI+, alegando que “ideologia de gênero” induziria à destruição da família “tradicional”, à legalização da pedofilia, ao fim da “ordem natural” e das relações entre os gêneros, negando a existência da discriminação e violência contra mulheres e pessoas LGBTI+ comprovadas com dados oficiais e estudos científicos (REIS; EGGERT, 2017).

Esse termo se tornou tão comum a ponto de inúmeras pessoas lançarem mão dele de forma equivocada, reforçando a ideia de que existe uma persuasão coletiva para que as pessoas “se tornem” gays, lésbicas ou trans, etc. Como se houvesse um conjunto de ideias, convicções e princípios filosóficos, sociais ou políticos que induzissem a população a se “tornar” LGBTI+.

Diante desse cenário, como o ordenamento jurídico brasileiro pode oferecer maior proteção às pessoas trans, tendo em vista o subtratamento dado a elas pela sociedade? É o que passa a ser analisado no item seguinte.

4.1 Nome social e aplicação do feminicídio às mulheres trans.

De forma acertada, tanto a jurisprudência quanto até mesmo a legislação vêm tentando oferecer maior proteção às pessoas transexuais em todos os âmbitos da vida, como na esfera civil, social, penal e etc.

Na sociedade atual, é recorrente o conceito de identidade de gênero, que pode ser extraído do Decreto n. 8.727, publicado em 2016 pela então presidente da República Dilma Rousseff. Ele é definido como dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e

feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento (BRASIL, 2016).

Ainda de acordo com o decreto, nome social é a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida (BRASIL, 2016). Tal ato normativo instituiu aos órgãos e entidades da administração pública federal, tanto direta, indireta, autárquica ou fundacional, a obrigação de adotarem o nome social da pessoa que o requerer. Em decorrência disso, o nome social é aceito em diversos setores, desde a Justiça Eleitoral até mesmo em certames e no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem).

Esse critério é para a maioria da doutrina a baliza que delimita quem é “mulher” no sentido jurídico. Como dito anteriormente, Cezar Roberto Bitencourt defende que o feminicídio só pode ser aplicado à vítima que tenha promovido a averbação de seu prenome no registro civil, em decorrência da “tipicidade estrita, sendo insuficientes simples critérios psicológicos ou biológicos para definir quem pode ser sujeito passivo desta novel qualificadora”. (BITENCOURT, 2016, p. 101).

O promotor de justiça e escritor Rogério Sanches Cunha compartilha da mesma percepção. Destarte, defende que, no caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificada civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, essa pessoa será considerada mulher (CUNHA, 2016, p. 62). Entretanto, como abordado no espaço destinado à discussão dos conceitos de sexo e gênero, o autor defende que a simples autoafirmação de gênero não pode ser suficiente para ensejar a aplicação da lei penal ao agente nesses casos, por se estar diante de uma analogia maléfica ao sujeito.

Insta salientar que, em que pese o direito ao nome social já ser reconhecido pelo ordenamento jurídico do país, a promoção da alteração dos documentos das pessoas trans ainda era cercada de burocracias. Havia a imposição de se passar por um processo judicial, em que o magistrado decidiria se o interessado atendia aos requisitos necessários para modificar o seu registro civil. Corria-se, dessa forma, o risco de indeferimento do pedido se o juiz entendesse que a alteração tinha intuito de fraudar os direitos de terceiros.

Esse cenário ganhou outros contornos em março de 2018. De forma unânime, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela desnecessidade da cirurgia de mudança de sexo como requisito indispensável para a alteração do nome e do sexo, e por maioria ainda decidiu que a alteração pode ser feita no próprio cartório de registro civil, independente de decisão judicial (ADI 4.275). Com a relatoria do ministro Marco Aurélio, a Suprema Corte julgou procedente a ação para dar à lei dos registros públicos uma interpretação consistente com a Constituição Federal em respeito aos direitos fundamentais, especialmente à honra, nome e dignidade da pessoa humana.

Após a decisão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o provimento 73/2018, que disciplinou a forma como as alterações de nome deveriam ser feitas nos cartórios do país. Basta ao requerente declarar, com base em sua autonomia, perante o registrador do registro civil de pessoas naturais a vontade de proceder à adequação da identidade mediante averbação do prenome, do gênero ou de ambos (§4º). Reitera-se, é desnecessária a comprovação de cirurgia ou prévia autorização judicial. O que o

provimento exige é a declaração de inexistência de processo judicial que tenha por objeto a alteração pretendida, ou ainda o seu arquivamento caso haja tal processo.

Em relação ao feminicídio, esse entendimento, malgrado indiretamente, ampliou o polo passivo do delito, pois, mesmo adotando o entendimento dos doutos juristas supracitados, ao desburocratizar a alteração do nome e do sexo no registro civil, a jurisprudência andou bem para facilitar a terceiros reconhecer a mulher transexual como mulher no sentido jurídico, da forma que esta já se reconhecia, além de oferecer tratamento isonômico ante as mulheres que assim nasceram como tal.

Diante dessas apurações, afigura-se certo inferir pela necessidade do reconhecimento do feminicídio em face de vítimas que sejam juridicamente identificadas como mulheres, independentemente de seu sexo biológico. O que a lei procurou proteger foi a mulher em seu sentido sociocultural, tendo em vista a discriminação por ela sofrida em meio a uma sociedade machista, misógina e patriarcal (entendida como um esquema de dominação e exploração, e não como um modelo familiar) (GOMES, 2015, p. 214). Apesar de esta constatação não ser possível em relação às mulheres que assim se identificam, porém não realizaram o procedimento de alteração do registro civil, deve ser observado em ponderação com os princípios da autodeterminação, da autoafirmação, da honra e da dignidade da pessoa humana o princípio da segurança jurídica, para que, em casos concretos, a justiça tenha elementos objetivos para determinar se a conduta se deu em face de uma mulher.

5 Conclusão

O feminicídio, uma das circunstâncias qualificadoras do homicídio, foi criado com o intuito de oferecer maior proteção às mulheres, exasperando a pena do crime cometido contra elas em situação de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição do sexo feminino.

Desde sua entrada em vigor, várias divergências surgiram acerca de sua aplicação, e principalmente acerca de sua natureza jurídica, se seria uma qualificadora de cunho objetivo ou subjetivo. Autores como Alice Bianchini defendem o caráter subjetivo da qualificadora, por entender se tratar de motivação do crime. Já outros, como Amom Albernaz Pires e o próprio Superior Tribunal de Justiça, vislumbram se tratar de uma circunstância objetiva.

Diante das diversas posições doutrinárias adotadas, parece-nos que entender o feminicídio como uma circunstância mista seria o mais acertado, por se estar diante de duas hipóteses de ação: uma relacionada à motivação do agente (menosprezo ou discriminação à condição do sexo feminino), que se afigura de caráter subjetivo; e a outra concernente à situação de violência doméstica e familiar, que pode ser verificada de forma objetiva com o substrato fornecido pela Lei Maria da Penha.

Dessa forma, será necessário verificar o caso concreto para aferir a natureza jurídica e as implicações ao agente. Se constatado feminicídio sob situação de violência doméstica ou familiar, o autor do fato poderá ainda responder por outras qualificadoras do crime de homicídio, tanto objetivas quanto subjetivas. De outro modo, sendo certo o feminicídio cometido em razão do menosprezo ou discriminação à condição de mulher, estaremos diante de uma circunstância qualificadora subjetiva,

que não poderá coexistir com outras relacionadas aos motivos do agente (como motivo fútil ou torpe).

Continuando, é sabido também que, nos últimos tempos, é crescente a libertação dos padrões de gênero consolidados na sociedade brasileira, o que abre espaço para discussões acerca do que é feminino ou masculino, homem ou mulher. Dessa forma, a questão é relevante para se verificar qual o sujeito passivo do delito é abrangido pela palavra “mulher” na Lei n. 13.104/2015.

Adotar critérios puramente biológicos seria um retrocesso em relação a tal libertação, visto que as pessoas trans possuem uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. Para superar esse impasse, a proposta de alguns juristas, como Cezar Roberto Bitencourt, é de que o conceito de mulher para a lei do feminicídio seja aquela civilmente identificada como tal, através de seus documentos pessoais, pouco importando sua aparência física ou sexo biológico.

Sobrepesando os princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação da analogia maléfica ao acusado, chega-se à conclusão de que o feminicídio pode ser aplicado também às mulheres trans, desde que elas tenham promovido a alteração de seu registro civil e documentos, de forma primaz ao princípio da segurança jurídica.

Referências

ANTRA. *Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017*. Associação Nacional de Travestis e Transexuais. 2018. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203-219, jan.- mar. 2016.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. *Jusbrasil*. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>. Acesso: 17 abr. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

BRASIL. *Decreto n° 8.727, de 28 de abril de 2016*. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. [Código Penal]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

CÂMARA dos deputados. *PL 8305/2014*. 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>. Acesso em: 26 set. 2018.

CLADEM. *Sobre o Cladem*. Mulheres usando o direito com um instrumento de mudança, 2018. Disponível em: <https://www.cladem.org/pt/sobre-nosotras/sobre-o-cladem>. Acesso em: 27 set. 2018.

CNJ. *Atos administrativos*: Provimento n. 73 de 28/06/2018. Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>. Acesso em: 27 set. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Jusbrasil. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-brevemente-comentarios>. Acesso em: 17 abr. 2018.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte especial* (arts. 121 a 234-B). 4. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. *Revista Gênero & Direito*, v. 1, p 188-218, jan 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRUPO DIGNIDADE. *Manual de Comunicação LGBTI+*. Disponível em: <http://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

IBGE. *Expectativa de vida do brasileiro sobe para 75,8 anos*. Agência IBGE Notícias, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>. Acesso em: 27 set. 2018.

NOTÍCIAS STF. *STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 17 abr. 2018.

OEA. *Quem somos*. Mais direitos para mais pessoas, 2018. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em: 27 set. 2018.

OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. *Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006*. 2011. Monografia - Centro De Formação, Treinamento E Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, 2011.

PIRES, Amom Albernaz. *A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri*. 2016. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri-por-amom-albernaz-pires/>. Acesso em: 17 abr. 2018.

REIS, T.; EGGERT, E. Ideologia de gênero: uma falácia construída sobre os planos de educação brasileiros. *Educação & Sociedade*. v. 38, n. 138, 2017. DOI: es0101-73302017165522.

STF. *Ação direta de inconstitucionalidade 4.275*. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 01/03/2018. STF, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-mudanca-nome.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; SAMPAIO, Sara Gama; DE LACERDA, Susana Broglia Feitosa. *Atualização: enunciados da COPEVID (Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher)*. Compromisso e Atitude, 2018. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>. Acesso em: 17 abr. 2018.

A (in)constitucionalidade da prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública à luz do estado de direito: (re)definição de parâmetros hermenêutico-sistemáticos seguros

The (un)constitutionality of preventive detention decreed with a basis on the guarantee of public order under the light of the rule of law: (re)definition of safe hermeneutic-systematic parameters

Marcos Heitor Regis de Magalhães

Acadêmico do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: mhrm1995br@gmail.com

Resumo: O presente estudo tem por finalidade averiguar a (in)constitucionalidade da prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, fundamento este utilizado pelos juízes na maioria esmagadora das prisões preventivas decretadas no Brasil. Serão analisadas as correntes doutrinário-jurisprudenciais existentes acerca da prisão preventiva decretada no aludido fundamento, sobretudo como os tribunais têm aplicado o fundamento em questão, bem como serão fixados parâmetros hermenêuticos para orientar os juízes e limitar seus poderes quando da aplicação desse fundamento. Compulsando os julgados dos tribunais, há fortes indícios de que o instituto da prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública é inconstitucional, porquanto tal fundamento representa uma verdadeira cláusula genérica que possibilita o decreto arbitrário da prisão preventiva, contrariando, assim, os diversos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna e a premissa de cautelaridade das medidas previstas no Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Medidas Cautelares. Prisão Preventiva. Garantia da Ordem Pública. Direitos Fundamentais. Constitucionalidade.

Abstract: The purpose of this study is to investigate the (un)constitutionality of the preventive detention decreed based on the guarantee of public order, a basis used by judges in the overwhelming majority of preventive detentions decreed in Brazil. Existing doctrinal and jurisprudential currents will be analyzed regarding the preventive detention decreed in the alluded basis, especially how courts have applied the concerned foundation. Also, hermeneutical parameters will be set to guide the judges and limit their powers when applying this foundation. Analyzing the judged of the courts, there are strong evidences that the institution of preventive detention so as to guarantee public order is unconstitutional, because such a foundation represents a true generic clause that makes possible the arbitrary decree of preventive detention, thus contradicting the various fundamental rights guaranteed by the Magna Carta and the precaution premise of measures provided by the Criminal Procedure Code.

Keywords: Precaution Measures. Preventive Detention. Public Order Guarantee. Fundamental rights. Constitutionality.

1 Introdução

O presente trabalho versa sobre a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, prevista no artigo 312, do Código de Processo Penal, sobretudo no que diz respeito ao seu verdadeiro significado e como a hipótese vem sendo, na prática, interpretada e aplicada pelos juízes e Tribunais Superiores, bem como faz uma análise sobre a possível inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada no aludido fundamento e, por fim, fixa determinados parâmetros seguros hermenêuticos no intuito de controlar/limitar as prisões fundadas na garantia da ordem pública, impondo ao intérprete uma interpretação verdadeiramente em conformidade com a Carta Magna e o próprio Código de Processo Penal, de forma que implique no menor número possível de sacrifícios de direitos fundamentais.

A maioria das prisões preventivas decretadas no Brasil são fundadas na garantia da ordem pública, expressão esta que coincidentemente é objeto – há muito tempo – de acalorada discussão na doutrina e na jurisprudência sobre seu significado e aplicação nos casos práticos, porquanto desprovida de qualquer referencial semântico. Afinal, o que se entende por “garantia da ordem pública”?

É justamente com base nessa questão que surgem correntes doutrinárias com objetivo de melhor compreender essa hipótese prevista no Código de Processo Penal, sendo que, embora uma delas seja mais prestigiada, e outra tenha uma posição mais crítica – entendendo por sua inconstitucionalidade – conforme será demonstrado, a Suprema Corte ainda não possui entendimento consolidado sobre o assunto, tampouco o Poder Legislativo deu indícios de que pretende preencher esta vagueza semântica.

Há no Brasil, segundo relatório do Conselho Nacional de Justiça apresentado no corrente ano¹, um total de 654.372 presos, sendo que destes 221.054 estão presos preventivamente.

O encarceramento, decorrente de prisão decretada antes ou depois da sentença penal condenatória, envolve diversos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e, embora não haja como precisar, é intrigante que a maioria dessas prisões preventivas (221.054) no Brasil tenham sido – e continuam sendo – decretada com fundamento justamente na polêmica garantia da ordem pública.

O presente tema e a problemática a ele inerente não é despicienda, pelo contrário, possui ampla relevância para o ordenamento jurídico de modo geral, uma vez que é interesse e dever constitucional do Estado garantir a efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles sociais, sobretudo no que diz respeito ao direito à segurança (manter o alegado autor preso para o bem da sociedade), ou individuais, compreendidos principalmente na garantia ao devido processo legal e à presunção de não-culpabilidade (manter o alegado autor solto até a prolação de sentença penal).

Nesse íterim, vislumbrando, a princípio, benefícios de toda ordem aos envolvidos (Estado, Poder Judiciário/Juiz, Ministério Público e os Acusados), é de suma importância aprofundar os estudos acerca do referido tema, motivo pelo qual

¹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 03 set. 2017.

será o presente trabalho instrumento para melhor compreensão da possibilidade de se decretar prisão preventiva embasada na garantia da ordem pública, pressuposto este genérico e de enorme controvérsia; para a análise crítica acerca das deliberações jurisprudenciais e doutrinárias referentes à presente temática, bem como para a fixação de parâmetros hermenêutico-sistemáticos seguros para orientar/limitar a atuação jurisdicional quando da decisão acerca da segregação cautelar pautada na “garantia da ordem pública”.

2 O regime jurídico brasileiro correspondente à prisão preventiva decretada com fundamento no risco à garantia da ordem pública

O instituto da prisão preventiva, previsto no Código de Processo Penal, demonstra seu caráter cautelar na tutela da persecução penal ao objetivar impedir que eventuais condutas praticadas pelo investigado/acusado ou até mesmo por terceiros coloquem em risco a efetividade do processo. Tal cautelar pode ser decretada tanto na fase pré-processual quanto na processual, quando já há o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Para sua decretação, além da exigência de fundamentação judicial da autoridade competente, faz-se necessário que sua decretação esteja expressamente prevista em lei, conforme o disposto no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, devendo o juiz, dessa forma, respeitar os princípios da legalidade, da presunção da inocência e do devido processo legal, estes norteadores da persecução penal.

A bem da verdade, a prisão preventiva possui caráter excepcional, só podendo o juiz se valer de tal instrumento se nenhuma outra medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal for cabível ou suficiente para assegurar a efetividade do processo, conforme disposição do artigo 282, 6º, do Código de Processo Penal.

De acordo com Renato Brasileiro (2016, p. 935), uma das quatro hipóteses autorizadas da prisão preventiva, assentadas no *periculum libertatis*, é justamente para garantia da ordem pública, esta que, se presente junto ao requisito *fumus comissi delicti* (prova de materialidade e indícios suficientes de autoria), permite o juiz decretar a aludida medida cautelar.

Conforme será demonstrado em tópicos posteriores e específicos, não se sabe ao certo o que significa uma prisão para garantir a ordem pública, não havendo um consenso na doutrina e na jurisprudência sobre seu significado, existindo para tanto três correntes doutrinário-jurisprudenciais que definem a aplicação dessa hipótese.

2.1 Breve esboço histórico

Para melhor precisão do resultado final deste trabalho, necessário se faz abordar a história da prisão preventiva para compreensão do instituto e de seu fundamento garantidor da ordem pública.

A redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, o qual prevê a decretação da prisão cautelar fundada na garantia da ordem pública, jamais foi alterada. Isso significa que, desde 1º de janeiro do ano de 1942, quando o referido Códex entrou em vigor, há 75 anos, são decretadas prisões com base no fundamento em discussão.

Assim, levando em consideração o lapso temporal transcorrido desde aquela data – que equivale a uma geração –, é de suma importância destacar os aspectos históricos da prisão preventiva, sobretudo na sistemática anterior e posterior ao Código de Processo Penal de 1941.

De acordo com Michelle Cristina Farias, a prisão preventiva, na vigência das Ordenações Manuelinas (1512/1605), só poderia ser decretada, à época, conforme Almeida (*apud* FARIAS, 2013), com a “denúncia” do crime, ato este que se chamava “dar querela”, na medida em que somente as infrações de menor potencial ofensivo obrigavam o acusador a apresentar provas que sustentavam a imputação ao alegado autor.

As Ordenações Filipinas (1603), ainda segundo Almeida (*apud* FARIAS, 2013), trouxeram uma novidade na aplicação do instituto da prisão preventiva, que estabelecia que, independente da gravidade do crime cometido, era imprescindível a apresentação de provas ou de qualquer meio idôneo que evidenciasse a materialidade e a autoria delitiva, sendo que estas “querelas”, para autorizar a prisão do alegado autor, dependiam do conhecimento de no mínimo três testemunhas.

A Lei da Reforma da Justiça (1612), por sua vez, manteve a sistemática das Ordenações Filipinas. Sobre a vigência desta Lei, Cruz (2011, p. 8) cita Vanguerve, que, por sua vez, pontuava que “por direito antigo ninguém podia ser preso antes da culpa formada do delito; e era tal a observância que, ainda que depois da prisão sobrevenha prova do delito, não pode o preso ser retido e há de ser restituído à sua liberdade”.

Após as citadas Ordenações e a Lei de Reforma da Justiça, em 1821, o Príncipe Dom Pedro verificou, segundo Cruz (2011, p. 9), que a prisão preventiva estava sendo aplicada arbitrariamente pelos juízes criminais e magistrados, violando, assim, segundo palavras do Príncipe, “o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou”. Após esta constatação, o Príncipe Dom Pedro, em ato editado em 23 de maio do ano de 1821, decretou que: “nenhuma pessoa livre no Brasil pode jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente no caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente”.

Em 1824, com a promulgação da Constituição do Império, surgiram novamente inovações, sendo que os incisos VIII, IX e X, do artigo 179, dispunham que ninguém poderia ser preso “sem culpa formada”, ao passo em que, mesmo com esta culpa formada, ninguém poderia, nos casos previstos em Lei, ser conduzido a prisão se prestasse fiança, sendo esta dispensada nos casos de crimes não punidos com pena superior a 06 (seis) meses. Entretanto, era legal a prisão, ainda que sem culpa formada, nos casos de prisão em flagrante delito ou quando houvesse indiciamento por crimes aos quais não coubesse fiança. O termo “formação de culpa”, segundo Cruz (2011) era regulamentado pelos artigos 134 e seguintes do Código de Processo Criminal de Primeira Instância e significava, em apertada síntese, prova de materialidade e indícios suficientes de autoria.

Após, com o advento da Lei nº 2.033/1871, as disposições contidas no antigo Código foram significativamente alteradas, na medida em que uma das novidades mais importantes trazidas pela nova Lei foi o artigo 13, 4º, que previa que não teria lugar a prisão preventiva do acusado se houvesse decorrido um ano após a data do

crime. Após, no ano de 1941, o Presidente da República à época, Getúlio Vargas, decretou o Código de Processo Penal, que continua vigorando até a presente data.

O novo Códex agravou as medidas cautelares, sobretudo a prisão preventiva, que teve sua admissibilidade ampliada, podendo ser decretada como garantia da ordem pública, da instrução criminal ou da aplicação da Lei penal.

De acordo com Cruz (2011), o Código de Processo Penal inicialmente previa a obrigatoriedade da prisão preventiva nos casos de crimes em que a pena máxima privativa de liberdade fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, dispensando qualquer outro requisito, além da prova de materialidade e os indícios suficientes de autoria.

Pimentel destaca, ainda, que as Leis Especiais desta época – mais precisamente do ano de 1947 – que versavam sobre a prisão preventiva tinham a preocupação de reprimir os movimentos sociais e políticos contrários ao novo Governo. Essas Leis, segundo a citada autora, significavam um ataque aos movimentos oposicionistas e tinham a finalidade de legalizar a prisão por tempo indeterminado e sem pena, prática esta que já era constante.

Percebe-se, dessa forma, que a prisão preventiva autorizada para garantia da ordem pública nasceu em uma época de governo autoritarista, este que buscava exatamente uma autorização geral para prender e punir a oposição. Essa conduta de governo, contudo, se tornou inadmissível após a promulgação de uma Constituição tão garantista e rígida como a de 1988, que muito prestigia os direitos fundamentais, sobretudo os princípios do devido processo legal, da presunção da inocência, da legalidade, dentre vários outros, norteadores do processo penal.

2.2 A vagueza semântica do termo “risco à garantia da ordem pública”

O termo “garantia da ordem pública” é extremamente vago, desprovido de significado determinado, gerando muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu real significado e aplicação nos casos concretos. Segundo Nucci (2011, p. 63-65), “devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal”.

Sobre essa “anemia semântica” (garantia da ordem pública), termo conferido por Morais da Rosa (2006, p. 139), preleciona Aury Lopes Júnior que

sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitários, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes. (LOPES JR., 2016, p. 662).

Morais da Rosa vai além e critica a irrefutabilidade da prisão preventiva quando decretada com base no fundamento em tela:

Basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja “falsificação” é inverificável. O grande problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos “falsificados” pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis. Se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo) risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece. Para além disso, o preenchimento semântico (dos requisitos) é completamente retórico. (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 26).

Pacelli de Oliveira (2010, p. 527), por seu turno, pontua que: “A expressão garantia da ordem pública, todavia, é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção da ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem”.

Segundo Lazzarini *et alii* (1987, p. 6), “nada mais incerto em Direito do que a noção de ordem pública. Ela varia no tempo e no espaço, de um para outro País e, até mesmo, em um determinado País de uma época para outra. Procurar definir o termo ordem pública é aventurar-se a pisar em areias movediças.”.

O Supremo Tribunal Federal também reconhece a vagueza semântica do fundamento do risco à ordem pública, sendo isso facilmente perceptível através da leitura de diversos julgados e votos proferidos pela Suprema Corte sobre o tema², que já estabeleceram algumas limitações à interpretação ao termo “garantia da ordem pública” ante o seu conceito indeterminado.

Assim, não há controvérsias neste ponto e é pacificamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência que a expressão “garantia da ordem pública” é de fato extremamente vaga, sendo que as divergências na verdade se dão quanto à compreensão e aplicação do referido instituto nos casos concretos, afinal sua vagueza conceitual permite inúmeras interpretações, senão infinitas possibilidades semânticas.

Para facilitar e/ou limitar a sua interpretação, há, conforme serão abordadas e esmiuçadas, posteriormente, decisões dos Tribunais Superiores sobre o tema, que limitam o poder dos juízes quando forem basear as prisões neste fundamento, mas nenhuma capaz de pacificar uma única interpretação e de fato vincular rigorosamente os juízes a ela, existindo, ainda assim, várias brechas de interpretação.

Em razão deste enorme problema, que coloca a Constituição da República em risco, foi proposta inicialmente pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), na ocasião da elaboração do Projeto de Lei nº 4.208/01 no ano de 2001, que, por sua vez, deu origem à Lei nº 12.403/11, uma nova redação ao artigo 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime

² Como por exemplo: STF, HC 127.729/MG; STF, HC 124.000/SP; STF, HC 127.962/SP; STF, HC 100.863/SP.

organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”.

O Relator à época, Deputado Ibrahim Abi-Ackel (*apud* LOPES JR., 2016, p. 661), havia destacado que “são enunciados com clareza as hipóteses de aplicação, descumprimento, revogação e substituição das medidas cautelares, fugindo desse modo o projeto das causas indeterminadas, como, no caso da prisão preventiva, a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, substituídas por definições precisas das circunstâncias que a justificam”.

Contudo, durante a tramitação do aludido Projeto de Lei, foi aprovada Emenda Substitutiva global, que, por sua vez, resgatou o texto original do artigo 312 do Código de Processo Penal, mantendo a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base neste fundamento objeto de enorme divergência doutrinário-jurisprudencial.

Na tentativa de melhor compreender a expressão “garantia da ordem pública”, surgem três correntes doutrinário-jurisprudenciais acerca do verdadeiro – ou pelo menos o mais preciso – conceito deste fundamento, e em qual ou quais hipóteses estará autorizada a decretação da preventiva para garantir a ordem pública, entendimentos estes que serão devidamente abordados no tópico seguinte.

3 Identificação das construções jurisprudenciais-doutrinárias possíveis

Sobre o conceito e a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, existem, em apertada síntese, 03 (três) correntes na jurisprudência e doutrina que buscam nortear a interpretação da expressão em análise e preencher sua vagueza conceitual.

A primeira corrente, majoritária, de caráter restritivo e comumente aplicada nos casos concretos pelos juízes e Tribunais Superiores, entende que a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública é aquela decretada quando há risco considerável de reiteração delitiva por parte do alegado autor, caso este permaneça solto, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delitiva, seja porque, se em liberdade, tenha os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com pessoas inclinadas à prática de infrações penais.

Esta corrente encontra respaldo, inclusive, no próprio artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal, que teve redação alterada pela Lei nº 12.403/11, o qual, com o novo texto, passou a prever que as medidas cautelares poderão ser utilizadas não apenas para tutelar a aplicação da lei penal e a investigação ou instrução criminal, mas também para evitar a prática de infrações penais.

Dessa forma, de acordo com o Professor Renato Brasileiro (2016, p. 938), o juiz, ao analisar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, faz um juízo de periculosidade do agente, que, em caso positivo, autoriza o seu decreto e a consequente retirada do autor do convívio social.

Ainda segundo Brasileiro (2016, p. 938), esta corrente, ao contrário da minoritária, entende que o caráter cautelar é preservado (emprestado) ante a incidência do princípio da prevenção geral, uma vez que há perigo social decorrente da demora

em atingir o resultado do processo, de forma que, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, o imputado poderá voltar a praticar crimes.

Antônio Scarence Fernandes (2002, p. 302), seguindo a mesa linha, defende o caráter cautelar da prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública, aqui compreendida naquela para evitar a reiteração delitiva (corrente majoritária), afirmando que, “se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar cometendo delitos, esse objetivo seria acautelado por meio de prisão preventiva.”.

Pacelli de Oliveira, contudo, ressalta:

A prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p. 435).

Ou seja, a corrente em tela reconhece que a prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública visa à proteção da sociedade, mas defende que o caráter cautelar é preservado em respeito ao princípio da prevenção geral.

Enfim, esta corrente de caráter restritivo entende pela constitucionalidade da prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, mas defende veementemente o caráter excepcional da prisão preventiva, impondo algumas ressalvas ao juiz quando este se valer do fundamento em análise para decretar uma prisão. Estas ressalvas terão de ser necessariamente demonstradas na oportunidade em que será abordada a segunda corrente, esta que permite o decreto da prisão na presença exclusiva de clamor social.

Assim, a segunda corrente possui caráter ampliativo e prevê que a prisão preventiva baseada no fundamento em análise, além de visar a que o autor não pratique infrações se solto, aplica-se também nos casos em que o cárcere for necessário para assegurar o meio social, garantindo, desta maneira, a credibilidade da justiça em crimes que provoquem repercussão social. Tal entendimento permite, em outras palavras, a fundamentação isolada da prisão preventiva na presença de clamor público.

Esta corrente possuía – atualmente não mais – muitos adeptos antes da Suprema Corte (STF, RT, 549/417³) se manifestar e deixar claro que a garantia da ordem pública não se confunde com clamor público, não podendo ser decretada exclusivamente neste último elemento (corrente majoritária).

Embora Fernando Capez (2012, p. 330) apoie o entendimento do STF, o mesmo, antigamente (2003, p. 435), afirmava que “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”.

³ STF: “A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva”.

Seguindo a antiga linha de pensamento de Fernando Capez, o clamor social, por si só, seria suficiente para autorizar a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública. Contudo, com a manifestação da Suprema Corte, Fernando Capez, da mesma forma que outros, desvinculou-se da aludida corrente e passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Reforçando o entendimento do STF, que reprovava a fundamentação isolada no clamor social e na credibilidade da justiça, confirma-se o interessante voto do Min. Celso de Mello, que melhor esclarece esta limitação:

A prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, pois não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas sim atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, não pode ser decretada com base no estado de comoção social e de eventual indignação popular, isoladamente considerados. Também não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação de segregação cautelar, a alegação de que o acusado, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. (BRASIL, STF, HC nº 80.719/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello).

Embora naturalmente haja julgados e entendimentos diversos no âmbito dos Tribunais Superiores, o ensinamento supracitado do Ministro Celso de Mello ilustra perfeitamente a grande maioria dos entendimentos dos Tribunais Superiores sobre o tema, que censuram a fundamentação isolada no clamor público e na credibilidade da justiça.

Ao contrário da primeira corrente de caráter restritivo, nota-se claramente o caráter ampliativo desta segunda corrente, que conclui não haver nenhuma irregularidade em entender a garantia da ordem pública como clamor social e assim decretar a prisão com base nesta interpretação. Bastaria, portanto, a presença de repercussão social e midiática do(s) crime(s) supostamente praticado(s) por uma pessoa, que assim estaria autorizado a decretação de sua prisão.

A crítica que se faz com relação a esta corrente, que certamente é um dos motivos da primeira corrente (majoritária) entender pela limitação da interpretação da expressão “garantia da ordem pública”, é que a segurança jurídica restaria comprometida, uma vez que, citando o intrigante caso hipotético narrado por Lopes Jr. (2017) – adepto da corrente minoritária – em debate ocorrido no 7º Congresso Jurídico Online de Ciências Criminais, bastaria que um Delegado de Polícia, não dispondo de motivos legais para requerer uma prisão preventiva, convocasse uma coletiva de imprensa para dar publicidade aos fatos, que fatalmente o clamor social estaria presente no caso, autorizando, assim, o juiz a decretar a prisão preventiva para “garantir a ordem pública”.

Em conclusão, esta segunda corrente era bastante prestigiada pelos doutrinadores, o que, após manifestação do STF, passou a ser abandonada por muitos doutrinadores, que atualmente revelam a adesão ao entendimento (majoritário) da Suprema Corte.

Conquanto, é constante os investigados/acusados – que muitas das vezes sequer apresentam inclinação à prática delitiva – terem suas prisões preventivas decretadas

em razão da presença única e exclusiva de repercussão social/midiática, razão pela qual a abordagem desta corrente revelou-se de suma importância.

Finalmente, convém verificar a terceira corrente, minoritária, de caráter restritivo, e que enseja a discussão sobre a inconstitucionalidade da garantia da ordem pública.

Este entendimento tem como um dos (poucos) adeptos o jurista Aury Lopes Jr. (2017), que, em apertada síntese, sustenta veementemente que a prisão decretada com base na garantia da ordem pública é substancialmente inconstitucional ante a ausência de cautelaridade, pressuposto fundamental, segundo a melhor doutrina, de qualquer medida cautelar.

Desta forma, a terceira corrente não busca um conceito ou interpretação da expressão “garantia da ordem pública”, defendendo veementemente, em verdade, a inconstitucionalidade substancial da citada hipótese, que é desprovida de significado. Para tanto, esta corrente minoritária consubstancia diversas críticas à corrente majoritariamente aplicada e utilizada no âmbito dos Tribunais Superiores, se embasando em fundamentos jurídicos e filosóficos, que serão demonstrados a seguir.

Diferente da primeira corrente, que entende que o caráter cautelar, em respeito a princípio da prevenção geral, subsiste nas prisões decretadas sob o fundamento da garantia da ordem pública, esta corrente (minoritária) defende que a prisão decretada no referido fundamento não é cautelar, mas sim uma antecipação de pena.

Aury Lopes Jr., um dos poucos adeptos desta corrente, muito bem ilustra o entendimento supracitado. Vejamos:

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública. (LOPES JR., 2016, p. 665).

Verifica-se, portanto, que a função de assegurar a paz social, segundo esta corrente, é unicamente do Poder Executivo em seu papel de polícia, não sendo competência do Poder Judiciário se valer da prisão preventiva para combater a criminalidade. Ou seja, combater a criminalidade para assegurar a paz social, ao contrário do que entende a corrente majoritária, não é uma finalidade abrangida pelo caráter cautelar.

4 Definição de parâmetros hermenêutico-sistemáticos seguros

Tendo em vista que o excessivo número de presos provisórios atualmente no país – 221.054 (34%) de um total de 654.372 – certamente não condiz com o caráter extremo e excepcional da prisão preventiva, sendo que, embora não haja como precisar, há certo consenso entre os doutrinadores de que a maioria esmagadora destes presos provisórios estão encarcerados sob o fundamento da garantia da ordem pública,

faz-se necessário, no intuito de se diminuir o número absurdo de presos preventivos, fixar parâmetros hermenêutico-sistemáticos seguros para os juízes se embasarem quando se valerem do fundamento da garantia da ordem pública, quais sejam: o rigoroso respeito ao caráter cautelar da prisão preventiva, principalmente aquela fundada na garantia da ordem pública; a preferência às medidas cautelares diversas da prisão; e conformação constitucional, compreendida no respeito às garantias constitucionais dos alegados autores e no garantismo penal (conjunto de teorias penais e processuais penais estabelecidas pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli), sendo certo que a não observância destes parâmetros, assegurados e estabelecidos tanto na Carta Magna quanto no Código de Processo Penal, pode implicar, segundo será demonstrado nos tópicos subsequentes específicos, graves riscos à segurança jurídica e ao Estado Democrático de Direito.

Destarte, é de suma importância que os juízes criminais se apoiem nestes parâmetros hermenêuticos quando estiverem diante de casos em que deverão optar pelo decreto ou não da prisão preventiva de uma pessoa para que não a decrete arbitrariamente, de forma a banalizar a utilização do instituto.

4.1 Cautelaridade como pressuposto inafastável

Inicialmente, cumpre destacar que, conforme já mencionado diversas vezes, a prisão preventiva é excepcional (*ultima ratio*), só podendo ser decretada se nenhuma outra medida cautelar for cabível no caso, conforme simples redação do artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva não é diferente das medidas cautelares diversas da prisão, pelo que também tem por objetivo de assegurar o resultado útil do processo (*carcer ad custodiam*).

Não há como se justificar o decreto de uma prisão preventiva por outro motivo senão para proteger o processo e resguardar a eficácia do processo.

Conforme o que já foi abordado, a corrente majoritária, além de entender ser constitucional a prisão decretada sob o fundamento em tela, defende seu caráter cautelar – utilizada como instrumento para assegurar a paz social –, enquanto a corrente minoritária argumenta ser tal prisão materialmente inconstitucional em razão justamente da ausência de cautelaridade, pois que a prisão decretada no polêmico fundamento não tem nenhuma finalidade processual, mas de antecipar eventual cumprimento de pena.

Ante a controvérsia entre as duas correntes sobre a cautelaridade, necessário se faz recorrer à interessante análise de Gustavo Badaró [s. d.] que, tomando por empréstimo os conceitos processuais civis, distingue tutela antecipada de tutela cautelar e, de forma ponderada, as relaciona com os correspondentes entendimentos doutrinários acerca da prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública. Confira-se:

Em suma, quando se prende para “garantir a ordem pública” não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está

buscando é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal. No caso, priva-se o acusado de sua liberdade, ainda que juridicamente tal situação não seja definitiva, mas provisória, é uma forma de tutela antecipada, que propicia uma execução penal antecipada. Exatamente esse o sentido do art. 393, inc. I, do CPP, que prevê, entre os efeitos da sentença penal condenatória recorrível, “ser o réu preso ou conservado na prisão”. (BADARÓ, [s. d.], p. 667).

Como se pode observar, Badaró conclui, com base nos argumentos acima expostos, que a prisão para garantia da ordem pública não é uma cautelar, sendo em verdade uma espécie de tutela antecipada, que busca exatamente a execução antecipada da pena, mesmo porque, conforme muito bem lembrado pelo Autor, o artigo 393, I, do Código de Processo Penal, prevê que um dos efeitos da sentença penal condenatória é o imputado ser preso ou conservado na prisão.

Dessa forma, é certo, em respeito à Carta Magna e ao Processo Penal, que a prisão preventiva deve também ser obrigatoriamente enxergada e utilizada como instrumento para assegurar o resultado útil do processo.

Sobre a cautelaridade das medidas cautelares, especialmente no que concerne a prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública, Lopes Jr. (2016, p. 662) afirma que a característica básica das medidas cautelares é a instrumentalidade qualificada (ou ao quadrado), uma vez que elas não se destinam a “fazer justiça”, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça através do processo de conhecimento, sendo instrumentos a serviço do também instrumento processo.

Reforçando a reflexão acima, o ex-Ministro do STF, Eros Grau, destacou que “o combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário)”⁴.

Delmanto Jr. (2003, p. 83) não pensa diferente e deixa claro sua discordância com a comum (corrente majoritária) interpretação que se dá ao fundamento “garantia da ordem pública”, asseverando tratar-se de medida que se confunde com pena antecipada, uma vez que desprovida de cautelaridade e instrumentalidade.

A mesma crítica é feita por Tourinho Filho, que, ao se referir aos mesmos fundamentos dos citados colegas sobre a hipótese “garantia da ordem pública”, aduz o seguinte:

Estão a mais de cem léguas dos fins do processo, e, por isso mesmo, a prisão com fundamento numa dessas circunstâncias, sobre não ser medida cautelar, fere o princípio da inocência, que proíbe toda e qualquer antecipação da pena, e na hipótese, haveria, tão somente, uma antecipação do castigo. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 632).

Gustavo Badaró, na mencionada análise sobre tutela antecipada e cautelar, afirma que as prisões preventivas decretadas para conveniência da instrução criminal e aplicação da Lei Penal, ao contrário daquela decretada para garantia da ordem pública, são de fato cautelares, pois visam a resguardar o resultado útil do processo.

⁴ Trecho extraído do voto proferido pelo Min. EROS GRAU no HC 95.009-4/SP, p. 35.

Nesse sentido, Cessare Beccaria (1983 [1764]), na obra intitulada *Dos Delitos e Das Penas*, já cravava, há dois séculos, que “o réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime” (conveniência da instrução e aplicação da Lei Penal).

Destarte, segundo a melhor doutrina, todas as cautelares, principalmente a prisão preventiva, visam a proteger o resultado útil do processo.

Independentemente se o STF segue a corrente majoritária, que sustenta haver cautelaridade na prisão decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública, entendida naquela para se evitarem novas práticas delitivas, certo é que não há um entendimento definitivo firmado sobre o assunto, havendo, assim, divergência entre a doutrina e a jurisprudência sobre esta suposta cautelaridade.

Portanto, tendo em vista que, em tese, atualmente é entendido que só é permitido o decreto da prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública quando houver necessariamente risco concreto de reiteração delitiva, a pergunta que o operador de direito deve fazer a si mesmo é: de que forma a prisão para se evitar suposta reiteração delitiva visa a proteger o resultado útil do processo?

Nesse sentido, a decisão se a prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública é ou não uma cautelar será do juiz, na qualidade de intérprete da Lei.

4.2 Subsidiariedade efetiva: preferência das medidas cautelares diversas da prisão

Segundo o disposto no artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal – incluído pela Lei nº 12.403, de 2011 – “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Tal regra não enseja qualquer dificuldade à atividade interpretativa, pois que dela se extrai claramente a excepcionalidade da prisão preventiva. Ou seja, as medidas cautelares previstas no artigo 319 do mesmo Códex deverão ter preferência sobre a prisão preventiva, sobretudo naquela decretada com base na garantia da ordem pública, fundamento utilizado na maioria das prisões preventivas decretadas. Esse parâmetro é, de certa forma, um corolário da cautelaridade.

Confira-se o conceito de medidas cautelares diversas da prisão da lavra do professor Renato Marcão:

As medidas cautelares diversas da prisão são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com vistas a permitir o êxito da investigação ou instrução criminal; a aplicação da lei penal, bem como evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional. (MARCÃO, 2017, p. 804).

Verifica-se, desta forma, que as medidas cautelares diversas da prisão também são aptas a evitar eventual prática de novas infrações, não sendo a prisão preventiva a única e exclusiva opção para os juízes.

As medidas cautelares diversas da prisão, conforme mencionado, portanto, tiveram seu rol ampliado com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, que, dentre uma de suas novidades, trouxe a possibilidade de o juiz se valer de nove medidas cautelares mais ajustadas ao caso concreto e menos gravosas – do que o cárcere – ao imputado, quais sejam: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da comarca ou do país; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória; fiança; monitoração eletrônica.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque (*apud* BRASILEIRO DE LIMA, 2016, p. 1002), trata-se “de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado. Como este varia em cada situação apresentada ao órgão jurisdicional, não se justifica manter-se inalterável o tipo de tutela”.

Sobre a necessidade de se dar preferência às medidas cautelares diversas da prisão, Teori Zavascki, ex-Ministro do STF, aduzia:

Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei nº 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. (BRASIL, STF, HC nº 132.233/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki).

Embora seja clara a regra, ela não vem sendo respeitada conforme se depreende do excessivo número de presos provisórios no Brasil (221.054 de um total de 654.372), fazendo parecer o inverso, como se as medidas cautelares diversas da prisão fossem medidas de *ultima ratio* (subsidiárias) e a prisão preventiva, a regra.

Há casos e casos. Nesse sentido, reconhece-se que é perfeitamente possível e plausível que o juiz, em determinado caso concreto, opte pela prisão preventiva por de fato – após análise cautelosa – não vislumbrar serem as medidas cautelares diversas da prisão aptas a resguardar a eficácia do processo, ou mesmo porque o imputado descumpra alguma destas medidas. O que não se pode admitir, até mesmo em face da regra do artigo 286, §6º, do Código de Processo Penal, é o juiz banalizar a prisão preventiva como uma solução para tudo.

Portanto, ante as considerações, verifica-se que, independente da corrente a se adotar quanto à aplicabilidade da garantia da ordem pública, as medidas cautelares diversas da prisão também podem ser efetivas em resguardar o resultado útil do processo, devendo o juiz sempre buscar se valer delas antes de pensar no cárcere como possibilidade de cautelar.

4.3 *Conformação constitucional: segurança jurídica, direitos fundamentais processuais dos acusados, garantismo penal*

Embora a corrente minoritária, que possui como adeptos alguns juristas de peso, até então não prevaleça no âmbito jurisprudencial e nos casos concretos, é certo que o instituto da prisão preventiva, sobretudo no que concerne à garantia da ordem pública, deve necessariamente ser interpretado conforme a Constituição Federal da República e os direitos fundamentais nela previstos, prestigiando-se os princípios da presunção da inocência, da liberdade de locomoção e outros não menos importantes, uma vez que o juiz, no Processo Penal constitucional e democrático, tem o papel de garantidor dos direitos fundamentais do imputado.

Porém, como preleciona Luís Roberto Barroso (2015, p. 419), nenhum direito fundamental é absoluto. Nesse sentido, sempre que o juiz estiver diante de um caso de decretação ou não de uma prisão preventiva, deverá necessariamente fazer uma escolha – aplicando o princípio da proporcionalidade – que, dependendo, poderá ou não implicar sacrifícios a direitos fundamentais, seja decretando a prisão preventiva (aqui é evidente o sacrifício das garantias do alegado autor), seja mantendo o investigado/acusado em liberdade até o fim da instrução probatória e prolação da sentença. Neste último caso, o sacrifício não é claramente evidente – pelo menos não a princípio –, uma vez que, citando Aury Lopes Jr., é quase impossível se prever que uma pessoa, se em liberdade, cometerá ou não crimes. A propósito, confira-se a interessante reflexão:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, previsível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei (LOPES JR., 2016, p. 667).

Os adeptos da corrente majoritária, que entendem pela constitucionalidade do pressuposto “garantia da ordem pública”, defendem que o rigoroso respeito à presunção da inocência acarreta consequentemente em risco à segurança pública, que deverá ser preservada em detrimento das garantias do imputado.

Isso implica concluir que não há como os direitos fundamentais da presunção da inocência, da liberdade de locomoção e da segurança pública, todos previstos no artigo 5º da Constituição da República, coexistirem em harmonia, pois sempre estarão em constante conflito, devendo-se necessariamente fazer uma ponderação.

Sobre a interpretação à luz da Constituição da República e a aplicação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade, Luis Roberto Barroso aduz:

Porém, como já se assentou, nenhum direito fundamental é absoluto, e existe sempre a possibilidade de tais direitos colidirem entre si ou com outros bens e

valores constitucionais. Há uma tensão permanentemente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados. Para serem medidas válidas, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução deverão realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados, e não poderão ter natureza arbitrária, caprichosa ou desmesurada. Vale dizer: deverão observar o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, inclusive e especialmente na dimensão da vedação do excesso. (BARROSO, 2015, p. 419).

De fato, não há outra solução senão a aplicação do princípio da proporcionalidade, que indica o sacrifício de um direito fundamental em detrimento de outro, sendo que este sacrifício será verificado no caso concreto, à luz dos sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Considerando o já mencionado elevado número de presos provisórios no país, a grande questão que intriga é: será que os juízes no Brasil estão realmente aplicando, de forma devida, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade?

Eros Grau responde, criticando a banalização do princípio da razoabilidade-proporcionalidade:

Esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longe dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor, não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos. (BRASIL, STF, HC nº 95.009-4/SP, Relator: Min. EROS GRAU. p. 44).

Dessa forma, tendo em vista as garantias constitucionais do cidadão, verifica-se que a banalização do aludido princípio, especialmente quando esse cidadão se encontrar na condição de imputado, acarreta sérios riscos à segurança jurídica e ao Estado Democrático de Direito, acabando por transferir a soberania do povo ao Estado.

Ou seja, é de extrema importância que o juiz, quando tiver de averiguar se o alegado autor representa ou não um risco à sociedade, faça a devida ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes – liberdade versus segurança –, devendo sempre levar em consideração os parâmetros hermenêuticos para uma maior segurança jurídica, a fim de se evitar qualquer arbitrariedade.

5 Conclusão

Ao longo do presente trabalho, verificou-se que, embora a corrente majoritária tenha acertadamente imposto certas limitações aos intérpretes que se valerem do fundamento da garantia da ordem pública quando do decreto de prisões preventivas, a maioria dos juízes continuam decretando arbitrariamente essas prisões, sendo recorrente se deparar com decisões fundadas genericamente no risco de reiteração

delitiva – que é quase impossível de ser constatado ou previsto –, e até mesmo na presença de clamor público, interpretação vedada e repudiada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se, assim, que grande parte dos juízes e tribunais não compreendem a prisão preventiva como um instrumento para assegurar o resultado útil do processo, mas sim como uma tutela antecipatória da pena, pois sequer dão preferência às medidas cautelares diversas da prisão, conforme orientação do artigo 282, 6º, do Código de Processo Penal. Prova disso são os dados disponibilizados pelo CNJ este ano, que evidenciam que 34% (quarenta por cento) dos 654.372 presos superlotando as cadeias do Brasil estão custodiados preventivamente, número extremamente desproporcional frente o caráter excepcional da prisão preventiva.

Nesse sentido, a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, entendida naquela decretada para evitar a reiteração delitiva, constitui verdadeira antecipação de pena, sendo, ao contrário das prisões decretadas para conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, totalmente desprovidas de cautelaridade, logo substancialmente inconstitucional.

Lado outro, presume-se, considerando o silêncio dos Tribunais Superiores e do Poder Legislativo quanto ao problema em questão, que ninguém – pelo menos não tão cedo – se pronunciará de forma efetiva a respeito, mesmo porque isso definitivamente não é interessante do ponto de vista político.

Ora, se mesmo havendo superlotação dos estabelecimentos prisionais no Brasil decorrente do decreto excessivo de prisões preventivas – em sua maioria fundadas na garantia da ordem pública –, a população ainda assim crê na impunidade dos supostos presos que sequer foram julgados, por qual motivo algum Magistrado/Parlamentar buscaria efetivamente deliberar (enfrentar) sobre o tema? A resposta claramente envolve interesses particulares e políticos, evidenciando o descaso com os direitos fundamentais do imputado, que pode a qualquer momento ter sua prisão decretada sob o fundamento, que se torna irrefutável após seu uso, de ser perigoso se permanecer em convívio com a sociedade.

Destarte, partindo do pressuposto de que se deve, por hora, conviver com essa temeridade no ordenamento jurídico, propõe-se que, no mínimo, sejam obrigatoriamente observados os parâmetros hermenêutico-sistemáticos seguros definidos neste trabalho, que inclusive já estão previstos em Lei, para necessariamente limitar ao máximo o poder dos juízes quando estes decidirem se valer do fundamento garantia da ordem pública para, assim, se evitar eventuais arbitrariedades. O que se propõe, em última análise, é a estrita observância do Estado de Direito e, por conseguinte, dos direitos fundamentais.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*. [s. d.]. Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/a-prisao-preventiva-e-o-principio-da-proporcionalidade-1.html>. Acesso em: 02 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Institui o Código de Processo Penal*. Lei. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 95.009*. Paciente: Daniel Valente Dantas e outros. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>. Acesso em 05 out. 2017. p. 35-44.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 132.233*. Paciente: Rogério Santos de Araújo. Relator: Ministro Teori Zavascki. 2ª Turma Brasília/DF. Disponível em: file:///C:/Users/mhrm1/Downloads/texto_308632095%20.pdf. Acesso em 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 80.719*. Paciente: Antônio Marcos Pimente Neves. Relator: Ministro Celso de Mello. 2ª Turma. Brasília/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78493>. Acesso em 25 set. 2017.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 279.

_____. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.208 de 2001*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401942.pdf>. Acesso em: 04 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Brasil) (Ed.). *Levantamento dos presos provisórios no país e plano de ação dos tribunais*. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 03 set. 2017.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas - Com a Lei 12.403/11*. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

FARIAS, Michelle Cristina. Evolução histórica da prisão preventiva e prisão em flagrante no Brasil. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, n. 1149. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3294>. Acesso em: 29 set. 2017

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 302.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

LAZZARINI, Álvaro *et al.* *Direito administrativo da ordem pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 6.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; LOPES JR., Aury. *Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 04 set. 2017.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Estupro: assimetrias de gênero, submissão da mulher e o mito da imparcialidade jurídica

Rape: gender asymmetries, women subjugation and the legal impartiality myth

Mariana Carneiro Rosa

Aluna do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: marianacarneiorosa@hotmail.com

Marcos Antônio Silva Almeida

Professor do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

Orientador do Trabalho.

E-mail: marcosasa@unipam.edu.br

Resumo: O presente artigo aborda o crime de estupro, qualificando-o como um crime de gênero, resultado da submissão das mulheres, da falsa ideia de superioridade masculina e da cultura patriarcal. Para tanto, foram estudados o conceito e os estereótipos de gênero, a submissão da mulher e de sua sexualidade, as imagens edificadas socialmente da vítima e do agressor e a postura do operador do direito. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, foi possível concluir que o crime de estupro, apesar de configurar como uma violação à sexualidade do indivíduo, nada tem de sexual e não está associado ao prazer, sendo assim uma violência de gênero, fruto do patriarcado e relacionado ao domínio e submissão das mulheres pelos homens.

Palavras-chave: Estupro. Estereótipos de Gênero. Violência de Gênero. Submissão da Mulher.

Abstract: This article deals with the crime of rape, describing it as a gender crime, a result of women subjugation, the false idea of male superiority and patriarchal culture. For that, the concept and gender stereotypes, women subjugation and sexuality, the socially constructed images of the victim and the aggressor, and the attitude of the Law operator were studied. Through bibliographic and documentary research, it was possible to conclude that the crime of rape, although constituting a violation of individual sexuality, is not associated with sexual aspects and pleasure, therefore it is considered as gender violence, a result of patriarchy and it is related to the domain and subjugation of women by men.

Keywords: Rape. Gender Stereotypes. Gender Violence. Subjugation of Women.

1 Introdução

A violência contra a mulher é caracterizada como uma das violações mais praticadas e menos reconhecidas no âmbito dos direitos humanos no mundo. Grande parte dos casos de violência são motivados e perpetrados apenas e tão somente pela condição de mulher da vítima. Dentre as várias formas de violência, o trabalho de conclusão de curso destinou-se a debater especificamente o estupro, delito tipificado no artigo 213 do Código Penal Brasileiro.

O artigo desenvolvido aborda o delito acima mencionado, sob o enfoque das causas ligadas ao cometimento desta violência e à possível vinculação do ato com as

questões de gênero. Especificamente, a pesquisa se destinou a investigar se o estupro estaria ligado à satisfação sexual do agressor ou seria um crime político, relacionado ao domínio e submissão das mulheres, fruto do patriarcado.

O presente estudo se restringiu a vítima feminina, por serem elas, tradicional e majoritariamente, as ocupantes do polo passivo do delito. Frente à indagação principal, também foi objetivo deste abordar as questões de gênero, a construção social do estereótipo da mulher, o controle de sua sexualidade, bem como alguns aspectos referentes à vitimologia, dado que a imagem da vítima edificada pela sociedade insiste em afirmar a ocorrência do crime de estupro como consequência natural de determinado comportamento. Apesar de todos os avanços na seara da igualdade entre os sexos, a conduta feminina ainda é vista como fator determinante para a ocorrência do crime.

A inclusão do debate de gêneros no âmbito jurídico é fruto de um processo de participação ativa das mulheres na política mundial. Entretanto, não obstante todos os direitos conquistados, a violência e a opressão feminina são maculadas com tolerância e incentivo social, o que é facilmente percebido, por exemplo, na cultura do estupro, contexto no qual a violência à dignidade sexual é entendida como normal e justificada pelo comportamento da vítima. Portanto, é de grande importância para o direito a inclusão das discussões sobre violência de gênero e demais implicações para a desconstrução de estereótipos e preconceitos.

Para a construção deste trabalho, utilizou-se da pesquisa teórica, consistente na discussão de ideias. Quanto ao método de pesquisa, foram empregados a pesquisa bibliográfica, através do estudo de doutrinas, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado e demais materiais da dogmática jurídica provenientes de meios impressos e eletrônicos, e, ainda, a pesquisa documental, uma vez que o trabalho fez breves análises de decisões de tribunais brasileiros.

2 Considerações introdutórias acerca do delito de estupro

O delito de estupro é definido como o constrangimento de qualquer pessoa, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, que é conceituada como a cópula entre vagina e pênis, ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, que abrange todos os atos de natureza sexual. O tipo prevê ainda modalidades qualificadas, que se configuram quando da conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou quando a vítima do crime é menor de 18 e maior de 14 anos, e por último, se da conduta resultar morte.

O citado crime é das formas de violência mais antigas da história da humanidade, uma vez que sempre foi reprimido pelas sociedades, como também das espécies de maior gravidade por abranger violação múltipla a bens jurídicos de grande relevância, como a liberdade, a integridade física, a honra, a saúde individual e, em último grau, a vida. (NUCCI, 2012, p. 37).

O estupro, do da antiguidade até o período medieval, era considerado como crime contra a propriedade, figurando como sujeitos passivos o pai ou marido da mulher violentada. A partir do século XVI, passa a ser visto verdadeiramente como agressão sexual, que maculava a honra da família da vítima, estigmatizando a mulher

como impura e indigna. Do final do século XVIII até o centenário seguinte, configurou-se como uma fase de avanços sociojurídicos em relação à percepção da violência, ocorrendo notável ampliação dos delitos de natureza sexual, sendo compreendidos como crimes contra os costumes. (LIMA, 2012, p.12).

Até meados do ano de 2009, as mulheres eram as únicas vítimas do crime de estupro, dado que a redação legal do tipo trazia o seguinte texto: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. O homem também era considerado como o único sujeito ativo capaz de cometer o delito, visto que o crime abrangia apenas a conjunção carnal. Demais condutas eram subsumidas pelo delito de atentado violento ao pudor.

A possibilidade da prática do crime entre marido e mulher era divergente na doutrina, sendo que grande parte entendia pela impossibilidade; nesse sentido, as palavras de Julio Fabbrini Mirabette e Renato N. Fabbrini (2007, p.407) determinam que “Entendo que o estupro pressupõe cópula ilícita e que a conjunção carnal é dever recíproco dos cônjuges”.

Exigia-se também que a oposição da vítima ao ato sexual forçado se desse com veemência; era necessário que a vítima resistisse com toda sua força e energia, não bastando apenas uma ausência de adesão, recusa verbal ou oposição passiva. (MIRABETTE; FABBRINI, 2007, p. 409).

No Brasil, os crimes sexuais perduraram com a titulação de “crimes contra os costumes” até 7 de agosto de 2009, quando então o Título VI, do Código Penal, teve sua redação alterada pela Lei nº 12.015/09, passando a prever os chamados “crimes contra a dignidade sexual”. Como bem assevera Greco (2017, p.1), a expressão contida no título em que se localizavam tais tipos penais já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos, a tutela não mais tinha como foco a forma como as pessoas deveriam se comportar perante a sociedade, mas sim a salvaguarda de sua dignidade sexual.

A manutenção por décadas do crime de estupro em sede de crimes contra os costumes revela a ocorrência de verdadeiro julgamento moral da vítima e do acusado, em detrimento ao ato sexual forçado praticado, negando a condição de crime contra a pessoa e permitindo a imposição de regras morais e sociais sobre a liberdade sexual do indivíduo. (SILVA, 2010, *on-line*).

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, houve uma alteração em relação ao bem jurídico tutelado pelo crime de estupro, deixando de ser um delito contra o costume, algo moralmente imposto, passando a proteger a dignidade sexual da pessoa violentada. Nesse sentido, afirma Nucci:

Respeitar a dignidade sexual significa tolerar a realização da sensualidade da pessoa adulta, maior de 18 anos, sem obstáculos ou entraves, desde que se faça sem violência ou grave ameaça a terceiros. [...]. Não se deve lastrear a dignidade sexual sob critérios moralistas, conservadores ou religiosos. Igualmente, deve-se destacar que dignidade sexual não tem qualquer relação com bons costumes sexuais. (NUCCI, 2012, p. 35-36).

A tutela da dignidade sexual está intimamente ligada à liberdade do próprio corpo e de manifestação da sexualidade, dissociadas do comportamento imposto pelo Estado às pessoas por conveniências sociais, sendo decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se protege o indivíduo de qualquer ato de natureza sexual praticado mediante violência ou sem expresso consentimento, salvaguardando como consequência de atos degradantes e desumanos. Para Almeida (2017, p.198):

São atributos da dignidade humana, os seguintes: a) respeito à autonomia da vontade, b) não coisificação do ser humano, c) garantia do mínimo existencial e d) respeito à integridade física e moral. Esses atributos estão ligados pela noção básica de respeito ao outro, que sintetiza todo o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em 24 de setembro de 2018, o Brasil deu grande passo em relação à tutela dos direitos das mulheres através da promulgação da Lei nº 13.718/18. A novel legislação alterou o Código Penal para tipificar o crime de importunação sexual, condutas consideradas anteriormente como a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, criminalizadas após os conhecidos casos de assédio em transportes públicos. O diploma legislativo ainda trouxe causa de aumento de pena ao estupro coletivo e ao corretivo, que é aquele praticado contra lésbicas e gays pela sua opção sexual. Por fim, a Lei acima mencionada ainda tipificou a pornografia de revanche e a publicação de imagens íntimas de mulheres nas redes sociais.

Apesar dos importantes avanços na condição de vida das mulheres, nas legislações que tutelam seus direitos e o respeito à manifestação de sua sexualidade, a opressão feminina ainda é uma realidade, e suas consequências não devem ser subestimadas, tampouco ignoradas, condições essas que só serão superadas através da participação cada vez maior das mulheres pela promoção de sua dignidade sexual através da discussão e da luta contra o sexismo.

3 Gênero, poder e crime

Neste capítulo, serão analisados o conceito de gênero, os papéis socialmente impostos a homens e a mulheres, a influência da cultura patriarcal no comportamento da sociedade brasileira, na justificação de tais atitudes e no controle exercido sobre a sexualidade da mulher.

Pretende-se, ainda, discutir todas as questões frente à violência de gênero, sob enfoque principal do crime de estupro.

3.1 O que se entende por gênero?

A princípio, é necessário tecer algumas considerações preliminares. O termo sexo é utilizado para as distinções físicas entre homem e mulher, entretanto socialmente essas diferenças vão além dos aspectos biológicos, influenciando diretamente na forma de socialização e controle social. Em contrapartida, a expressão

gênero permite analisar a identidade feminina e masculina sem reduzi-las ao plano biológico e, conseqüentemente, às funções determinadas em virtude de um fundamento natural. Em suma, a utilização do termo gênero busca afirmar que a concepção de masculinidade e de feminilidade não é natural ou biológica e sim sociocultural. (ROSSI, 2015, p.10).

O senso comum e o saber científico, de forma geral, mantêm o discurso de que as desigualdades existentes entre homens e mulheres são justificadas pelas diferenças biológicas entre os sexos. Tal justificativa fez com que muitos acreditassem que os papéis sociais de cada um estivessem predeterminados pelo nascimento. Entretanto, na década de 1970 surge o conceito de gênero, expressão inicialmente utilizada pelas feministas norte-americanas, responsável por questionar a ideologia de superioridade biológica masculina. (LIMA, 2012, p.6)

Nesse sentido, afirma Vera Pereira Regina de Andrade:

Gênero é um signo que se tornou teórica e politicamente relevante desde a década de 70 do século passado quando, sob o influxo do movimento feminista e de expressiva revolução de paradigmas nas ciências, estendeu seu significado original de uma classe de algo (música, literatura) ou de seres (animais, vegetais), para designar uma classe de seres humanos (pessoas), configurando-se, doravante, como um conceito de grande valor para a compreensão da identidade, papéis e relações entre homens e mulheres, nas sociedades modernas. (ANDRADE, 2004, p. 1).

Conforme sintetiza Machado (2013, p.12), as representações de gênero, disseminadas de forma a perpetuar estereótipos e estigmas, tem a finalidade, mesmo que não explicitamente, de continuar a representar as características dos gêneros como duais e antagônicas, naturalmente desiguais pela predeterminação biológica, sempre reforçando a ideia de que as mulheres são inferiores aos homens.

3.1.1 Papeis socialmente impostos e a sexualidade, sob controle, da mulher

A dominação masculina é fruto de uma cultura denominada como “patriarcal”, que constitui uma organização social baseada no poder do pai e na subordinação feminina, e que pode ser definido como um sistema de dominação, em que os homens detêm direitos e deveres negados às mulheres, tornando-as inferiores socialmente por justificativas de cunho biológico e naturalístico (HAHN; JUNGES, 2014, p. 174).

Lia Zanotta Machado (2000, p. 3 *apud* WEBER, 1964, p. 184) conceitua:

Chama-se patriarcalismo a situação na qual, dentro de uma associação, na maioria das vezes fundamentalmente econômica e familiar, a dominação é exercida (normalmente) por uma só pessoa, de acordo com determinadas regras hereditárias fixas.

A desigualdade de gêneros e o controle da sexualidade feminina, construídos ao longo da história humana, são reflexos da cultura patriarcal, estrutura que ainda hoje integra as relações hierárquicas e familiares brasileiras e que, de certo modo,

justifica o naturalismo e a passividade de grande parte da população frente ao papéis que lhe são impostos.

Apesar de grandes avanços em relação aos direitos das mulheres, os estereótipos criados para figuras feminina e masculina continuam sendo reproduzidos e introduzidos na criação e nos costumes sem que se tenha clara percepção de que homens são criados de forma sexualmente livre e dominadora, enquanto a criação das mulheres, desde a infância, é direcionada ao papel de mães e esposas, tendo sua sexualidade reprimida e condicionada exclusivamente à reprodução.

Conforme aduz Saffioti (1987, p. 8), não é difícil verificar que homens e mulheres ocupam posições diferentes na sociedade brasileira. A identidade do homem e da mulher perante a coletividade é construída de acordo com o papel que o senso comum espera que seja desempenhado pela categoria do sexo, sendo delimitado com bastante precisão o campo que pode ser atuado por cada um. Em relação aos papéis socialmente impostos à mulher, escreve Beauvoir com brilhantismo:

Ninguém nasce mulher; torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam de feminino. (BEAUVOIR, 2016, p. 11).

Opõe-se por vezes o “mundo feminino” ao universo masculino, mas é preciso sublinhar cada vez mais que as mulheres nunca construíram uma sociedade anônima e fechada, estão integradas na coletividade governada pelos homens e na qual ocupam um lugar de subordinadas. (BEAUVOIR 2016, p. 407-408).

É possível observar ainda que o comportamento esperado das mulheres e dos homens é sempre antagônico, sendo necessária a existência de qualidades consideradas masculinas para que possam existir as características femininas.

Nesse sentido, leciona Andrade (2004, p. 84-85) ao abordar os estereótipos criados pela sociedade, afirmando que ao homem é delegado um papel de sujeito produtivo, apto a atuar na esfera pública em relações de propriedade e trabalhista, desempenhando um papel de homem racional/ ativo/ forte/ potente/ guerreiro/ viril/ público/ possuidor.

Em contrapartida, às mulheres é reservado papel subordinado, destinando-as à esfera privada, atribuindo ao sexo feminino o trabalho doméstico e a função reprodutora; a mulher é então construída femininamente como uma criatura emocional/ subjetiva/ passiva/ frágil/ impotente/ pacífica/ recatada/ doméstica/ possuída.

O senso comum colabora com a falsa ideia de inferiorização do gênero feminino perante o masculino, bem como exerce controle sobre a sexualidade da mulher, esfera em que se aguçam as desigualdades perpetradas pelos paradigmas de gênero, haja vista que é nesse campo que os estereótipos são propagados com mais intensidade. Alecrim, Silva e Araújo (2014, p. 163) atentam-se ao controle da sexualidade feminina imposto pelo papel social destinado às mulheres:

A questão de gênero [...] vai muito mais além de fatores biológicos, faz parte das conjunturas política e socioeconômica referentes aos próprios papéis sociais que se alteram a depender da cultura. [...] criou-se a ideia da mulher apenas como ser procriador, sendo sua obrigação ter filhos e se, por vontade própria ou motivos biológicos, ela não corresponder a tal expectativa, passa a ser vista como desrespeitadora do papel social que lhe é imposto.

Nesse mesmo sentido, escreve Simone de Beauvoir (2016, p. 126):

O “destino anatômico” do homem é, pois, profundamente diferente do da mulher. Não é menos diferente a situação moral e social. A civilização patriarcal destinou a mulher à castidade; reconhece-se mais ou menos abertamente ao homem o direito de satisfazer seus desejos sexuais. [...] Desde as civilizações primitivas até os nossos dias sempre se admitiu que a cama era para a mulher um “serviço”.

A mulher é o sujeito “desempoderado” da sociedade, sem o domínio inclusive do próprio corpo, tendo o seu comportamento rigidamente controlado e pautado na construção social de um ser inferior e domesticado. Assim, aquelas que fogem do padrão esperado pelo senso comum e agem de forma sexualmente livre, comportamentos claramente admitidos aos homens, são taxadas como “fáceis” ou prostitutas. E pior, essa fuga dos padrões serve ainda como justificativa para cometimento de uma infinidade de atos violentos, inclusive o estupro.

3.2 A violência de gênero

Conforme salientado anteriormente, desde os primórdios as mulheres são subordinadas e condicionadas às vontades masculinas. A elas é relegado papel subsidiário na sociedade, tendo ainda a sua sexualidade reprimida e condicionada unicamente à reprodução. É sabido que a cultura patriarcal foi apoiada pela religião e pela ciência, os quais forneceram “explicações” para o papel submisso da mulher. Entretanto, a despeito do apoio fornecido pelas Instituições, a imposição de comportamentos a mulheres buscou um respaldo ainda mais obscuro, a violência.

A esse tipo de violência, que pode se manifestar nas formas física e/ou psíquica, praticada apenas pela condição de mulher da vítima e manifestada como uma forma de “correção” àquelas que desrespeitaram o que lhes foi socialmente imposto, denomina-se violência de gênero, nas palavras de ROSSI (2015, p. 19):

A violência pode se manifestar em sua forma física, intrafamiliar, doméstica, violência psicológica/moral, sexual, econômica/financeira, institucional, patrimonial, etc. E, quando essas formas de violências são perpetradas contra a vítima por conta de sua identidade de gênero, ou seja, mulher, está-se diante da violência de gênero.

Consoante explica Machado (2013, p. 21), a violência contra a mulher é um fenômeno existente desde as eras mais ancestrais, sendo, entretanto, invisível aos olhos da sociedade, devido aos fundamentos patriarcalistas que são usados como

justificação. Os discursos de manutenção do *status quo* com a dominação masculina cada vez mais sutil fizeram com que o uso da violência fosse internalizado e não mais contestado, principalmente em relação àquelas que fogem dos padrões e estereótipos femininos tradicionalmente exigidos. Em suma, a prática desse tipo de violência é fruto do processo de socialização.

Sob essa perspectiva, é inserido o crime de estupro, um dos mecanismos de controle historicamente mais frequente e amplamente ignorado pelas instituições patriarcais, que reforçam a dominação feminina pela masculina. Segundo Silva (2013, p. 1), o estupro não vitimiza apenas mulheres, como também, homossexuais, travestis, crianças de ambos os sexos e outros grupos vulneráveis. Entretanto, embora atinja outras minorias, é nas relações de gênero mais frequentemente praticado e ainda justificado perante a imagem submissa e objetificada da mulher.

Apesar de configurar com um “ato sexual” forçado, o crime de estupro nada tem haver com sexualidade e prazer. Meninas de poucos meses até mulheres de idades avançadas tem sofrido de violência sexual, e o que se percebe é que a violência não é praticada pela busca por sexo, por atração erótica ou virilidade exacerbada, mas sim como reafirmação de quem manda. (VILHENA; ZAMORA, 2004, p. 116)

Com as mudanças trazidas pela Lei nº 12.015/09, admitiu-se a possibilidade de o crime de estupro ser praticado por qualquer pessoa, entretanto, na maioria esmagadora dos casos, o citado delito é cometido por homens contra mulheres. Nesse sentido, explica Andrade que:

Ao emitir a mensagem de que “qualquer” um pode realizar o estupro obscurece que é um crime caracteristicamente praticado pelos homens contra as mulheres (de um gênero contra o outro) e um atentado a sua sexualidade, próprio de uma sociedade na qual existe hierarquia de gêneros. E que alguma responsabilidade das estruturas existirá para explicar o fato “paradoxal” de que mulheres não estupram, e que a violência sexual, o assédio, o medo, formam parte do controle cotidiano ao qual “elas” se veem submetidas [...]. (ANDRADE, 2003, p. 101-102).

De acordo com a Nota Técnica “Estupros no Brasil: uma radiografia segundo dados da Saúde”, elaborada pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a cultura do machismo, subproduto do patriarcalismo e disseminada implicitamente, coloca a mulher como um objeto de desejo sexual e de propriedade do homem, legitimando diversos tipos de violência, como o estupro.

A pesquisa acima referida estabeleceu um perfil dos crimes de estupro ocorridos no Brasil, a partir de dados do Sistema de Informações de Agravo de Notificação do Ministério da Saúde (SINAN) do ano de 2011. Constatou que, em 12.087 casos notificados, 88,5% das vítimas eram do sexo feminino e que, em 70% desses casos, a violência foi perpetrada contra crianças e adolescentes. Inferiu que a maioria categórica dos agressores é do sexo masculino, independentemente da idade da vítima, sendo que a mulher é autora em apenas 1,8% dos casos, quando a vítima é criança.

O estudo deduziu ainda que, em geral, 70% dos crimes de estupro são cometidos por parentes, namorados ou amigos, conhecidos da vítima, fato que indica

que o principal inimigo está dentro dos lares, que a violência sexual nasce em casa e que depende do comportamento da vítima.

Dessa forma, é possível concluir que a organização social ainda é pautada na dominação do gênero masculino sobre o feminino, dominação essa que, além de ser amplamente apoiada e justificada pelas instituições, utiliza-se da violência de gênero como meio eficaz para assegurar a submissão das mulheres.

4 Do seio social à prática criminal

Nesse capítulo, serão abordadas questões quanto à construção das imagens da vítima e do agressor perante a sociedade e a prática criminal. Pretende-se analisar o preconceito arraigado na sociedade sob o enfoque das pessoas violentadas e dos autores do crime de estupro.

Para tanto, serão ponderadas a visão sociocultural e a postura do operador do direito e brevemente apreciados alguns julgados brasileiros.

4.1 Construção sociocultural das imagens da vítima e do agressor

Como visto acima, as construções dos estereótipos de gênero guiam o que é ou não aceito socialmente, entretanto, além da imposição rígida de papéis, a sociedade costuma ainda julgar aquelas que já se encontram em profundo sofrimento, as mulheres vítimas de estupro.

É sabido que, por um grande período de tempo, esse crime teve como bens juridicamente protegidos a propriedade e, posteriormente, os costumes, relegando um papel subsidiário à dignidade sexual e à integridade das mulheres atingidas por tal violência.

Entretanto, a despeito das mudanças legislativas em relação ao que é protegido pela criminalização da violência sexual, a sociedade, ainda hoje, procura justificar o estupro em relação às atitudes das mulheres vítimas. Explicam Vilhena e Zamora (2004, p. 117):

O estupro é justificado de diferentes formas nas diferentes culturas. Frequentemente utiliza-se o argumento do “consentimento” as mulheres violadas, na realidade, consentiram no ataque ou pediram por ele, ao usarem roupas curtas, coladas, perfume e maquiagem chamativos. Ignora-se, com tal argumento, que mulheres de hábito de freira ou de burca também são violentadas. A ideia de que “a mulher na verdade queria” permite trivializar o estupro, relativizá-lo, em muitos casos, e até considerá-lo excitante, não apenas na pornografia, como também na esfera legal, já que é comum que à vítima caiba o ônus da prova, isso quando não é transformada em ré.

Para as massas, o comportamento e a vida pregressa da mulher estão diretamente associados à possibilidade de ela mesma sofrer uma violência sexual. Em verdade, os modelos de conduta entendidos como tipicamente femininos são explicados culturalmente como a melhor forma de se evitar um estupro. Se a mulher é cuidadosa e não se desvia dos ditames comportamentais do seio social, certamente tem

menores chances de ser vítima. Paradoxalmente, se a mulher se comporta como “desonesta”, é como se a mesma contribuísse para a ocorrência do crime. Em resumo, para o seio social a mulher só é estuprada se der algum motivo, o qual está imbricado com a sua moral sexual. (LIMA, 2012, p. 17-18).

Observa-se que culturalmente é entendido que quem tem que se proteger e se comportar de forma a evitar a violência sexual é a mulher. Em nenhum momento, o homem é questionado, visto que sua sexualidade é considerada irrefreável, e o assédio, praticado por eles, é tido como normal. Sendo assim, são comuns questionamentos às mulheres violentadas sobre o que estavam vestindo no momento do crime, se haviam ou não consumido bebida alcoólica, se estavam desacompanhadas e por qual motivo transitavam na rua em horários avançados.

Em contrapartida, enquanto as mulheres vítimas são questionadas acerca de aspectos referentes à sua moral social e sexual, os homens autores do crime têm sua imagem socialmente construída como a de “doentes” e/ou “psicologicamente desequilibrados”. O estuprador é construído socialmente como um indivíduo com algum desvio comportamental, o que torna irreal a possibilidade de homens de comportamento sexual adequado serem considerados como criminosos.

Pensamento que, conforme comprovado anteriormente pela pesquisa elaborada pelo IPEA, é completamente dissociado da realidade, visto que, em 70% dos casos de estupros, essa violência é praticada por homens muito próximos às vítimas, evidenciado que normalmente o autor do estupro e demais violências sexuais são àqueles tidos como “cidadãos de bem” e não a figura de um sujeito desequilibrado criada pelo imaginário social.

Nesse sentido, completa Marina Torres de Costa Lima (2012, p. 18):

O discurso desigual que transfere à mulher vítima do crime de estupro a responsabilidade sobre a violência sofrida acarreta verdadeira tolerância social para com as agressões sexuais. A mídia, a religião, a política, o sistema de justiça criminal, entre outras instituições, costumam banalizar os efeitos do crime, fazendo com que a própria vítima incute em si o sentimento de culpa, o que costuma engordar as chamadas cifras negras do crime. Em sabendo do pesado julgamento social de sua conduta, a vítima, em enorme parte dos casos, assume a sensação de vergonha por ter sido estuprada, preferindo resguardar-se de todo o desgaste que uma possível denuncia traria.

O seio social busca uma conduta errada da vítima, para justificar o comportamento do agressor e amenizar a sua punição. Em um passado não muito distante, media-se a inocência da vítima pela sua condição social, idade e se era virgem ou não. Atualmente, a vitimização passou a ser medida pelas roupas, recato e a forma como a mulher administra a sua sexualidade. Existe substancial diferença entre a indignação de um estupro praticado contra uma mulher tida como recatada e aquele cometido contra uma mulher vista como sexualmente livre e, portanto, indigna. (DIOTTO; SOUTO, 2016, s/p).

Por todo exposto, não é difícil a percepção sobre por que a chamada “cultura do estupro” ainda é tão presente no Brasil, tal crime é normalizado e tolerado pela comunidade e instituições, uma vez que é justificado pelo comportamento da vítima e

pela lógica da honestidade/desonestidade da mulher. O pensamento popular ainda perdura no sentido de que são as meninas, ensinadas desde muito cedo, que devem portar-se de modo a “evitar” atos de violência sexual.

4.2 *A postura do operador do Direito e a duplicação do sofrimento*

A reprodução de visões de gênero estereotipadas não se limita apenas ao meio informal. Surpreendentemente ou não, o pensamento popular de submissão feminina é reproduzido em todas as esferas do Sistema de Justiça Criminal, que é um universo dominado por homens e que perpetua concepções patriarcalistas e machistas. Convicções essas que teriam que ser completamente dissociadas do Direito, visto que, em tese, este deveria ser um caminho para alcançar uma sociedade mais justa e igualitária, mas que, contrariamente, atua como agente perpetuador das desigualdades. (LIMA, 2012, p. 19).

Nesse sentido, quando a mulher violentada procura o sistema de justiça criminal, a fim de buscar a penalização de seu agressor, encontra, no operador do direito um perpetuador da violência de gênero e a duplicação do seu sofrimento. Para Andrade (2016, p. 99), além da violência sexual, a mulher se torna vítima da violência institucional do sistema penal que repercute a violência estrutural das relações sociais capitalistas e patriarcais. Nas palavras da autora:

O julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam, simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira ‘reputação sexual’ que é – ao lado do status familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimização sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina. O que ocorre, pois, é que no campo da moral sexual o sistema penal promove, talvez mais do que em qualquer outro, uma inversão de papéis e do ônus da prova. A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime acaba por ver-se ela própria ‘julgada’ (pela visão masculina da lei, da polícia e da Justiça), incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada. (ANDRADE, 2016, p. 98-99).

Em termos gerais, por ocuparem lugar subsidiário na sociedade, o direito a ter voz não é oportunizado às mulheres, situação que se agrava quando elas são vítimas de violência de gênero. Pelas circunstâncias em que ocorrem os estupros, geralmente em local ermo ou na intimidade dos lares, esses delitos são, regra geral, de frágil conjunto probatório, limitando-se, muitas vezes, ao depoimento da vítima. Entretanto, a despeito da extrema importância da palavra da violentada nos casos de estupro, visto que, em grande parte dos crimes, é o principal meio de prova, as declarações das mulheres são embasadas em sua vida pregressa e vistas com descrédito.

Conforme explica Rossi (2015, p. 49-50), para desenvolver os processos criminais os magistrados, basicamente, contrapõem as declarações prestadas por

vítima e agressor. Sendo assim, quando há a negativa por parte do suposto criminoso, a investigação se transfere da reprodução do fato para a análise do comportamento pessoal dos envolvidos. Essas avaliações são impregnadas de estereótipos e discriminações.

Para Figueiredo (2002, p. 151),

os valores que as decisões judiciais procuram proteger em primeiro lugar ainda são a virgindade, o bom nome das mulheres, a família nuclear, o casamento, a santidade do lar, e não os direitos e liberdades sociais e sexuais da mulher moderna. Como todos os tipos de mulheres são vítimas de estupro, não somente jovens virgens ou senhoras idosas, muitas mulheres que não conseguem se enquadrar no protótipo da vítima “genuína” descobrem-se fora do manto protetor da lei, e muitos agressores acabam sendo absolvidos ou recebendo formas amenas de punição legal. A conclusão é que o tratamento dado, tanto ao agressor quanto à vítima em julgamentos de estupro dependem em grande parte da representação discursiva do evento e de seus autores.

A depreciação da palavra da vítima, principalmente nos casos de estupro em que violentador e violentada tem certo grau de proximidade, é feita inclusive pela doutrina criminalista brasileira. Nas palavras de NUCCI (2015, p. 204):

Em delitos sexuais, mormente os que envolvem pessoas conhecidas anteriormente, com laços de sangue ou emocionais a situação se altera. A vítima, nessas situações, tende a narrar os fatos de modo originariamente parcial, buscando denegrir o réu e salientar a inocência completa da parte ofendida.

Consoante salienta LIMA (2012, p. 22), para a vitimologia a averiguação sobre o comportamento da vítima não se trata meramente de uma reprodução de estereótipos e preconceitos, senão de um necessário exame de um aspecto que pode alterar toda compreensão do evento criminoso, estampada no art. 59 do Código Penal Brasileiro, o comportamento da vítima é circunstância judicial que deve ser levado em conta pelo magistrado na fixação da pena. Ou seja, “por mais típico, ilícito e culpável que seja o fato de estuprar alguém, a crueldade desse delito será dirimida caso fique demonstrado que a vítima não se enquadrava nos padrões impostos socialmente”. (LIMA, 2012, p. 21-22)

Com o corpo invadido, a moral posta em dúvida e o psicológico completamente abalado, a porcentagem das mulheres que procuram o sistema de justiça em busca da punição da dignidade que lhes foi retirada encontra julgamentos, descrédito e despreparo. Ao narrar o acontecido revivem a crueldade sofrida sob visões preconceituosas e estereotipadas. Questionadas sobre seu comportamento durante e anteriormente ao crime, as vítimas de estupro que buscam por justiça encontram no operador do direito um duplicador do seu sofrimento.

4.3 Análise crítica de alguns julgados

Com o escopo de exemplificar tudo o que foi exposto neste trabalho, serão trazidas e brevemente analisadas decisões judiciais brasileiras que externam no campo jurídico pensamentos misóginos decorrentes da cultura patriarcal e papéis de gênero. A liberdade sexual da mulher é violada por toda uma sociedade e ainda hoje encontra respaldo em um universo que deveria assegurar e buscar a igualdade entre os sexos.

A Lei nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”, nasceu exatamente por causa do cenário de impunidade do direito brasileiro em relação à violência de gênero. Maria da Penha Maia Fernandes, homenageada pelo instituto legal, teve que formalizar denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para conseguir a condenação do marido que a violentou durante 23 anos. Na ocasião, o país foi condenado por não dispor de mecanismos suficientes para coibir a prática de violência contra mulher e se viu obrigado a criar o instrumento legislativo em comento.

Assustadoramente, a legislação acima referida foi objeto de questionamento nos autos de nº 222.942-8/06 pelo Juiz de Direito Edílson Rumpelsberg Rodrigues, de Sete Lagoas-MG, que, ignorando a laicidade do Estado, arguiu acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 11.340/06 e da inferioridade da mulher sob argumentos cristãos, a seguir:

Se, segundo a própria Constituição Federal, é Deus que nos rege — e graças a Deus por isto — Jesus está então no centro destes pilares, posto que, pelo mínimo, nove entre dez brasileiros o têm como Filho Daquela que nos rege (...). **Esta “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é antiética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.** Ora! **A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher** — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem [...]. **O mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência masculina**, afinal. Pois se os direitos são iguais — porque são — cada um, contudo, em seu ser, pois as funções são, naturalmente, diferentes. (BRASIL. TJMG. Autos de Processo nº 222.942-8/06. 2007, s/p). (Destaques nossos).

Em sede de crimes sexuais, analisando o recurso especial nº 1.276.434-SP, observa-se que o julgamento da moral sexual das vítimas de estupro não se restringe às mulheres adultas, crianças, que, em tese, deveriam ter presunção absoluta de violência nos crimes de estupro, também tem sua moral questionada sob um crivo machista e estereotipado.

O delito em tela envolve abusos sexuais praticados contra uma menina de 11 anos por seu padrasto vinte anos mais velho. O denunciado, por diversas vezes em continuidade delitiva, manteve com a menor ato libidinoso consistente em sexo anal. Na primeira instância, a magistrada absolveu o denunciado afastando o caráter absoluto da presunção de violência pelo envolvimento emocional da vítima:

Como foi cogitado naquela peça, **[A. P.] não foi vítima de violência presumida e se mostrou determinada para consumir o coito anal com o padrasto. O que fez**

foi de livre e espontânea vontade, sem coação, ameaça, violência ou temor. Mais: a moça quis repetir e assim o fez.

Não pareceu arrependida ou envergonhada, simplesmente fez o que sentiu vontade. A maneira pela qual se expressou nas diferentes ocasiões deu para divisar o quanto a jovem é desvencilhada de pré-conceitos e preconceitos. **Repetiu mais de vez que gostava do padrasto e quis o contato íntimo. Sabia o que fazia. Não se trata de pessoa ingênua.** (BRASIL. STJ. Resp: 1276434 SP 2011. Relator: Ministro Rogério Shietti Cruz. DJ 07/08/2018. T6 – SEXTA TURMA. DJE 26/08/2014). (Destques nossos).

Ainda em relação a este Recurso Especial, significativo destacar as falas do relator Rogério Cruz em relação aos argumentos adotados pela Juíza de Direito:

Repudiáveis os fundamentos empregados pela magistrada de primeiro grau e pelo relator do acórdão impugnado para absolver o recorrido, reproduzindo um padrão de comportamento judicial tipicamente patriarcal, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitativa, para, somente a partir daí julgar-se o réu. No caso em exame, a vítima foi etiquetada como uma adolescente "desvencilhada de pré-conceitos e preconceitos", muito segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, pois "sabia o que fazia". Julgou-se a vítima, pois, afinal, "não se trata de pessoa ingênua". Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído." (BRASIL. STJ. Resp: 1276434 SP 2011. Relator: Ministro Rogério Shietti Cruz. DJ 07/08/2018. T6 – SEXTA TURMA. DJE 26/08/2014).

Confirmando os argumentos levantados neste artigo em relação à análise da vida pregressa das vítimas para a punição do acusado e para enquadrar as mulheres como vítimas genuínas ou não de violências sexuais, importante evidenciar as seguintes decisões, que, paradoxalmente, utilizam de características das violentadas para condenação e absolvição dos criminosos.

Em Apelação Criminal nº 12868 RN 2009.001286-8, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte proferiu decisão confirmando a condenação do acusado de estupro vez que, no caso em tela, não pairavam dúvidas acerca da honestidade da vítima: "*in casu*", considerada a idade da ofendida, bem como não tendo restado comprovado tratar-se de pessoa promíscua, sendo inclusive virgem quando do delito, há de prevalecer a presunção de violência" (BRASIL. TJRN, Apelação Criminal Nº 12868 nº 2009.001286-8. Apelado: Emanuel Heronildes da Silva Junior. Desembargadora Judite Nunes, 2010). Também embasado na vítima, o Tribunal do Rio Grande do Sul proferiu veredito oposto:

A prova dos autos mostrou-se insuficiente para embasar, com a certeza necessária, um veredito condenatório. Percebe-se que o réu mantinha um relacionamento amoroso com a vítima, que afirmou ter-se apaixonado pelo acusado, com a prática consentida de sexo. **Não há nos autos qualquer indício de violência por parte do acusado. Ademais, a ofendida não era mais virgem quando começou a se relacionar com o réu, do que se conclui que já possuía experiência sexual, não se**

podendo afirmar que o réu a tenha seduzido. Não sendo possível no processo penal, a condenação com base apenas em indícios e suposições, impõe-se a manutenção da sentença absolutória, com fundamento no art. 386, VII, do CPP. (BRASIL. TJRS, Apelação Criminal nº 70045425295 RS. Relator: Carlos Alberto Etcheverry. Data do julgamento: 26/04/2012. Sétima Câmara Criminal. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/04/2012). (Destques nossos).

Ainda em relação à imagem da vítima de violência sexual edificada pela sociedade, conforme exemplo trazido por Fátima Burégio (2018, s/p) recentemente, em julgamento de Habeas Corpus no qual o denunciado é acusado de abusar sexualmente de uma estudante enquanto ela dormia depois de ingerir bebida alcoólica, o desembargador Marcos Machado, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, proferiu os seguintes dizeres: “Uma mulher madura, 30 anos, nós não temos aí essa ingenuidade, inclusive de ingerir bebida. Se é fato verdadeiro que houve um relacionamento sexual antecedente então eu já não identifico o fato criminoso entre si.” (G1 MT, 2018, s/p).

No caso acima o Desembargador pondera à gravidade do crime de estupro em relação à idade da vítima e sua experiência sexual anterior. Destaque no argumento de afastar o fato criminoso sob a justificação do agressor e da vítima ter mantido relacionamento afetivo anteriormente ao crime. Discurso no qual é possível constatar a objetificação do corpo feminino e a imputação de um “dever sexual” à mulher para com companheiros atuais ou anteriores. Ademais, contrariando todo o argumento trazido pelo Desembargador, a conduta do acusado configura crime de estupro de vulnerável, conforme leciona o art. 217-A, §1º do Código Penal, visto que a vítima inconsciente não pode oferecer resistência ao ato.

Em decisão mais antiga, é possível apreciar acerca da exigência amplamente difundida pelos tribunais da necessidade de recusa com veemência da vítima ao ato sexual forçado, conforme demonstrado a seguir:

São pressupostos para tipificarem os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor a existência de um constrangimento à vítima para a prática da conjunção carnal e ato libidinoso, respectivamente, mediante violência ou grave ameaça. Portanto, **a condenação do acusado requer provas absolutas da não concordância da vítima com a prática dos atos sexuais, ou seja, há a necessidade da sua oposição sincera e positiva aos atos praticados pelo acusado, para obrigá-la à prática sexual, de forma que não bastam as negativas tímidas**, se o conjunto probatório se direcionar no sentido da manifesta concordância com tais atos. (BRASIL. TJAM. Apelação crim. nº 729/97. Apelante: Rosinaldo de S. Nunes. Apelada: Justiça Pública. Relator: Desembargador Dôglas Evangelista, Amapá, 28 de abril de 1998). (Destques nossos).

Entretanto, a despeito da decisão acima referida ser datada do ano de 1998, é possível encontrar em doutrinas extremamente recentes, *in casu* ano de 2017, doutrinadores renomados exteriorizando concepções machistas e patriarcais acerca das mulheres e do consentimento da vítima nos crimes de estupro:

[...] para que seja efetivamente considerado o dissenso, **temos de discernir quando a recusa da vítima ao ato sexual importa em manifestação autêntica de sua vontade**, de quando, momentaneamente, faz parte do jogo da sedução, **pois muitas vezes o “não” deve ser entendido como “sim”**. (GRECO, 2017, p. 28). (Destques nossos).

Por fim, conforme se vê no exemplo trazido por Andrade (2016, s/p *apud* STRECK, 2004, s/p), outra clara amostra de como a Justiça Brasileira já pecou em análises de crimes sexuais, é possível observar no discurso do magistrado, que, além de se valer de concepções machistas, o juiz embasou seu discurso ainda com discriminação social e opiniões racistas, situação que demonstra uma realidade ainda mais dura para a mulher negra e pobre:

A vítima é analfabeta e se mostrou simplória nos contatos com este juízo [...]. Não encontro nos autos provas suficientes para condenar o acusado Celso Alberto, embora reconheça não seja elemento sociável nem de boa vida progressa. Entretanto, pelos outros delitos a ele imputados, está respondendo processo. **Finalizando, custa a crer que o acusado, um rapaz ainda jovem e casado, tenha querido manter relações sexuais com a vítima, uma mulher de cor e sem qualquer atrativo sexual para um homem**. Ante o exposto e com fundamento no art. 386, VI do Código de Processo Penal, absolvo o acusado Celso Alberto da imputação a ele feita na denúncia. (Destques nossos).

Percebe-se em todos os casos apresentados que o crime de estupro é julgado embasado nos atores processuais. Antes de analisar o fato em si, magistrados e demais operadores do direito consideram a vida progressa e a imagem social da vítima e do acusado, enquadrando as mulheres como merecedoras ou não da violência sexual sofrida. A despeito de todo estudo legal necessário para alcançar tais cargos jurídicos e de ser o Judiciário o meio para a defesa dos direitos do cidadão, encontramos, em verdade, um universo que ainda hoje propaga e reafirma preconceitos, estereótipos e a submissão da mulher, demonstrando, dessa forma, o mito da imparcialidade jurídica.

5 Conclusão

O presente trabalho de conclusão de curso teve como finalidade a investigação das causas ligadas ao cometimento do crime de estupro. Especificamente se dedicou a responder se tal crime estaria ligado ao desejo sexual do criminoso ou seria um crime de gênero relacionado à submissão das mulheres e da cultura patriarcal.

Para tanto, foram analisados brevemente a historicidade do delito de estupro, crime que sofreu grandes mudanças ao longo do tempo, principalmente em relação ao bem jurídico tutelado pela criminalização da ação. Inicialmente considerado como ato violador à propriedade do pai ou marido da vítima e posteriormente uma violência ligada aos bons costumes, tal delito somente deu enfoque à dignidade sexual da mulher a partir do ano de 2009 no Brasil, com alteração no Código Penal pela Lei 12.015/09.

Foram discutidas as questões de gênero, sendo importante destacar que, desde os primórdios, a submissão da mulher foi justificada por opiniões de cunho naturalístico e biológico, concepções essas que vem sendo desconstruídas lentamente por movimentos feministas que trouxeram, na década de 70, o conceito do termo gênero, buscando explicar os papéis socialmente construídos a homens e a mulheres e a desconstrução da submissão da mulher e do controle de sua sexualidade.

A cultura patriarcal, o machismo estruturado no seio social e os papéis rigidamente fixados aos sujeitos masculinos e femininos culminam em uma sociedade altamente segregacionista e preconceituosa, que relega um papel subordinado às mulheres, sujeito desempoderado e sem autonomia inclusive do próprio corpo.

Através da análise dos papéis socialmente impostos a homens e a mulheres e do controle da sexualidade feminina, passou-se a discutir acerca da violência de gênero. Conceitua-se violência de gênero como a agressão física ou psicológica às mulheres apenas e tão somente pela sua condição de ser mulher, enquadrando-se, nessa definição, o crime de estupro, historicamente utilizado como meio de correção àquelas que fogem do que é socialmente imposto.

Por fim, foi analisada a construção das imagens da vítima e do agressor dos casos de estupro, pelo seio social e pelo Sistema de Justiça Criminal. Nessa seara, observou-se que a propagação de concepções misóginas e machistas causa duplo sofrimento à mulher violentada, que contrariamente é incumbida de provar a sua condição real de vítima, posto que, ainda hoje, grande parte do seio social atribui culpa à mulher violentada sexualmente. Comprovando que, embora retirada do Código Penal, a lógica da “mulher honesta” perdura no imaginário da sociedade.

Por todo exposto, é possível concluir que o estupro, embora classificado como um ato sexual sem consentimento, nada tem de sexual e não é praticado pela lascívia irrefreável do criminoso, mas sim é o fruto mais extremo das assimetrias de gênero.

Ao considerar que tal crime é cometido contra mulheres de todas as idades, desde recém-nascidas até senhoras de idade avançada, e de todas as culturas, inclusive freiras e mulheres de burca, fica descaracterizado o caráter sexual da violência, o despertar erótico do agressor. Homens não estupram para satisfazer desejos, o fazem para deixar claro quem manda.

O artigo buscou descortinar a relação íntima entre patriarcado, gênero e violência contra a mulher, a fim de esclarecer que a violência contra as mulheres é estrutural, presente em todas as camadas da sociedade, e, portanto, naturalizada e disseminada, ainda que implicitamente.

Mais do que comprovar que o crime de estupro não está ligado ao prazer, mas sim é resultado da violência de gêneros e do papel submisso relegado às mulheres desde tempos remotos, este trabalho teve o escopo de desconstruir a naturalização da violência contra a mulher, a objetificação do corpo feminino e os valores machistas internalizados no seio social e jurídico.

O estupro é um delito que afronta, além da dignidade sexual e moral das mulheres, a sua própria honra, seu bem-estar e seu equilíbrio psicológico. Dessa forma, a gravidade do crime não pode ser minimizada mediante uma análise carregada de valores preconceituosos e machistas, sendo fundamental a desconstrução da imagem de subordinação do gênero feminino perante o masculino.

Educar, desconstruir estereótipos, exaltar o poder feminino, debater sobre a violência de gênero e apontar caminhos para compreensão das causas para, conseqüentemente, dirimir a ocorrência dos crimes ligados à dignidade sexual é de grande importância para o desenvolvimento de uma sociedade preocupada em assegurar direitos essenciais a uma existência digna.

Referências

ALECRIM, Gisele Machado. SILVA, Eduardo Pordeus. ARAÚJO, Jailton Macena de. Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal. *Revista Gênero e Direito*, nº 2. Paraíba, 2014. p. 158/176. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/vid/546287482>. Acesso em: 25 ago. 2018.

ALMEIDA, Sávio Silva de. Para além da moral do macho: a dignidade sexual no código penal brasileiro. *Revista Gênero e Direito*, v.6, nº 02, Paraíba, 2017. p. 195/227. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/download/27925/18380>. Acesso em: 02 ago. 2018.

ANDRADE, Vera Pereira de. *Sistema penal máximo X cidadania mínima*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 48/2004. p. 260-290. Maio – Jun/2004. Disponível em: <http://revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. *Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?* Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2003.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Tradução Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. v. 2.

BRASIL. *Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. *Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 06 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art2. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.276.434*, de São Paulo. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: GDA S A. Relator: Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 26 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Amapá. *Apelação criminal nº 729/97*. Apelante: Rosinaldo de Sousa Nunes. Apelada: Justiça Pública. Relator: Desembargador Dôglas Evangelista, Amapá, 28 de abril de 1998.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Comarca de Sete Lagoas. *Autos de Processo nº 222.942-8/06*. Sete Lagoas, MG, 01 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/439_CNJdecisesde1ae2ainstncias.pdf. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Apelação criminal nº 12868 nº 2009.001286-8*. Apelado: Emanuel Heronildes da Silva Junior. Desembargadora Judite Nunes. Natal-RN, 17 de dezembro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação criminal nº 70045425295 RS*. Relator: Carlos Alberto Etcheverry. Data do julgamento: 26/04/2012. Sétima Câmara Criminal. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/04/2012.

BURÉGIO, Fátima. *Sou madura, estudo, festejo com amigas, tomo vinho, dá sono, mas: - Não me estuprem, por favor!*. 2018. Disponível em: <https://fatimaburegio.jusbrasil.com.br/artigos/583452883/sou-madura-estudo-festejo-com-amigas-tomo-vinho-da-sono-mas-nao-me-estuprem-por-favor>. Acesso em: 05 set. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso 12.051: Relatório 54/01*. Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001.

DIOTTO, Nariel. SOUTO, Raquel Buzatti. Aspectos históricos e legais sobre a cultura do estupro no Brasil. *XIII Seminário internacional - demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*, 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15867/3764>. Acesso em: 03 set. 2018.

FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. Vítimas e vilãs, “monstros” e “desesperados”: como o discurso judicial representa os participantes de um crime de estupro. *Revista Linguagem em (dis) curso*, vol. 3, n. 1, julho/dezembro, 2002. Disponível em:

<http://linguagem.unisul.br/paginas/ensino/pos/linguagem/linguagem-emdiscurso/0301/030105.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

G1 MT. “A culpa nunca é da vítima”, diz Conselho da Mulher sobre desembargador de MT que avaliou que universitária estuprada é ‘madura’. 2018. Disponível em:

<https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/a-culpa-nunca-e-da-vitima-diz-conselho-da-mulher-sobre-desembargador-de-mt-que-avaliou-que-universitaria-estuprada-e-madura.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. v. III,

HAHN, Noli Bernardo. JUNGES, Fábio César. Cultura da violência contra a mulher e o reconhecimento dos direitos humanos. *Revista Direitos Culturais – RDC*. vol. 8, n. 17. janeiro/abril. 2014. p. 167/189. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/vid/525682670>. Acesso em: 25 ago. 2018.

IPEA. Sistema de Indicadores de Percepção Social – SIPS. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf. Acesso em: 28 ago. 2018.

LIMA, Marina Torres Costa. *O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica*. Disponível em:

<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5370/1/PDF%20-%20Marina%20Torres%20Costa%20Lima.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

MACHADO, Flora Barcellos de Valls. *Gênero, violência e estupro: definições e consequências*. 2013. Disponível em:

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/91052/000914148.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: Sociedade Brasileira de Sociologia (Ed.) *Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo, 52ª Reunião Brasileira para o Progresso da Ciência*. Brasília: SBP, 2000. Disponível em:

http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal - Volume 2*. Parte especial, arts. 121 a234 do CP. 25 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4. edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2015.

ROSSI, Giovana. *Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica: análise do discurso judicial no crime de estupro*. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/134028>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

SILVA, Danielle Martins. A palavra da vítima no crime de estupro e a tutela penal da dignidade sexual sob o paradigma de gênero. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2703, 25 nov. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17897>. Acesso em: 22 ago. 2018.

SILVA, Natiene Ramos Ferreira da. *Representações da culpabilização de mulheres vítimas de estupro: uma análise étnico-racial*, 2013. Disponível em: http://estatico.cnpq.br/portal/premios/2013/ig/pdf/ganhadores_9edicao/Cat_E_Graduacao/NatieneRamos.pdf. Acesso em: 04 set. 2018.

STRECK, L.L. *O imaginário dos juristas e a violência contra a mulher: da necessidade (urgente) de uma crítica da razão cínica em Tarrae Brasilis*. Estudos Jurídicos, vol 37, nº 100, maio/agosto 2004.

SWAIN, Tânia Navarro. A invenção do corpo feminino ou “a hora e a vez do nomadismo identitário?”. *Revista do Programa de Pós-graduação em História da Unb*, vol. 8, nº 1-2, Brasília, 2000. (Textos de História). Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/textos/issue/view/676>. Acesso em: 25 ago. 2018.

VALEK, Aline. *Quem me estupro*. Disponível em: <https://www.alinevalek.com.br/blog/2012/09/quem-me-estupro/>. Acesso em: 10 set. 2018.

VILHENA, Julia de. ZAMORA, Maria Helena. Além do ato: os transbordamentos do estupro. *Revista do Rio de Janeiro*, n.12. Janeiro – Abril, 2004. Disponível em: http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_12/12_dossie_JuniaVilhena.pdf. Acesso em: 04 set. 2018.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1964.

O alcance da boa-fé processual no âmbito dos precedentes judiciais à luz da teoria da integridade de Dworkin

The scope of good-faith in the framework of judicial precedents under the light of Dworkin's integrity theory

Monalisa Abadia Oliveira Álvaro

Aluna do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: monalizabonfim@hotmail.com

Luiz Henrique Borges Varela

Advogado e Professor Mestre do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: luizhvbv@unipam.edu.br

Resumo: O presente artigo se propôs a investigar o grau de fidelidade entre a norma fundamental da boa-fé processual em face da teoria da integridade de Dworkin, na óptica do sistema de precedentes judiciais adotado pelo estatuto processualista civil de 2015, estabelecendo-se uma crítica à questão da discricionariedade do órgão julgador e resgatando a proposta de uma comunidade participativa dos sujeitos processuais. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa eminentemente teórica no que tange à proposta dworkiniana, bem como sua intensa influência no âmbito dos precedentes judiciais. Com a mesma finalidade, foi dedicada especial atenção ao instituto jurídico da boa-fé objetiva, especificamente no que tange à sua incidência nas relações jurídicas processuais. O estudo também foi direcionado a esclarecer a colisão boa-fé subjetiva e objetiva, esta última que, de fato, interessa a este estudo a fim de se avaliarem algumas de suas formas de manifestação, como a tutela da confiança e a vedação à contraditoriedade desleal, essenciais para o alcance da proposta desta pesquisa. Todas essas premissas foram traçadas com o objetivo precípuo de se auferir o diálogo necessário entre os pressupostos dworkinianos e a boa-fé processual.

Palavras-chave: Cooperação. Coerência. Contraditoriedade. Confiança. *Venire*.

Abstract: This article aims to investigate the degree of fidelity between the procedural good faith fundamental norm against Dworkin's integrity theory, in terms of judicial system precedents adopted by the civil procedural statute of 2015, establishing a criticism on the judicial part discretion and rescuing the proposal of a co participative community by procedural subjects. Therefore, an eminently theoretical research was developed regarding the Dworkinian proposal, as well as its intense influence on the scope of judicial precedents. For the same purpose, special attention was given to the objective good faith legal institute, specifically with regard to its impact on procedural legal relationships. The study was also directed at clarifying the collision of subjective and objective good faith, the latter which, in fact, is of interest in this study in order to evaluate some of its forms of manifestation, such as the protection of trust and the prohibition against unfair contradiction, essential for reaching the proposal of this research. All these premises were drawn up with the prime objective of obtaining the necessary dialogue between the Dworkinian assumptions and the good faith procedural.

Keywords: Cooperation. Coherence. Contradiction. Confidence. Venire.

1 Introdução

Diante da adoção de um modelo participativo de processo, os provimentos jurisdicionais não mais podem ser vistos como expressão da vontade do decisor. O solipsismo, através de voluntarismos e atos inesperados do magistrado não logra mais espaço em um ambiente de ideais como boa-fé processual e integridade jurídica. De fato, do que adianta dizer que não há segurança e uniformidade jurídica se é permitido aos órgãos julgadores decidirem da maneira como bem entendam?

A partir dessas considerações, a presente pesquisa tem por finalidade analisar o estudo da adoção de comportamentos processuais contraditórios por parte do órgão julgador, no âmbito dos precedentes judiciais, trasladando o estudo do *venire contra factum proprium* para o campo processual. Assim, o objetivo é deixar evidente a realidade de que essa figura parcelar da boa-fé encontra-se, de maneira expressiva, presente nas relações jurídicas e vem gerando sérias consequências no âmbito participativo do Direito, especialmente quando praticado pelos magistrados em meio às suas decisões.

A tentativa recai no resgate do ideal democrático do processo como estrutura de formação das decisões jurisdicionais, ao partir do necessário aspecto cooperativo e policêntrico das estruturas formadoras dos pronunciamentos judiciais. Fato é que esse viés adquire essencial relevância no campo dos precedentes, que ganha cada vez mais espaço no sistema processual moderno. Porquanto, tornou-se frequente, decisões do mesmo órgão julgador sobre questões idênticas com posicionamentos claramente distintos.

Tal problemática se agrava no que tange à busca pela integridade e coerência das decisões judiciais, à luz da proposta dworkiniana, adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), através da disposição de seu artigo 926, pelo qual se torna evidente a atribuição aos órgãos julgadores de deveres como integridade, coerência, estabilidade e uniformidade jurídicas.

Atribui-se ainda grande importância à segurança jurídica e à previsibilidade dos pronunciamentos judiciais. Nessa perspectiva, é estranho que casos iguais sejam decididos de forma diferente. Fato é que a incerteza jurídica quanto ao destino das lides exigiu essa mudança do estatuto processualista civil de 2015, com vistas a se alcançar verdadeira coerência no sistema de precedentes judiciais.

O desafio encontra-se na superação de condutas contraditórias e repentinas do órgão decisor, violadoras da boa-fé objetiva, prejudicando as partes que confiaram na regularidade processual e em sua manutenção de opinião. Nesse sentido, o presente trabalho intenciona analisar o grau de vinculação da norma fundamental da boa-fé processual em face da proposta da integridade e coerência de Dworkin, pela qual foi construído o novo sistema de precedentes judiciais.

Além disso, a pesquisa se comprometerá a responder às seguintes questões: há mesmo relação entre a proposta de integridade dworkiniana e a boa-fé processual? Quais os pressupostos para aferir se um órgão julgador incorreria na conduta do *venire*

contra factum proprium, ou seja, em um comportamento contraditório? A consequência de um provimento jurisdicional contraditório seria a mesma de quando praticado pelos sujeitos parciais, ou os magistrados receberiam tratativa diversa? Seria hipótese de nulidade do pronunciamento processual com carga decisória? Qual a relação entre um comportamento contraditório e a tutela da confiança?

Com o fito de responder a tais questionamentos, a pesquisa se debruçará sobre a análise teórico-argumentativa da proposta da integridade de Dworkin, especialmente através da revisão bibliográfica de manuais acadêmicos, periódicos, revistas jurídicas, dissertação, bem como teses de doutorado, a fim de analisar a sua relação com a norma da boa-fé processual, especialmente quanto aos seus núcleos (tutela da confiança e previsibilidade das decisões).

Ademais, será desenvolvido estudo acerca dessa norma fundamental. Por fim, este trabalho se propõe a refletir acerca do embate entre independência judicial e as propostas de integridade e coerência do Direito, as quais combatem decisões baseadas exclusivamente nas convicções do magistrado, sem qualquer embasamento jurídico.

No tocante à justificativa da presente pesquisa, inegável a necessidade de se enfrentar a problemática da discricionariedade e voluntarismos no que tange às decisões judiciais, especialmente no âmbito dos precedentes. Ao cuidar da proibição de condutas contraditórias, tem-se que a boa-fé processual veda a adoção de comportamentos que possam quebrar a tutela da confiança dos demais jurisdicionados, e esse assunto deve ser encarado com seriedade tal em contraponto ao modelo democrático e constitucional do processo.

2 Precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015, de modo transformador, buscou dimensionar um novo sistema de precedentes judiciais de forma a garantir a construção de verdadeiro direito jurisprudencial embasado em ideais de integridade, coerência e estabilidade jurídicas.

Desse modo, a previsão normativa, especialmente do artigo 926 do mesmo diploma, busca corrigir infundáveis equívocos no que tange ao trato das decisões jurisdicionais, a começar pela completa ausência de estabilidade e uniformidade de entendimentos e o constante desprezo ao modo como determinado órgão julgador vinha decidindo em casos anteriores (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 294).

Vale ressaltar que a busca pela integridade não deve significar uma petrificação ou fechamento argumentativos do sistema jurídico, mas sim uma linearidade necessária no conjunto de respostas jurisdicionais, até que se apresentem fundamentos novos, hábeis a legitimar uma mudança decisória.

Nesse sentido, importante o papel da Corte, quando diante de um precedente que não mais se amolda à atual compreensão do Direito, em demonstrar de maneira explícita a necessidade de superá-lo no que tange à evolução do sistema jurídico. O que não se permite ocorrer é o mesmo órgão decidindo de modo a desconsiderar toda a história institucional do Direito construída até aqui.

Nessa linha de ideias, encontra-se uma das dimensões do dever de integridade, no sentido de que os tribunais devem decidir em conformidade com a unidade do

ordenamento jurídico (Enunciado 456 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, 2018).

Destarte, o que se pretende com este novo dimensionamento de precedentes judiciais é a busca da previsibilidade e estabilidade das decisões, através de verdadeira manutenção de opinião dos órgãos julgadores, objetivo ainda longe de ser alcançado de forma eficaz pelo ordenamento jurídico vigente.

Cabe destacar que é válido o afastamento ou a superação de entendimentos passados, inclusive isso deve ocorrer através das técnicas (*overruling* e *distinguishing*). Ressalte-se, porém, o dever do Tribunal resguardar-se de verdadeiro ônus argumentativo, quando próximo à determinada mudança decisória.

Nesse sentido, “o precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”. (Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, 2018).

Tal desafio ganha notoriedade, quando o objetivo é avaliar se determinado órgão julgador respeita, até mesmo, suas próprias decisões, uma vez que o que se tem, hoje, é um conjunto de respostas jurisdicionais sobre casos essencialmente idênticos que seguem rumos diversos, despidas de qualquer coerência, sem que apresente fundamento válido que os distinga, dando margem à construção de verdadeira jurisprudência lotérica.

Como relata Eduardo Cambi (2001, p. 109), a ideia de jurisprudência lotérica insere exatamente neste contexto, quer dizer, quando uma mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diversas. Nesse sentido, a parte que tiver a sorte de a causa ser distribuída a um juiz que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional buscada. Noutro passo, a parte que não a obteve, não lhe terá reconhecido o direito pleiteado.

Nesse caso, tem-se por configurada verdadeira afronta aos ideais de integridade e segurança jurídicas, garantias intrínsecas ao modelo constitucional e democrático do processo. Válido ressaltar que a violação da segurança jurídica ocorre, exatamente, quando em casos semelhantes, são proferidas decisões antagônicas ou contraditórias, violando a unidade do sistema. Dessa forma, a sorte do jurisdicionado é resultante, não dele ter ou não razão, mas do órgão jurisdicional para quem o processo for distribuído, sustentando-se, pois, a ideia de que o órgão julgador decide da maneira que melhor lhe aprouver, verdadeiro juiz solipsista.

Fala-se em solipsismo judicial no sentido de expressar um espaço de subjetividade, donde decisões judiciais nascem do labor solitário do juiz, em completo desrespeito ao contraditório, norma fundamental do Código de Processo Civil de 2015. Destarte, um juiz solipsista é o arquétipo daquele decisor que não se abre ao debate processual, por outro lado, atua isoladamente, assumindo compromisso com sua própria consciência (NUNES; DELFINO, 2014).

Freda Dolores (2012, p. 88, *apud* NUNES; VIANA, 2018, p. 98), ao se referir às decisões judiciais esparsas, ressaltam que essas geram numerosos desarranjos no sistema processual, em consequência disso há uma constante busca pelo critério da certeza. Dessa forma, a solução à dispersão judicial é dada pela invenção de um critério capaz de vincular os juízes e também as cortes aos casos anteriormente julgados.

Nesse sentido, as decisões do passado deveriam ser preservadas, daí, portanto, a necessidade do uso adequado do sistema de precedentes, de forma a garantir a integridade e unidade do Judiciário. Salienta-se que o livre convencimento do magistrado não pode ser utilizado como respaldo para permitir que decisões jurisdicionais sejam proferidas da forma como o órgão julgador bem quiser, com profunda inobservância da história institucional criada e sem fundamentação adequada que as justifique.

Sempre se estranhou no Brasil o hábito recorrente de juízes e advogados em desprezar decisões dos Tribunais, quando não corroboram uma linha de defesa ou decisória que não lhes seja interessante. Desse modo, vêm em boa hora disposições do CPC/15 que impõem a juízes e a advogados o dever de levar a sério o “material” existente, como, por exemplo, o disposto no art. 1.022, parágrafo único, inciso I, pelo qual se considera omissa o pronunciamento que despreza precedentes, os artigos. 332, 489 e 932, incisos IV e V, que impõem às partes o dever de dialogar com os precedentes, sob pena de julgamentos contrários, tudo para que a integridade dworkiniana (artigo 926) seja normativamente levada a sério (NUNES; PEDRON; HORTA, 2017, p. 348).

Inegável que a independência assegurada aos magistrados trata-se de garantia a eles inerente, porém isso não lhes confere, em hipótese alguma, o direito de decidir casos que chegam ao Judiciário, de acordo com sua escolha. Dessa forma, como contraponto e com vistas à melhor compreensão desse sistema de precedentes judiciais, e mais especificamente da virtude da integridade jurídica, necessário o estudo da proposta dworkiniana, que concebe, por sua vez, uma aplicação das decisões judiciais de maneira que o sistema jurídico ofereça uma resposta democrática e justa às lides.

3 A teoria da integridade de Dworkin e suas relações com os precedentes judiciais

O sistema jurídico, especialmente através do CPC/15, vinculou-se à concepção do direito como integridade, de modo que o foco desse tópico é verificar em que consiste a virtude da integridade, resgatando, para isso, os pressupostos apresentados por Ronald Dworkin.

Natural Ronald Dworkin tornar-se conhecido por criticar o positivismo jurídico, porquanto as falhas nessa teoria começam a aparecer quando o mesmo magistrado não é capaz de encontrar regras previamente elaboradas para a solução de casos concretos. A saída é, pois, autorizá-lo a promover um julgamento discricionário; legitimaria ao magistrado criar direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso concreto, surpreendendo as partes do processo (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 46).

É certo que diante da abertura do ordenamento jurídico para valores constitucionais e democráticos não mais seriam admitidas decisões discricionárias e arbitrárias dos órgãos julgadores, de modo a surpreender os jurisdicionados. Apesar disso, por muitas vezes, a hermenêutica jurídica tem-se tornado resultado da consciência dos próprios julgadores. E essa forma de decidir conforme a consciência não confere segurança a ninguém.

Aceitar isso é o mesmo que legitimar o atual quadro de julgamento pelos tribunais brasileiros, ao criar uma pluralidade de entendimentos sob apreciação de casos absolutamente idênticos. Um cenário de decisões sem respaldo algum que

violam o ônus de fundamentação assegurado em diversos dispositivos, como, por exemplo, artigo 93, IX, da Constituição Federal, bem como o artigo 489, § 1º, do CPC/15.

“Afirmar e defender a discricionariedade equivaleria, então, a concordar com a frase dos Realistas Jurídicos de que os juízes decidem baseados naquilo que comeram no café da manhã.” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 46).

Dessa forma, ao adotar a boa-fé processual em seu artigo 5º, o CPC/15 impede que o julgador profira, sem fundamentar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que quando presentes em processos distintos (Enunciado 377 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, 2018).

O objetivo de um sistema que tem por base a integridade jurídica, bem como a boa-fé processual é combater decisões conflituosas sobre casos semelhantes, de modo a fomentar a confiança dos jurisdicionados. E, para isso, necessário além do respeito às técnicas de fundamentação, também ao instituto da boa-fé.

Ao contrário, o mínimo que uma decisão deve estabelecer é a relação dos atos normativos com o caso concreto a ser decidido, quer dizer, através do enfrentamento de todos os argumentos jurídicos relevantes; os padrões de identificação e de distinção entre os precedentes e enunciados de súmula e o caso presente; e os argumentos de superação de um precedente, uma jurisprudência ou um enunciado de súmula suscitado pela parte (NUNES; PEDRON; HORTA, 2017, p. 338).

Certo é que os precedentes judiciais “passam a ser um volante que direciona a atividade processual, em uma perspectiva do todo, com o claro intuito de fornecer maior racionalidade à atividade jurisdicional. E devem ser devidamente respeitados”. (MACÊDO, 2014, p. 376).

Nessa linha de pensamento, ao se fazer relação ao que define Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara (2017, p. 03), acerca dos precedentes judiciais, ao tratá-los como espécies dos padrões decisórios, estes serviriam de base para a compreensão do modo como o ordenamento jurídico é interpretado e aplicado, daí sua considerável importância. Permitindo-se, dessa forma, o respeito a deveres como coerência e integridade que perpassam a teoria de Dworkin.

Sem dúvidas o traço fundamental da tese de Dworkin foi a busca pela integridade como um ideal para nortear as respostas e decisões institucionais. Para melhor satisfazer seu pensamento, ele inaugura a metáfora do juiz Hércules, este que representaria um modelo de magistrado na busca da única resposta correta para suas decisões.

“Hércules irá também procurar reconstruir a história institucional para verificar como os outros juízes decidiram no passado casos semelhantes, ampliando o diálogo processual para justificar em sua decisão essa história (integridade).” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 47).

Desse modo, partindo da ideia de que o magistrado ao proferir suas decisões assume compromisso moral com a sociedade, buscando a única resposta correta para determinado caso concreto, é o mesmo que pensar que ele não deverá surpreender às partes que compõem o processo, com mudanças repentinas; sem lastro normativo que as justifique, contrariando decisões tomadas anteriormente e violando o investimento de confiança nelas alimentado, bem como a segurança jurídica do sistema.

Nesse sentido, além de analisar o direito sob a perspectiva histórica ou contemporânea, faz-se necessário observar, consoante os institutos da coerência e integridade. Assim, é de grande relevo e imperiosidade jurídica interpretá-lo de maneira que a história jurídica seja coerente com o presente e com o futuro, permitindo previsibilidade e certezas jurídicas (STRECK; ALVIM; LEITE, 2016, p. 25).

Como relata Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 354), o precedente judicial trata-se de decisão que interessa tanto aos juízes, quanto aos jurisdicionados. Justificando-se no que tange ao primeiro pela sua importante tarefa de conferir coerência e integridade à aplicação do direito, e aos segundos, já que necessitam mais do que nunca da segurança e previsibilidade das decisões. Para ambos, portanto, conhecer o significado dos precedentes judiciais é imprescindível.

Nessa mesma linha, Eduardo Cambi, Adriane Haas e Nicole Naiara Schmitz (2017, p. 229) relatam que, “se os tribunais alteram com frequência indesejável suas próprias posições, a respeito de temas jurídicos importantes, torna quase impossível eleger-se a sua jurisprudência como um norte confiável de padrão de condutas”.

Assim também, a adoção de um sistema de precedentes judiciais, de forma adequada, consiste em uma forma de potencializar a previsibilidade e confiança nas decisões jurisdicionais. Decisões conflituosas fazem com que as contrapartes passem a não mais confiar nas respostas do Judiciário, o que configura uma completa perda da normatividade do Direito em relação à sociedade que dele espera seriedade.

Lenio Luiz Streck (2016, p. 150), por exemplo, associa a ideia de coerência, como “consistência”, ao dever de não contradição, elevando a linguagem do estudioso MacCormick. Para ele, a coerência trataria do dever de não contradição da decisão em relação aos precedentes anteriores, passados. A integridade, por sua vez, seria mais ampla, sendo mais que uma simples não contradição de decisões, mas, além disso, revelando a harmonia do precedente em determinado ordenamento jurídico, legitimando sua unidade.

Ressalte-se que a vedação de comportamentos contraditórios é englobada pela figura conhecida como (*venire contra factum proprium*), uma das variantes da aplicação da boa-fé objetiva e que tem sido aplicada na jurisprudência de modo a coibir condutas incoerentes no processo. Há que considerar, com clareza solar, o grau de fidelidade existente entre a norma fundamental da boa-fé objetiva e a tese da integridade de Dworkin.

Para fazer valer a integridade e coerência na proposta dworkiniana, cada juiz seria como um romancista ao decidir as questões que lhe são postas, assim deverá interpretar o que os juízes anteriores, em casos anteriores, decidiram, para que de acordo com a nova realidade inserida, possa acrescentar um novo conteúdo para a chamada história institucional, em um verdadeiro “romance em cadeia”.

Dworkin adverte que o juiz deve proceder a uma avaliação geral do que já foi dito pelos juízes anteriores. Porém, isso não quer dizer que ele tenha obrigação de se basear somente no que se encontra documentado na jurisprudência, vez que lhe é facultado alterar os rumos dessa história institucional de acordo com as possibilidades que se encontram no presente (STRECK; ALVIM; LEITE, 2016, p. 25).

O magistrado não deve, claro, reproduzir todas as decisões judiciais, porém filtrar, ao longo dessa história institucional, que ele também se propôs a construir ao

acrescentar um novo capítulo, os erros e acertos, adequando-os à nova realidade apresentada. Para Dworkin (2001, p. 326), o magistrado, portanto, deverá acrescentar um capítulo à história, e não simplesmente dar início a uma nova, desconsiderando todo o passado institucional.

Nesse sentido, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia. Dessa forma, é seu trabalho continuar essa história no futuro, por meio do que ele faz agora. Assim, ele deve interpretar o que antes aconteceu, tendo em vista sua responsabilidade de levar adiante a história institucional (integridade) e não partir em alguma nova direção (DWORKIN, 2001, p. 328).

Traçada a premissa da integridade dworkiniana, de modo a alcançar o objetivo principal deste estudo, qual seja o de demonstrar a vinculação da teoria da integridade com a boa-fé objetiva, o próximo tópico se compromete a analisar acerca desse instituto cada vez mais latente no âmbito do processo civil contemporâneo.

4 Da boa-fé e sua dicotomia subjetiva e objetiva

A boa-fé é empregada pelos juristas de maneira multiforme, a própria legislação a utiliza para designar diferentes fenômenos jurídicos, às vezes se tratando de simples conceito indeterminado, outras, porém, como princípio jurídico. Ora, em um patamar objetivo (norma de conduta), ora em sua acepção subjetiva.

Dentre as formas pelas quais se manifesta, a doutrina, na maioria das vezes, é clara no sentido de que esse fenômeno jurídico guarda aguçada natureza geral. Destarte, sendo a boa-fé expressão semanticamente vaga ou aberta, careceria de concretização contextual. Sua definição, dessa forma, encontra-se intrinsecamente ligada às circunstâncias e variações do caso concreto, daí se tratar de tarefa de difícil realização especificar um comportamento pautado por esse fenômeno jurídico.

Por ser uma cláusula geral, o conteúdo da boa-fé será auferido a partir de juízos valorativos com base no comportamento dos sujeitos da relação jurídica, sendo possível verificar a conformidade entre a conduta humana nos casos concretos e as exigências de justiça social. Dessa forma, investigará quais comportamentos seriam confiáveis com base nos costumes e circunstâncias de determinado tempo e lugar.

Assim, tratada como cláusula geral, a boa-fé carecerá da análise do magistrado. Por outro lado, essa atividade não se pode chegar ao arbítrio, ou seja, ao impressionismo jurídico. Porém, sabe-se que as consequências da violação de uma cláusula geral não poderão ser típicas; por outro lado terão seus efeitos jurídicos relacionados à realidade dos fatos.

A partir dessas considerações iniciais, cumpre salientar que a boa-fé se manifesta através de duas importantes vertentes: subjetiva e objetiva. A boa-fé subjetiva é a que se funda no erro ou na ignorância da verdadeira situação jurídica, estes que funcionam como pressupostos da crença do sujeito (da relação jurídica) na validade do ato ou da conduta humana. Tais pressupostos levam ao outro sujeito a crer que se está comportando conforme ao Direito (ZANELATO, 2015, p. 152).

Segundo Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2013, p. 407), “a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito. A lei civil, que também conhece a locução inversa – a má-fé – consagra-a, associando-lhe efeitos diversos”.

Dessa forma, essa concepção se oporia ao aspecto objetivo da boa-fé, objeto desta pesquisa, uma vez que esta última se alinha de imediato ao comportamento dos sujeitos. Destarte, enquanto a boa-fé subjetiva se compromete com o comportamento da parte prejudicada, por ter agido na crença, a objetiva, por outro lado, baseia-se na própria conduta das partes, por isso examinada externamente, independentemente de sua convicção.

Com efeito, à definição de boa-fé objetiva, encontram-se latentes os ideais das regras de condutas pautadas na honestidade, na lealdade, e, verdadeiramente, alicerçados na consideração com os interesses do *alter*. Insere-se a consideração com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade (MARTINS-COSTA, 2015, p. 11).

Segundo Nelson Rosendal (2007, p. 80), a boa-fé objetiva compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeira regra de comportamento, caracterizado por uma atuação em consonância com padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo que não frustre a confiança legítima da outra parte.

Portanto, da análise da boa-fé, é sempre dada considerável importância ao respeito à condição alheia, às expectativas e esperanças da outra parte. Tutela-se, portanto, a confiança de que todos pautem seus comportamentos de acordo com o que legitimamente é esperado de cada um. Dessa forma, restariam concretizados exigências de comportamento leal, correção e probidade nas relações jurídicas existentes. Daí ideias como de cooperação e lealdade entre os participantes que compõem a relação jurídica.

5 As dimensões da boa-fé no âmbito do Processo Civil e dos precedentes judiciais

A boa-fé objetiva no âmbito do CPC/15 torna-se como uma das grandes premissas do processo participativo inovado pelo atual Código de Processo Civil, de modo a estabelecer constante diálogo entre os sujeitos processuais, com assunção plena de responsabilidades, mas vedando comportamentos que infrinjam as finalidades da atividade processual (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 160).

Ao se fazer uma análise histórica desse instituto jurídico ao longo do processo brasileiro, no que tange ao Código de Processo Civil de 1939, este foi omissivo quanto à abordagem do tema. Por sua vez, o Código de 1973 trouxe, em seu bojo, no artigo 14, II, o dever de proceder com lealdade e boa-fé, mas havia restringido seu alcance às partes e procuradores. Felizmente, após sofrer algumas modificações direcionou esse mandamento a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, sobretudo o magistrado (CONGRESSO CATARINENSE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 2016, p. 11).

O CPC/15, gloriosamente, concretizando a adoção de um processo cada vez mais justo e democrático, pautado por valores constitucionais, consagrou em seu artigo 5º que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Destarte, sendo coerente com ideais de processo

comparticipativo e cooperativo, o estatuto processualista civil exige não só das partes mas também dos órgãos julgadores comportamentos pautados em integridade, probidade, lealdade e que correspondam às normas fundamentais do processo moderno.

Essa assunção de responsabilidades por cada sujeito processual revela-se mediante a interpretação de que cada um assume papel específico dentro do diálogo processual. Destarte, o sistema jurídico processual só será eficiente e legítimo quando não mais aceitar desvios de comportamentos desses sujeitos.

Válido ressaltar a ideia levantada pelos Enunciados 375, 376, 377 e 378 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis de 2018, pelos quais ao órgão jurisdicional também se aplica o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva. Dessa forma, a vedação de comportamento contraditório também alcançará o Estado-Juiz, de maneira que serão vedadas condutas dolosas desse órgão nos momentos em que é responsável por decidir as questões que lhe são postas.

Corolário da boa-fé objetiva, além de outros deveres como lealdade, probidade e confiança, insurge a vedação ao comportamento contraditório, também conhecido como *venire contra factum proprium*, muito abordado, especialmente, na jurisprudência atual. O Enunciado 376 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ao discorrer acerca do artigo 5º (dispositivo que disciplina a boa-fé processual) das normas fundamentais do CPC/15, vem realçar esse mandamento, no sentido de que “a vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional”. (Enunciado 376 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, 2018).

Retornando, pois, à problemática abordada no primeiro capítulo desta pesquisa, isso se torna extremamente interessante e necessário no que tange ao respeito dos órgãos julgadores aos precedentes judiciais. Cumpre registrar que é proibido ao magistrado proferir decisões diversas sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, e isso vale ainda que as demandas ou processos sejam distintos, violando as expectativas dos jurisdicionados que confiaram na manutenção de opinião do Estado-Juiz.

Portanto, aos órgãos julgadores, é vedado sinalizar uma conduta e futuramente contradizê-la, violando a legítima confiança investida nos jurisdicionados. Se isso fosse aceito, legitimaria, por exemplo, os magistrados a continuarem julgando como se estivessem em um grau zero de interpretação, desconsiderando toda a história do Direito até então construída.

Isso se concretiza especialmente quando se parte do princípio de que a boa-fé processual induz a previsibilidade e geração de expectativas legítimas. Dessa forma, cada órgão julgador deverá guardar fidelidade à palavra antes proferida, de modo que a confiança e a lealdade não resem violadas, e prosperem ideais de proteção e cooperação com os interesses dos demais sujeitos processuais.

Nesse sentido, nota-se verdadeira eficácia vinculativa de atos. O órgão julgador que os pratica gerando confiança nos demais sujeitos processuais de que aquela orientação de conduta seria mantida, ao alterar o comportamento, imprimindo-lhe direção oposta àquela original, frustra a expectativa de confiança e viola a boa-fé objetiva. Esse fenômeno agrava-se em situações nas quais há legítimo investimento econômico pautado por aquela expectativa (PENTEADO, 2006, p. 258).

Sobre tais aspectos, importante a análise do artigo 927 do CPC/15. Nessa óptica, possível perceber que a proteção da confiança e a segurança jurídica alcançaram outros níveis a partir do que delinea o legislador, “assim, o respeito a tais princípios é tratado como condição à validade das decisões judiciais modificativas de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos”. (SOUZA, 2015, p. 205).

Dessa forma, dispõe o parágrafo 4º desse dispositivo que 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.

Importante ressaltar acerca da possibilidade de modulação dos efeitos diante de hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores, ou mesmo da alteração de jurisprudência oriunda de julgamentos de casos. Assim, é de se entender que, havendo uma mudança de jurisprudência de decisão com efeitos vinculantes, ou nos termos do art. 927 do CPC/2015, ou que vá afetar o direito à coisa julgada no caso concreto, os julgadores poderão estabelecer eficácia prospectiva de suas decisões.

Nesse sentido, o Poder Judiciário encontra-se adstrito à aplicação do princípio da proteção da confiança. O Direito caminha sempre em torno de discussões acerca da permanência e evolução, mas não é aceitável que mudanças de jurisprudência acerca de determinado tema tenham eficácia retrospectiva sem qualquer proteção dos jurisdicionados que legitimamente se viam protegidos e se veem atingidos.

A confiança atua como uma antecipação de condutas futuras. Assim, as contrapartes legitimam-na, a partir das expectativas nelas alimentadas. Desse modo, precedentes judiciais que alimentem legítima confiança nos jurisdicionados só devem ser afastados quando presente o verdadeiro ônus de argumentação, de maneira que não os surpreenda com decisões conflitantes, sem embasamento normativo.

5.1 Vedação à contraditoriedade desleal do órgão julgador

Certas figuras são elencadas pela doutrina e jurisprudência como forma de controle à contraditoriedade desleal, dentre elas está o *venire contra factum proprium*. O que há em comum entre essas figuras é a vedação da contradição através da prática de uma conduta posterior.

Segundo Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2013, p. 745), o *venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, que são lícitos entre si, porém diferidos ao longo do tempo. O primeiro (*factum proprium*) tem-se por contrariado pelo segundo, provocando reações que devem ser evitadas. Tal exercício é tido, sem contestação pela doutrina que o conhece, como inadmissível.

É a deslealdade, além da contraditoriedade com a própria conduta, que está no núcleo do *venire contra factum proprium non valet*. Para a caracterização da ilicitude apanhada pela vedação ao *venire contra factum proprium*, é preciso que a segunda conduta frustre legítimo investimento de confiança, em razão da primeira (o *factum proprium*), pois a coibição implicada na parêmia *venire contra factum proprium non postest*

tem como bem jurídico proteger o *alter*, evitando a quebra de sua confiança legítima (MARTINS-COSTA, 2015, p. 617).

Nessa ordem de ideias, o que se busca tutelar através da vedação ao comportamento contraditório não é a conduta inicial do sujeito, mas a legítima confiança investida na outra parte em razão do primeiro comportamento. Inexistente o investimento de confiança legítimo, não há se falar em dever de coerência com a conduta posterior. Deve haver uma confiança de que a conduta inicial seria mantida.

Dessa forma, o Direito obriga, então, as pessoas a não se desvisarem dos propósitos que, em ponderação social, emergem da situação em que se achem colocadas. Assim, não devem assumir comportamentos que a contradigam. Por outro lado, deve-se respeitar o dever de lealdade com o que antes já foi construído e, conseqüentemente, alimentou confiança e expectativa nos demais componentes das relações jurídicas (CORDEIRO, 2013, p. 646).

À luz dessas considerações, pode-se indicar, portanto, quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: o *factum proprium*, ou seja, uma conduta inicial; a legítima confiança de outrem na manutenção do sentido objetivo dessa conduta; um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isso mesmo, violador da confiança); e, um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição (SCHREIBER, 2016, p. 86).

O comportamento contraditório ou retroativo assume, por sua vez, contornos mais significativos, quando praticado pelo Poder Judiciário. Trata-se da manifestação mais nociva e mais comum do *venire contra factum proprium*, tendo em vista que manifestado pelo ente mais influente da relação processual, qual seja o Estado-Juiz, e, no decorrer do assunto, será possível perceber que muitos desses comportamentos já foram analisados e perpassados por esta pesquisa.

O objetivo precípua do princípio da proteção da confiança é assegurar aos jurisdicionados a estabilidade de suas expectativas legítimas em face de mudanças de posturas estatais que o possam surpreender, ou mesmo retroagir em seu desfavor. Como ressaltado na análise acerca da teoria da integridade de Dworkin, atos emanados do Estado-Juiz não podem ter por base unicamente o futuro, de modo que desconsidere por completo tudo o que já foi construído no passado.

Evidentemente que o processo constitucional e democrático instaurado não mais se coaduna com decisões jurisdicionais discricionárias e de súbito pelo órgão julgador, de modo que jurisdicionados ou as partes que compõem a relação processual sejam pegos de surpresa quando diante da manifestação das respostas jurisdicionais.

O “voltar-se contra seus próprios passos” por parte do juiz tem profunda simbiose com a ruptura do princípio lógico-estruturante do processo civil, conforme já abordado, em que sua estruturação componente da totalidade de seus atos tem que ser voltada à realização do direito material violado. Com isso, ficam vedadas as retroações indevidas, havidas entre uma decisão judicial e outra que a antecedeu, seja dentro de uma mesma relação jurídica processual ou entre processos distintos, quando referida contradição puder atentar contra a boa-fé objetiva, frustrando as expectativas embasadas na confiança depositada na atuação jurisdicional. (BALZANO, 2016, p. 232).

Ao se fazer uma relação com as ideias supracolacionadas da boa-fé processual e o dever de coerência do ordenamento jurídico, tem-se que uma de suas dimensões trata, pois, do dever de não contradição, consoante Enunciado 455 do Fórum Permanente de Processualistas Civis de 2018, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo nas hipóteses de distinção ou superação.

Já a dimensão do dever de integridade jurídica tem seu alicerce na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico. Assim, tudo se volta para a garantia da unidade e segurança do sistema, uma vez que com a observância desses critérios a confiança alimentada nos jurisdicionados restaria preservada.

Destarte, não há como se admitir que o juiz ou qualquer de seus órgãos fracionários de jurisdição possam empreender no processo condutas retroativas que se voltem contrariando decisões anteriormente proferidas, de modo que viole situações já consolidadas no sistema jurídico.

Voltando a análise do artigo 926, do Código de Processo Civil, pelo qual se estabelecem como deveres dos Tribunais a integridade, a coerência e a uniformidade do sistema jurídico, as decisões advindas do Judiciário necessitam de ser compreendidas como uma unidade, de modo que prevaleça a estabilidade do sistema, isso quer dizer que as decisões jurisdicionais, ainda que provenientes de órgãos distintos, precisam ser resguardadas por critérios de coerência e linearidade.

Nesse sentido, esse dispositivo “serve para instituir claramente o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal. Ao ressaltar expressamente o dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro – o que implica torná-lo cognoscível, estável e confiável”. (MITIDIERO, 2015, p. 338).

Como já ressaltado ao longo da pesquisa, a liberdade de julgar não chega ao ponto de permitir a incoerência entre as respostas jurisdicionais. Assim, quer se afirmar, que o princípio do livre convencimento motivado, bem como o princípio da independência dos juízes, através do qual garante a liberdade de decidir, não são absolutos e não significam que os órgãos julgadores podem decidir como bem quiserem.

Larissa Gaspar Tunalá (2014, p. 237) elenca quatro hipóteses em que há espaço para análise de vedações de condutas contraditórias pelo órgão julgador, quais sejam: no campo das exceções à preclusão para o juiz; quando, pelo enfrentamento de questão não idêntica, o órgão decisor acaba por contradizer decisão anterior; para proteger legítimas expectativas extraídas da não decisão, ou seja, da omissão; e em casos de confiança rompida pelo Judiciário perante partes coincidentes em processos distintos, porém reunidos.

Nessas situações, possível perceber a configuração do *venire*, quando por um ato posterior decisório, o juiz se contradiz rompendo possíveis expectativas alimentadas nos demais sujeitos processuais. A última hipótese, que interessa a presente pesquisa, refere-se àqueles casos nos quais o órgão jurisdicional profere decisões contraditórias em demandas distintas, mas dotadas de mesmo contexto fático. Por essa razão, enseja nos demais jurisdicionados ou sujeitos processuais a expectativa

de que seriam tratadas da mesma forma, de modo que haveria uma similaridade de atuação entre órgãos decisores.

Vale ressaltar que não importa se haveria ou não a identidade física do juiz que exerceu a conduta inicial e posterior contradição, uma vez que ele não atua com pessoalidade, mas sim como representantes do Estado como um todo, destarte, perante os demais sujeitos processuais e jurisdicionados, representam um único polo, desinteressado e imparcial, agindo, pois, com unidade de identidade (TUNALA, 2014, p. 239).

Não se podem cancelar decisões contraditórias e incoerentes de modo que frustrate a confiança e expectativas dos jurisdicionados que acreditaram na manutenção da situação jurídica antes consolidada. Do mesmo modo, não se podem cancelar comportamentos jurisdicionais conflituosos, pois violam a virtude da integridade e coerência apresentados na proposta dworkiniana.

Nessa perspectiva, há quem reconheça que a dispersão jurisprudencial e sua falta de estabilidade comprometem fundamentalmente a credibilidade como um todo. Infelizmente, é o que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o excesso de dispersão da jurisprudência desacredita o Judiciário, trata-se de verdadeiro mal para a sociedade e jurisdicionados (WAMBIER, 2012, p. 39, *apud* SOUZA, 2015, p. 204).

É natural, como fora relatado, que a jurisprudência seja alterada, que os órgãos julgadores mudem seus posicionamentos e, para isso, existem critérios como superação e distinção de precedentes. Como se sabe, isso é inerente à evolução e interpretação do Direito que caminha de maneira a acompanhar os fatos e mudanças sociais. Por outro lado, o que não pode ocorrer é que os órgãos julgadores decidam desconsiderando toda a sua história institucional, ou seja, toda uma unidade do sistema jurídico.

5.2 Invalidade da decisão judicial por comportamento contraditório

Várias poderiam ser as consequências de um comportamento contra o princípio da boa-fé processual, como, por exemplo, o dever de indenizar, nos casos de dano, preclusão de um poder processual, sanção disciplinar e até mesmo nulidade de determinado ato processual.

Diante da impossibilidade de se realizar um estudo mais aprofundado, especialmente para este tópico, até mesmo pela extensão deste trabalho, a presente pesquisa limitou sua investigação acerca de eventual nulidade da respectiva decisão jurisdicional, que se atenta contra essa norma fundamental. Com os dados levantados neste estudo, tal possibilidade já muito usada pelos Tribunais seria plenamente possível para o caso em análise. Veja-se:

[...] quando há *venire* do juiz, a consequência é uma só: buscar a situação de reequilíbrio da confiança do jurisdicionado no órgão julgador. Quando o *venire* é praticado pelas partes, além do restabelecimento de confiança, há a possibilidade de valoração da conduta (o que certamente não se aplica ao órgão julgador, já que sua conduta não pode servir de indício) e, ainda, aplicação de sanção por litigância de má-fé (que tem por destinatário apenas os sujeitos parciais, afinal, o juiz sequer

litiga, seus interesses particulares não estão envolvidos no processo). (TUNALA, 2014, p. 245).

Antonio do Passo Cabral (2010, p. 234), por sua vez, em seu consistente estudo acerca das nulidades processuais, usando as palavras do autor Othmar Jauernig, afirma que a violação à norma da boa-fé, tanto quanto aos princípios a ela correlatos, como o princípio da cooperação, muito lembrado neste estudo, gera atos inválidos. Para corroborar, ainda afirma que diante da regra da presunção da boa-fé dos sujeitos do processo, para que um ato processual seja anulado em razão do desrespeito a esse instituto, faz-se necessário verdadeiro ônus argumentativo para que prove em contrário a referida presunção.

Imprescindível também a colocação de Judith Martins-Costa (2015, p. 578), que defende que “só haverá nulidade (em regra) por infração à lei, salvo se outra solução, que não a nulidade, está prevista no sistema”. Nesse sentido, se a norma jurídica prevê outra penalidade para o ato que foi infringido, não haverá nulidade. Lado outro, quando a lei proíbe a prática de um ato e comina, tipifica determinada sanção, não será o caso de incidência de nulidade, mas sim da sanção cominada.

Considerando que o Código de Processo Civil não é suficientemente claro quanto à consequência da violação da boa-fé processual por parte do órgão julgador no campo do respeito ao uso dos precedentes judiciais, poderia se chegar à conclusão também da nulidade processual pelo simples fato do legislador ser omissivo quanto à questão, ademais por também se tratar de análise do plano da invalidade sobre a violação do *venire* por parte do magistrado.

6 Conclusão

Evidente que a tratativa usada durante a pesquisa foi essencialmente cautelosa, uma vez que o objetivo não era expressar de forma explícita acerca do grau de vinculação ou obrigatoriedade dos precedentes judiciais, mas sim exaltar a importância de que eles deverão ser seguidos.

Invoca-se, durante este trabalho, o dever de respeitá-los, considerando, especialmente a redação do artigo 926 deste diploma, que estabeleceu deveres gerais ao Poder Judiciário como forma de alcançar a concretização da segurança e estabilidade jurídicas das decisões judiciais, de modo que se reconhece, nesse ponto, o incontestável avanço do estatuto processualista civil de 2015.

Evidente a constatação da ausência de comprometimento e de plena motivação das respostas jurisdicionais, verdadeira dispersão jurisprudencial, especialmente quando da aplicação posterior dos precedentes em casos concretos similares. Tornou-se corriqueira a situação de que os julgadores simplesmente ignorem as circunstâncias fáticas inerentes aos casos concretos, de modo que decidam única e exclusivamente com sua consciência e da forma como bem lhes aprouver, tratando a lide como apenas mais uma que chega ao Judiciário, levando-se ao colapso o sistema jurídico.

À vista do exposto, foi possível perceber que é inadmissível que o magistrado decida questões análogas, de maneira diversa, a não ser que se valha de critérios de distinção ou superação de precedentes, além de específico ônus argumentativo. Não

bastasse a falta de razoabilidade em decidir com profundo desrespeito aos postulados da teoria da integridade de Dworkin, tal posição se amolda aos pressupostos do comportamento contraditório, comumente vedado por esse ordenamento, pois viola a boa-fé processual, os critérios da confiança, e ao modelo de cooperação estabelecido no processo, sem citar o rompimento com a segurança e estabilidade do sistema.

Para relembrar, os pressupostos do comportamento contraditório são: o *factum proprium*, ou seja, uma conduta inicial; a legítima confiança de outrem na manutenção do sentido objetivo dessa conduta; um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isso mesmo, violador da confiança); e um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição. Como visto, o que se visa proteger com a figura do *venire contra factum proprium* é a confiança que é decorrente da conduta inicial proferida e que teve sua expectativa alimentada frustrada.

Ademais, possível chegar à conclusão de que as consequências da contraditoriedade pelo magistrado, quando configurada, são diversas daquelas que resultam do comportamento divergente das contrapartes. Como pesquisado, possivelmente estar-se-ia diante de nulidade do provimento jurisdicional, já que diante do plano da validade. Além disso, não há uma sanção específica e determinada pelo CPC/15 para essa hipótese, o que justifica, mais uma vez, a nulidade no presente caso.

Ao chegar à análise da tutela da boa-fé processual, bem como de seus princípios correlatos (princípio da cooperação e proteção da confiança), inevitável, pois, o reconhecimento da relação entre os pressupostos dworkinianos e a proposta participativa do processo.

Ambos vêm com o mesmo objetivo, assegurar a consistência e estabilidade do Direito, bem como a proteção das expectativas e confiança (o que relaciona a tutela desta última à vedação do comportamento contraditório), criadas pelos jurisdicionados ao acreditarem na manutenção da uniformidade das respostas dos órgãos julgadores, de modo que também fomente sua evolução e que corriqueiramente vêm sendo violados pelos órgãos julgadores.

Também foi possível perceber que a aplicação do princípio da proteção da confiança em relação à atividade judicial advém do fato de ser imprescindível uma compatibilização da necessidade de proteção de expectativas dos jurisdicionados com a chamada independência judicial, uma vez que alterações bruscas de entendimentos judiciais consolidados devem ser coibidas. Como ressaltado, tais alterações poderiam ocorrer, desde que haja verdadeiro ônus de fundamentação.

Tem-se que o Código de Processo Civil de 2015, além de proporcionar meios como distinção e superação de precedentes judiciais respaldando-se de ônus argumentativo, também tipificou, em seu dispositivo 927, a possibilidade de modulação de efeitos da alteração de jurisprudência, e em simetria aos outros métodos, deverá em sua fundamentação enfrentar, de forma específica, princípios como segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia, a fim de se respeitar a confiança legítima do jurisdicionado no entendimento que até então prevalecia na jurisprudência.

Assim, é de se entender que o que ocorre, na realidade, é um sopesamento entre os valores do Código de Processo Civil, sendo que, por um lado, justifica a manutenção de opinião do sistema e de outros que dão base à necessidade de afastamento e evolução do Direito.

À vista do exposto, o que se pode concluir é que, sempre que o Estado-Juiz concluir pela necessidade da mudança decisória, deve-se procurar atenuar o impacto da modificação para aqueles (jurisdicionados) que confiaram nos efeitos até então consolidados.

Referências

BALZANO, Felice. *O venire contra factum proprium no processo civil brasileiro: o princípio da irretroatividade*. 2016, 277 f. (Tese de Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19837/2/Felice%20Balzano.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3782-9/cfi/4!/4/4@0.00:21.9>. Acesso em: 29 ago. 2018.

CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais*. 2017, 378 f. (Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais online*. v. 786, p. 108-128, 2001. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600001658bdd2084c60051dd&docguid=Idc171550f25011dfab6f010000000000&hitguid=Idc171550f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=12&context=31&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 ago. 2018.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole Naiara. Uniformização da jurisprudência e precedentes judiciais. *Revista dos Tribunais online*. v. 978, p. 227-264, abr. 2017. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500001658c79efada58055b3&docguid=I67fe03f003af11e78f6e0100000000000&hitguid=I67fe03f003af11e78f6e0100000000000&spos=1&epos=1&td=961&context=264&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 jul. 2018.

CONGRESSO CATARINENSE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 2, 2016, Santa Catarina. *Princípio da boa-fé: fundamento axiomático do princípio da cooperação na ótica da nova processualística brasileira*. Santa Catarina: UNIVALI, 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10191/5738>. Acesso em: 29 set. 2018.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2013. 1406 p.

DIDIE JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. São Paulo, 09, 10 e 11 de março de 2018. 2018. Disponível em: http://www.danielort.com.br/wp-content/uploads/2018/05/IX_Forum_Permanente_de_Processualistas_C.pdf. Acesso em: 01 ago. 2018.

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

FIUZA, César. O princípio da boa-fé como ferramenta de solução de conflitos na esfera contratual. *Revista dos Tribunais Online*. v. 103, fev. 2016. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001658c8c9a90142574af&docguid=Iede91f70db2111e59aef010000000000&hitguid=Iede91f70db2111e59aef010000000000&spos=5&epos=5&td=16&context=300&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 08 jul. 2018.

MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais Online*. v. 237, p. 369-401, nov. 2014. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001658c47ba9a42627464&docguid=I6407777059ae11e4adcb010000000000&hitguid=I6407777059ae11e4adcb010000000000&spos=11&epos=11&td=4000&context=191&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista dos Tribunais Online*. v. 918, p.351-357, abr. 2012. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001658c7413f995c6328d&docguid=If8cd3d808a8111e1ba5b00008517971a&hitguid=If8cd3d808a8111e1ba5b00008517971a&spos=1&epos=1&td=215&context=240&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.
Acesso em: 10 ago. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil Ltda., 2015.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código De Processo Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais Online*. v. 245, p. 333-349, jul. 2015.
Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001658d7eafc562b27d72&docguid=Ifb4e32d0418511e5b17b010000000000&hitguid=Ifb4e32d0418511e5b17b010000000000&spos=17&epos=17&td=24&context=118&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em: 30 ago. 2018.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit curia e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, jul./set. 2014. Disponível em:
<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181689>. Acesso em: 30 ago. 2018.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista dos Tribunais Online*. v. 263, p. 335-396, jan. 2017. Disponível em:
<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001658c2b62ae60b1a28f&docguid=I561d9120bc2c11e68128010000000000&hitguid=I561d9120bc2c11e68128010000000000&spos=17&epos=17&td=394&context=144&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em: 25 ago. 2018.

NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2018. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978112/cfi/6/32!/4/754/2@0:55.9>. Acesso em: 27 ago. 2018.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista dos Tribunais Online*. v. 27, p. 252-278, jul./set. 2006. Disponível em:
<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001658db2bea8f4a2ac9f&docguid=I3f2120e0f25211dfab6f010000000000&hitguid=I3f2120e0f25211dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=243&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.
Acesso em: 30 ago. 2018.

ROSENVALLD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2016. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007152/cfi/6/2\[vnd.vst.idref=cover\]!](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007152/cfi/6/2[vnd.vst.idref=cover]!). Acesso em: 25 de jul. 2018.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. O princípio da proteção da confiança e o novo código de processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais Online*. v. 247, p. 197-227, set. 2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016625f07d4972f44d5f&docguid=I5726b4a06fe011e586fc010000000000&hitguid=I5726b4a06fe011e586fc010000000000&spos=9&epos=9&td=4000&context=13&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. 1. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 208 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203269/cfi/208!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 11 ago. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2016.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. 2014. 281 f. (Dissertação de Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03122015-101037/pt-br.php>. Acesso em: 27 ago. 2018.

ZANELATO, Marco Antonio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista dos Tribunais Online*. v. 100, p. 141-194, jul./ago. 2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001658d7a405f600a2bbe&docguid=I878c93906c3d11e5bc1301000000000000&hitguid=I878c93906c3d11e5bc1301000000000000&spos=7&epos=7&td=4000&context=89&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 jul. 2018.

A regressividade da Matriz Tributária Brasileira e a desigualdade social

The regressivity of the Brazilian Tax Matrix and Social Inequality

Rafael Lucas Barros Botelho

Aluno do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: rafaelbbotelho@yahoo.com.br

Samir Vaz Vieira Rocha

Advogado e Professor do UNIPAM. Orientador do trabalho.
E-mail: samirvrocha@unipam.edu.br

Resumo: A tributação é a principal fonte de renda do Estado. As arrecadações são transformadas nos recursos necessários para a promoção de todos os direitos previstos na Constituição. Devido às grandes desigualdades existentes no país e a ineficácia do Estado em garantir o acesso ao mínimo existencial, elaborou-se um estudo que analisou a história e a função social do tributo, a Matriz Tributária brasileira, constatando se é essa regressiva ou não, bem como respondeu ao importante questionamento: a Matriz Tributária brasileira tem contribuído para com a geração da Desigualdade Social? Na confecção desse trabalho, realizou-se a análise de textos e dados referentes ao tema, sejam eles de doutrina, artigos, legislação pátria, publicações na rede mundial de computadores e outros mais, utilizando-se, para tanto, do método dedutivo.

Palavras-chave: Matriz Tributária. Justiça Social. Tributo. Função Social.

Abstract: Taxation is the main income source for the state. Collections are transformed into resources necessary to promote all the rights provided for in the Constitution. On account of the great inequalities existing in the country and the inefficiency of the State in guaranteeing the access to the minimum existential, a study was elaborated which analyzed the history and the social function of the tribute, the Brazilian Tax Matrix, verifying whether it is regressive or not, well as it answered the important question: Does Brazilian Tax Matrix have contributed to the establishing of Social Inequality? In the accomplishment of this work, texts and data related to the subject were analyzed, whether doctrine, articles, national legislation, and worldwide network of computer publications and others, using the deductive method.

Keywords: Tax Matrix. Social justice. Tribute. Social role.

1 Considerações iniciais

Com as Revoluções Industrial e Francesa, o ordenamento jurídico sofreu importantes alterações, que consistiram na retirada do poder das mãos do monarca e na concessão de direitos a todos os membros da sociedade.

No espectro histórico, acompanha-se a evolução trazida aos ordenamentos que, em suas constantes modificações, passam a prever cada vez mais direitos aos cidadãos e uma crescente diminuição do poder monárquico.

É possível que se compreenda a evolução do Estado de Absolutista para o Liberal, que, por sua vez, transmuta-se em Social, que culmina no chamado Estado Democrático de Direito. Insta salientar que essa evolução promoveu a separação da coisa pública e privada, além da imposição de posturas, ora negativas, ora positivas, por parte do Estado para fomentar o que se denominou de direitos e garantias individuais, bem como promover a Dignidade da Pessoa Humana e a Justiça Social.

A evolução histórica mencionada gerou uma dependência do Estado para com a propriedade da sociedade, visto que este necessita do capital para manter-se, assim como garantir o supracitado previsto na Constituição. Nesse sentido, leciona Gassen (2009, p. 4):

A cisão entre Estado e propriedade produziu nos Estados contemporâneos uma dependência econômica desses em relação à sociedade. Uma dependência econômica do Estado em relação ao patrimônio individualizado na sociedade. Neste sentido, o Estado, para que tenha os aportes econômicos necessários para a sua manutenção, precisa se apropriar da propriedade alheia, ou seja, da propriedade de seus cidadãos.

Ao analisar o cenário político-social brasileiro, nota-se uma situação de desigualdade social e de incapacidade do Estado em promover a garantia ao acesso do mínimo existencial e a efetividade dos direitos garantidos na Constituição Federal de 1988.

Entre os objetivos essenciais do Estado, encontram-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, conforme extraído do art. 3º da Carta Magna. Deste modo, infere-se do texto constitucional que a promoção da Justiça Social é função primordial do Estado.

O poder de tributar do Estado é seu meio essencial de obtenção de rendas. A tributação desenvolve, além do papel de prover e manter o Estado, um importante pilar da promoção do bem coletivo e do atendimento das demandas sociais. A solidariedade social é um princípio constitucional, conforme se depreende do artigo 3º, I, da CF/88: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Nesse sentido, leciona Machado (2010, p. 50):

A solidariedade social não é apenas uma ideia. É um princípio de nosso Direito Positivo, pelo menos a partir da Constituição Federal de 1988, que alberga expressamente em dispositivos segundo o qual constituem objetivos fundamentais de nossa República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I da CF/88).

Nessa ordem de ideias, Gassen (2009, p. 56) aduz:

Há assim, no Estado Constitucional, uma legitimidade normativo-institucional e uma legitimidade substancial, vinculada ao cumprimento por parte do Estado de

um conjunto de tarefas que são entendidas como essenciais à vida em sociedade e que justificam a sua intervenção e existência.

Diante dessa construção, compreende-se que a tributação é a principal fonte de renda do Estado. As arrecadações são transformadas nos recursos necessários para a promoção da saúde, da educação, da segurança e dos variados direitos inerentes ao cidadão.

Nesse contexto, destaca-se a intrínseca relação entre a arrecadação dos tributos e a promoção da igualdade.

Para a confecção desse trabalho, realizou-se a análise de textos alusivos ao tema, como doutrina, artigos, legislação pátria, dados publicados na rede mundial de computadores e outros mais, utilizando-se, para tanto, do método dedutivo.

Assim, o presente estudo analisou a função social do tributo, a Matriz Tributária Brasileira, constatando se é essa Regressiva ou não, bem como respondeu ao importante questionamento: a Matriz Tributária Brasileira tem contribuído para com a geração da Desigualdade Social?

2 O Estado e sua formação

Nos primórdios, o homem vivia isolado ou em pequenos grupos familiares. Por necessidade, considerando a ideia de sociedade natural defendida por Aristóteles, Marco Tulio, Cícero e Santo Tomás de Aquino ou por produto de acordo de vontades, quando se opta pelas concepções dos contratualistas Platão, Hobbes e Rousseau, formou-se o que se denomina de sociedade.

O homem socializou-se, e assim surgiram divisões de trabalho, e houve modificações constantes na maneira como os grupos se relacionavam. A sociedade tornava-se cada vez mais complexa.

Numa visão genérica do desenvolver da vida do homem sobre a Terra, desde os tempos mais remotos até nossos dias, verificamos que, à medida que se desenvolveram os meios de controle e aproveitamento da natureza, com a descoberta, a invenção e o aperfeiçoamento de instrumentos de trabalho e de defesa, a sociedade simples foi-se tornando cada vez mais complexa. Grupos foram-se constituindo dentro da sociedade para executar tarefas específicas, chegando-se a um pluralismo social extremamente complexo. (DALLARI, 2013, p. 31)

Esse complexo processo de convivência em sociedade vai dar origem ao que se denominou de Estado.

3 A origem e a evolução histórica dos tributos

A história aponta que a origem dos tributos acompanhou a evolução dos homens, desde as primeiras sociedades, com o surgimento dos líderes tribais, chefes guerreiros e políticos.

As origens históricas do tributo confundem-se com as origens da própria história do homem em seu viver social. Podemos afirmar que o início da atividade tributária dos grupos humanos situa-se nos mais remotos tempos da história da humanidade. (BALTHAZAR, 2005, p.19).

Estudos indicam que as primeiras contribuições tributárias ocorreram de forma voluntária, logo após passaram a possuir um caráter compulsório, quando os países vencedores exigiam a entrega dos bens dos países derrotados. Foram encontrados textos que mencionavam cobrança de tributos na Antiguidade, que datam de 2530 a. C.

Estudos indicam ter sido voluntária a primeira manifestação tributária, em forma de presentes ou ofertas destinadas aos líderes ou chefes, por seus serviços ou sua atuação em favor da comunidade. (BRASIL, 2014, p. 12).

Na Antiguidade, o tributo era desprezado pelos cidadãos que o consideravam oneroso, servil e com caráter de dependência entre os países vencedores e derrotados, durante as guerras. (BALTHAZAR, 2005, p. 17).

Na Grécia, no século VII a. C., vislumbrou-se a criação de um tributo instituído pelo Estado. “Na Grécia (século VII a. C.) instituiu-se o tributo administrado pelo Estado, como conhecemos hoje. À custa do trabalho escravo e dos tributos pagos pelos cidadãos, os gregos construíram uma das maiores civilizações do mundo antigo” (BRASIL, 2014, p. 12).

Na Idade Média, com a queda do Império Romano, houve a divisão das terras em pequenas porções denominadas feudos, sendo que cada feudo possuía um senhor. A sociedade era formada pelos nobres, os senhores feudais e pelos camponeses, os quais eram obrigados a pagar tributos entregando àqueles a melhor parte de suas colheitas.

Na Idade Média, os tributos não eram pagos a um Estado, mas sim a uma pessoa, o senhor Feudal. (BALTHAZAR, 2005, p.17).

O que restava era o suficiente apenas para a sobrevivência do camponês e sua família. Os servos estabeleciam com seus senhores uma relação hereditária de dependência conhecida como vassalagem. Em troca de proteção, ofereciam seu trabalho e pagavam pesados impostos. (BRASIL, 2014, p. 13).

Na Idade Moderna se desmantelaram os feudos, formaram-se os pequenos reinos, que cresceram e deram origem aos Estados Nacionais. Nessa fase, os monarcas cobravam impostos de seus súditos. Vislumbrou-se o nascimento do Estado Absolutista. “Somente os reis, já então fortalecidos pela criação dos Estados Nacionais, tinham permissão para cobrar tributos de seus súditos. Essa prática permitia reunir tamanha fortuna em moedas de ouro e prata para financiar as grandes viagens” (BRASIL, 2014 p. 15).

Nessa fase, a tributação era estabelecida sem qualquer justificativa, visto que o poder se encontrava integralmente nas mãos do Rei.

O tributo assumia a forma e a natureza de um direito próprio do detentor do poder, de ser sustentado e mantido por contribuições dos súditos, medido normalmente por captação, por volume de produtos da fruição de bens realengos, ou por penalização imposta aos vencidos em acto de guerra; época longa e indefinida, marcada por manifesto amorfismo, nem sempre provida de organização e sistema, entroncada no costume, nos foros locais, na discricionariedade, e quase sempre sem subordinação a regras de direito ou normas de justiça. (FAVEIRO, 1984, p. 29).

A Idade Contemporânea, marcada pela Revolução Francesa, instaura uma República pautada na Igualdade, na Liberdade e na Fraternidade. Essa fase é determinada pela separação entre o Estado e a Propriedade, na retirada do poder das mãos do monarca e de concessão de direitos a todos os membros da sociedade. O tributo passa a ser uma instituição com fundamentação e finalidade, balizado por normas de direito que estabelecem direcionamentos.

Pode dizer-se que o imposto, como instituição, com disciplina, ordenação, fundamentação filosófica e finalidade concreta dentro da própria estrutura do Estado, é um fruto do humanismo renascentista, que, começando por recriar o direito, na base do jurisnaturalismo, da consideração do homem, da pessoa humana, como centro e de toda a organização política e social deu origem à formação de um direito público até então quase inexistente, destinado a determinar os fundamentos jurídicos do poder político e a estabelecer a relação, de direito, entre os governantes e os governados, por forma a suprimir os abusos do poder, legitimar e delimitar a acção do Estado, e tornar eficiente a função que lhe cabe de disciplinar as relações dos homens em sociedade (FAVEIRO, 1984, p. 29-30).

Após a Revolução Industrial, surgiram doutrinas sociais sobre o tributo, definindo-o como instrumento promotor da justiça social. O tributo passa a ser visto como mecanismo para a manutenção e desenvolvimento da coletividade.

No Brasil, à época do descobrimento e das primeiras expedições, situada cronologicamente de 1500 a 1532, tem-se o ponto de partida da tributação no país (naquele tempo conhecido como Ilha de Vera Cruz), com o estabelecimento do quinto do Pau-Brasil, instituído pela Coroa portuguesa, cobrado dos particulares autorizados à prática da extração.

Com o início da lucrativa extração do pau-brasil (para a fabricação de corantes para tecidos), entre 1526 e 1532 começou a ser cobrado o primeiro tributo no Brasil, o quinto do pau-brasil. Instituído pela Coroa portuguesa, detentora do monopólio de todas as riquezas encontradas no território brasileiro, tal tributo era cobrado dos particulares autorizados à extração. (BALTHAZAR, 2005, p. 35).

Adiante, de 1532 a 1548, Portugal, pensando em proteger a posse do território recém-descoberto, estabelece o sistema das Capitânicas Hereditárias, no qual há a

concessão de terras a particulares que promoveriam a povoação da colônia bem como a extração de mercadorias.

[...] como o propósito de resguardar as terras recém-descobertas, o então soberano português D. João III resolveu povoar o Brasil servindo-se dos nobres e fidalgos portugueses. Em 10 de março de 1534, o litoral do Brasil foi dividido em quinze partes, atribuídas a donatários, com direito de sucessão – por isso denominadas - capitânicas hereditárias. (BRASIL, 2014, p. 18).

Além da povoação e proteção do território, a Coroa vislumbrava a possibilidade da arrecadação de tributos que auxiliariam nas dificuldades financeiras que atravessava Portugal, que havia perdido o monopólio do comércio de especiarias com as Índias. Nesse contexto, houve a estipulação de novos tributos divididos em: Rendas do Real Erário e Rendas do Donatário. “Em função da sistemática adotada pelo governo português nas capitânicas hereditárias, podemos dividir os tributos então cobrados em duas modalidades: Rendas do Real Erário e Rendas do Donatário” (BALTHAZAR, 2005, p. 39).

No Governo Geral, de 1548 a 1763, observa-se a ocorrência de algumas isenções fiscais e a imposição de tributos extrafiscais, como impostos excepcionais para custear gastos da Coroa portuguesa. Os rendeiros, responsáveis pelas cobranças possuíam poderes para garantir as arrecadações, inclusive poderiam prender qualquer contribuinte em atraso com suas obrigações.

Já nesta época, registraram-se episódios de isenções fiscais, beneficiando os senhores de terra, para o cultivo de determinados produtos de interesse lusitano. Ocorria, frequentemente, a imposição de uma tributação extrafiscal, exigindo-se dos colonos, por exemplo, impostos excepcionais para custear gastos com o casamento do príncipe, reconstrução de Lisboa etc. (BALTHAZAR, 2005, p. 42-43).

No período compreendido entre 1763 a 1822, as tropas de Napoleão Bonaparte invadem Portugal, o que ocasiona a fuga da família real para o Brasil, que passa a ser a sede da família real portuguesa. A mudança da família real traz enormes despesas, o que culmina no aumento dos tributos já existentes e a criação de novos.

A vinda da família real portuguesa para o Brasil, devido às invasões napoleônicas, ocasionou uma série de inovações tributárias na Colônia. Foram instituídos tributos sobre produtos importados (alíquota de 15% para mercadorias vindas da Inglaterra, 16% para as adquiridas em Portugal e 24% para o restante); 10% sobre os imóveis urbanos (décima parte dos prédios urbanos e mais tarde imposto sobre os prédios urbanos); pensão para a capela imperial; contribuição de polícia; imposto de sisa sobre os bens da raiz (imóvel urbano, mais tarde denominado imposto sobre transmissão imobiliária por ato *inter-vivos*). (BALTHAZAR, 2005, p. 66).

Em 1822, com a independência do Brasil, inaugura-se o período Imperial, que se estende até o ano de 1889. Nesse período, destaca-se a decretação do Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, marco do surgimento de um Direito Tributário Nacional.

Foi somente após a decretação do Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 que foram traçados limites e os fundamentos do Direito Tributário Nacional. A partir de então sucederam-se as disposições que criaram, alteraram e suprimiram tributos, modificando as competências tributárias. (BRASIL, 2014, p. 19).

No período republicano brasileiro, inaugurado em 1889, observa-se a evolução do Direito Tributário Nacional, bem como a internalização das funções do tributo pelas cartas constitucionais que se sucedem. No diploma legal vigente, qual seja a Constituição Federal de 1988, há o estabelecimento de normas que sustentam o direito tributário e garantem o reconhecimento da função social do tributo.

A constituição Federal de 1988 ampliou e garantiu os direitos sociais. Para isso foi necessário instituir e aumentar tributos mediante a Legislação Ordinária, o que elevou substancialmente a carga tributária.

Dessa maneira, é possível extrair que atualmente o tributo encontra balizas legais para sua instituição e possui propósito definido: precisa cumprir com a finalidade social a que se propõe o Estado.

4 A função social do tributo

Para o desempenho de toda e qualquer atividade, o Estado necessita de uma fonte de renda, um meio de obtenção de meios materiais para a concretização de suas funções.

Depreende-se que o poder de tributar é ferramenta para suprir os cofres públicos de recursos suficientes à manutenção dos serviços públicos, promovendo, assim, a satisfação dos interesses coletivos, satisfação esta que caracteriza precipuamente a função do Estado. (PINHEIRO, 2016, *online*).

Desde suas organizações mais rudimentares, o Estado – independentemente da concepção que se venha a adotar a seu respeito – sempre necessitou de recursos financeiros para a consecução de seus objetivos fundamentais. Seja para fortalecer as fronteiras do Império contra as invasões bárbaras, seja para prestar serviços básicos indispensáveis à população, como saúde, educação, segurança ou moradia, o Estado vai precisar angariar recursos de alguma forma. (CASTRO; LUSTOZA; GOUVÊA, 2018, p. 25).

O Estado tem no poder de tributar o mecanismo para a promoção dos Direitos previstos no texto magno, isto porque a tributação é a sua principal fonte de renda, sendo, portanto, a origem dos recursos para a promoção da saúde, da educação, da segurança e de vários outros direitos inerentes ao cidadão.

A prestação de serviços públicos e a manutenção do patrimônio coletivo implicam elevados gastos, daí por que o Estado, como regra, não pode prescindir de exigir de seus administrados prestações de caráter compulsório qualificadas como tributos. (COSTA, 2014, p. 16)

Com a análise histórica do surgimento do tributo, percebe-se a evolução de sua função que parte da liberalidade do detentor do poder até a garantia do mínimo existencial. É conexo inferir que a tributação evoluiu junto às formas do estado.

Nesse diapasão, é possível dividir a tributação em três grandes fases: a primeira anterior ao Renascimento, a segunda após o Renascimento e a terceira após a Revolução Industrial.

Na primeira fase, anterior ao Renascimento, temos um Estado Absolutista, em que o monarca, detentor do poder, utilizava-se de sua discricionariedade e força para governar ao seu entendimento. Quanto a esse período, dita Gassen (2009, p. 4): “Estado e propriedade confundiam-se em um espaço em que tudo e todos pertenciam ao Estado”.

Os tributos, nessa fase, eram estabelecidos pelo monarca que os recolhia e administrava conforme seu próprio interesse.

Nesse sentido, leciona Kinchescki (2012, p. 453):

Antes da Revolução Francesa, o rei, ou o príncipe, considerava o que atualmente seria o erário público como sua propriedade, concentrado todo o poder em suas mãos, confundia-se o governante com a própria figura do Estado. O poder era absoluto, metafísico, concepção que justificava a cobrança de tributos conforme os interesses individuais do governante, que não eram, necessariamente, os mesmos da coletividade.

A segunda fase do tributo é vislumbrada na ruptura com o Estado Absolutista, a qual tem início com a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra, seguida pelo *Habeas Corpus Act* em 1679 e o *Bill of Rights* em 1689. Esses documentos começam a limitar o poder do Rei e são os atos que vão abrir caminho para a Revolução Francesa, marco do nascimento dos Direitos e Garantias individuais e da evolução do Modelo de Estado, que deixa de ser Absolutista e passa ao denominado Estado Liberal.

Nesse momento de ruptura, após a Revolução Francesa, observa-se o surgimento da Primeira Dimensão dos direitos humanos, denominados negativos, por exigirem do Estado uma abstenção, estando eles ligados às Liberdades. Segundo Bobbio (2004, p. 20), são “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado”.

Em ato contínuo, cabe destacar o surgimento da segunda geração de direitos, que está atrelada à Igualdade e exige do Estado uma postura positiva para que seja efetiva e do advento da terceira geração de direitos, que está ligada à Fraternidade e exige do Estado ações ora positivas, ora negativas para sua garantia.

Nessa fase, contempla-se o surgimento de um pacto tributário. O tributo deixa de ser ato discricionário do governante e passa a ter limitações e finalidades

específicas. O Estado, então, depende de parte da propriedade privada para sua manutenção, que seria arrecadado através de tributos, que necessariamente precisavam ser fundamentados.

Na segunda época, posterior ao Renascimento, o tributo perde o caráter costumeiro e discricionário, dependente do anseio do soberano, e a ele destinado, e passa a ser visualizado como realidade jurídica, com bases claras e ordenadas em sua estrutura. (KINCHECKI, 2012, p. 454).

Na terceira fase da tributação, alocada após a Revolução Industrial, o Estado Liberal, em continuidade às constantes revoluções, transmuta-se, e hoje perdura o chamado Estado Democrático de Direito. O tributo, nessa fase, passa a assumir um papel de distribuição das riquezas e de realização das necessidades públicas.

O tributo é meio de concretização da participação individual na realização do bem comum, ensejando o ideal da vida em sociedade que é a comunhão de esforços. Por um lado, o particular tem o dever de pagar o tributo; por outro, o Estado tem o dever de empregar o que arrecada em benefícios coletivos. (PINHEIRO, 2016, *online*).

Com o passar dos anos, sobretudo quando da transição do Estado Liberal para o Estado Social, as tarefas atribuídas ao Estado foram aumentando significativamente. A partir de então, não bastava apenas conferir estabilidade e segurança aos cidadãos, cabendo ao novo Estado de Bem-Estar Social a prestação de uma série de serviços, como educação, saúde, habitação, justiça e lazer. (CASTRO; LUSTOZA; GOUVÊA, 2018, p. 26).

Hoje, a função social do Tributo encontra-se consubstanciada no artigo 3º da Constituição Brasileira de 1988, que elenca, entre seus objetivos essenciais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Cada sociedade, em cada realidade histórica própria, deve indicar e compor a função social de cada Estado. No Brasil, a busca das justiça social, tributária e fiscal foi imposta pela Constituição e a função social deve ser entendida como a principal função do Estado brasileiro atual para a realização da justiça social. (MOTA, 2010, p. 200).

Nesse diapasão, é de clareza solar a função social do tributo assumida no Estado Democrático de Direito que se vive no Brasil. O tributo, muito além de fornecer recursos financeiros ao Estado, deve garantir a efetivação dos direitos e garantias individuais e a promoção da Justiça Social.

Cabe destacar o que é praticar a Justiça Social. Nesse sentido, ensina Leonetti (2003, p. 174.):

A Justiça Social é praticada quando, simultaneamente: a) os ônus e os bônus do todo social são repartidos entre todos, de acordo com critérios prévia e

democraticamente definidos e segundo a capacidade e necessidade de cada um; e b) é assegurado a cada indivíduo o mínimo indispensável a uma vida digna.

Justiça Social é a promoção da repartição dos ônus e do que é devido a cada cidadão, extrapola o ponto de vista econômico, englobando-se nesse conceito a justiça distributiva, o acesso às liberdades, às oportunidades sociais, direitos civis, em suma, o acesso a todo conteúdo jurídico contido na Constituição.

5 Os princípios constitucionais e a função social do tributo

A importância da análise de alguns princípios para discorrer quanto à tributação e à promoção de igualdade e justiça social encontra baliza em dois pontos. O primeiro na concepção de que se vive em um Estado Constitucional, ou seja, em que há um documento maior que orienta todo o ordenamento jurídico, que estabelece normas, tanto de quais são os objetivos do Estado quanto de como devem ser feitas as arrecadações tributárias. A Carta Magna é o fundamento legal de todos os outros textos legais, e esses devem ser coerentes a ela.

Cabe destacar que esse texto maior é composto por normas regra e normas princípio. Nesse sentido, quanto às normas princípio, vale destacar: “os princípios são normas fundamentais de um sistema tipificadas pelo forte conteúdo axiológico e pelo amplo alcance de seus efeitos, que cumprem o papel fundamental de orientar a interpretação e a aplicação de outras normas” (COSTA, 2014, *apud* PINHEIRO, 2016, *online*).

O segundo motivo encontra-se nas limitações ao poder de tributar do Estado exercido pelos princípios.

Com o advento do chamado Estado do Bem-Estar Social, junto com o crescimento das prestações oferecidas pelo Poder Público, veio o aumento gradativo da carga tributária. Ato contínuo, tornou-se ainda mais necessário um corpo sistemático de regras e princípios jurídicos aptos a reduzir eventuais abusos cometidos durante a arrecadação tributária. (CASTRO; LUSTOZA; GOUVÊA, 2018, p. 30).

Dessa maneira, brevemente analisar-se-ão os essenciais princípios relacionados ao que se propõe este trabalho.

5.1 Princípio da Igualdade e da Isonomia Tributária

O simultâneo estudo desses dois princípios se justifica pelo fato de o Princípio da Isonomia Tributária ser uma face do Princípio da Igualdade.

O Princípio da Igualdade encontra-se no artigo 5º da CR/88: “todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza”. Esse princípio pode ser analisado em dois espectros: formal e material.

O Princípio da Igualdade no aspecto formal é a igualdade absoluta, todos são iguais e devem receber da lei o mesmo tratamento.

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos sistemas normativos vigentes. (MELO, 2011, p. 11).

Já a acepção material da igualdade, vale-se do conceito de Aristóteles, em que os iguais devem ser tratados de maneira igual e os diferentes na medida de suas diferenças.

A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade como um de seus pilares estruturais. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei. No mais das vezes a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade (ARAUJO, 2006, p. 131).

O Princípio da Isonomia Tributária encontra fundamentação no artigo 150 da CR/88:

Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios

II – Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

O legislador atentou-se em definir que não pode haver desigualdades entre os que se encontrem em situação equivalente, sendo clara a aplicação material do princípio da Igualdade quando se fala de Princípio da Isonomia Tributária.

5.2 Princípio da Legalidade

Esse princípio está estampado no artigo 150, I da CF/88: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

O princípio da Legalidade é a garantia dos cidadãos contra atos arbitrários por parte do Estado. Esse princípio garante que as arrecadações serão balizadas por normas que as estabeleçam.

Tem por finalidade garantir os direitos e deveres individuais e coletivos, uma vez que, nos Estados democráticos, não apenas os indivíduos são subordinados à lei, mas também a própria administração pública. A legalidade, como princípio fundamental do Estado de Direito, não se restringe a vedar ou proibir a tributação

sem lei, mas, fundamentalmente, garantir a todo cidadão, segurança jurídica, econômica e social. (BRASIL, 2014, p. 22).

A legalidade segue a evolução do tributo que deixa de ser um ato discricionário do detentor do poder para forma de manutenção do Estado e seus objetivos consubstanciados em medidas legais e não arbitrárias.

5.3 Princípio da Capacidade Contributiva

O Princípio da Capacidade Contributiva encontra fundamento no artigo 145, §1º da CF/88.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Tal princípio realiza uma medida da capacidade financeira de cada indivíduo para definir a quantidade de patrimônio que esse deve dispor (ou até exonerá-lo) em prol do Estado, sem prejudicar a garantia ao mínimo existencial.

Visa à justiça fiscal e social, exigindo mais de quem tem mais condição econômica e isentando ou reduzindo a incidência tributária para os contribuintes com menor capacidade econômica. Esse princípio atende ao imperativo da redistribuição de renda. Em respeito ao princípio, a legislação tributária deve aplicar alíquotas diferenciadas e efetuar redução parcial ou total da base de cálculo, objetivando conformar o tributo o mais próximo possível da real capacidade de pagamento de cada contribuinte. (BRASIL, 2014, p. 23).

A função social do tributo e a justiça social só são efetivadas se respeitado esse princípio, com ele é possível diminuir as desigualdades das rendas existentes entre as diferentes classes sociais.

5.4 Princípio da Progressividade

O Princípio da Progressividade é a aplicação dos princípios da capacidade contributiva e do princípio da Isonomia Tributária no viés material. É marcado pela elevação dos tributos de maneira gradual de acordo com a quantidade de patrimônio disponível em posse do cidadão. Segundo Torres (2001, p. 83), “progressividade significa que o imposto deve ser cobrado por alíquotas maiores na medida em que se alargar a base de cálculo”.

Pode ser dividido em dois aspectos, um primeiro fiscal, quando eleva a carga tributária à medida que aumenta a capacidade contributiva, e um aspecto extrafiscal, quando realiza a elevação de alíquotas a fim de estimular ou desestimular condutas.

Através do Princípio da Progressividade, sob o qual todo o Sistema Tributário foi concebido, dever-se-ia conseguir realizar a discriminação positiva, ou seja, aplicar o viés material da igualdade e estabelecer contribuições maiores para com o Estado dos mais ricos e desonerar os mais pobres, para que assim se fomente a justiça social, o acesso ao mínimo existencial e reduzam-se as desigualdades.

6 A Matriz Tributária brasileira

As escolhas históricas e sociais de um país formam sua Matriz Tributária. A matriz é formada pelas bases econômicas de incidência, que são definidas como a manifestação de riqueza do contribuinte sobre a qual incidirá a tributação.

São três as principais bases econômicas de incidência: a renda, o patrimônio e o consumo.

As tributações sobre a renda são aquelas que incidem sobre as receitas que se originam de salários, lucros, ganhos de capital e outros, tanto de pessoas físicas como jurídicas. Segundo D'Araújo (2015, p. 36), "a tributação sobre a renda é a tributação sobre todo o acréscimo líquido de riqueza no patrimônio do contribuinte em determinado tempo".

Cabe destacar que a tributação sobre a renda consegue cumprir com o Princípio da Progressividade, visto que é possível que se aufera a quantidade de renda e que se estabeleçam alíquotas proporcionais. Nesse sentido,

é sob essa perspectiva que a tributação sobre a renda assume um papel primordial na definição da estrutura geral de uma matriz tributária, uma vez que entre as bases econômicas passíveis de utilização é a que traduz melhor essa relação existente entre carga tributária e capacidade econômica do contribuinte, justificando, inclusive, a possibilidade de se realizar tal distinção de tratamento entre as fontes de renda, por exemplo, possibilitando com isso uma tributação mais gravosa nas fontes de renda típicas dos indivíduos com maior poder contributivo. (D'ARAÚJO, 2015, p. 38-39).

Quanto à base de incidência de renda, no Brasil, onera-se mais as rendas decorrentes do trabalho em detrimento das rendas oriundas do capital, o que faz com que o Imposto de Renda brasileiro tenha sua progressividade reduzida.

"Assim não é raro ouvirmos que a tributação sobre a renda no caso brasileiro é uma tributação que agrava a renda do trabalhador assalariado, o que de longe não representa a ideia de progressividade que deveria orientar tal forma de incidência" (SALVADOR, 2012, p. 87).

As tributações incidentes sobre o patrimônio são aquelas que taxam os acúmulos de riquezas do contribuinte, considerando-os a manifestação do poder contributivo do cidadão.

Tal base de incidência, assim, objetiva a tributação dos estoques das famílias enquanto manifestação de riqueza, seja sob a perspectiva estática de propriedade desse patrimônio propriamente dita, seja sob a perspectiva dinâmica, em que

considera as hipóteses de transferência dessas riquezas, gratuita ou onerosamente. (TILBERY, 1987, p. 295, *apud* D'ARAÚJO, 2015, p. 50).

No Brasil, é a base com menor participação nas arrecadações estatais, principalmente pela dificuldade em realizar uma correta avaliação dos valores venais dos bens tributáveis e pelo fato de os grupos políticos serem os detentores da maior parte do patrimônio no país, não havendo assim interesse em optar pela base de incidência sobre o patrimônio como principal fonte de tributos do Estado.

A nosso ver, uma das principais razões para a fraca participação de tal base de incidência na arrecadação total de diversos países, o que inclui o Brasil, é simplesmente a falta de interesse político em se rediscutir a tributação sobre o patrimônio, muita das vezes causado pelo fato de que os grupos responsáveis pelos rumos das políticas públicas geralmente coincidem com os grupos detentores dos grandes patrimônios de nosso país, representando, com isso, um obstáculo a sua imposição. (GASSEN; SILVA, 2012, p. 264).

A tributação sobre o patrimônio consegue ser progressiva, sua aplicação oneraria os mais abastados e promover-se-ia uma sociedade mais justa e solidária que seria capaz de cumprir com os mandamentos constitucionais. “Permitir uma maior tributação desse patrimônio, através de alíquotas progressivas, possibilitaria ao Estado garantir iguais pontos de partida para os diferentes membros de nossa comunidade política” (DWORKIN, 2006, p. 186, *apud* D'ARAÚJO, 2015, p. 56).

A base de incidência sobre consumo é marcada pela tributação sobre os bens e serviços, são os tributos incidentes sobre o processo de produção e a circulação de serviços e mercadorias.

Das principais bases de incidência, o consumo é a mais regressiva, visto que não há possibilidade de se considerar a capacidade contributiva do consumido no momento em que esse venha a adquirir produtos e serviços, onerando-o de maneira proporcional.

Dessa maneira, os mais ricos e os mais pobres pagam por determinado bem ou serviço, exatamente o mesmo valor. Uma pessoa de baixa renda que adquira qualquer produto está arcando com a mesma carga tributária que uma pessoa de alta renda.

Cabe destacar que onerar sobre o consumo fomenta a desigualdade uma vez que as pessoas de baixa renda tendem a gastar todas as suas economias adquirindo produtos e serviços com altas cargas tributárias, não lhes sobrando o suficiente para investir em patrimônio e melhores condições de vida.

Quando um Estado opta por favorecer a escolha do consumo enquanto base econômica de incidência, acaba por onerar mais aqueles que menos possuem, contribuindo, assim, para que a Matriz Tributária apresente altos índices de regressividade. (D'ARAÚJO, 2015, p. 45).

A Receita Federal do Brasil divulga anualmente relatórios que identificam as características da Matriz Tributária Brasileira. O relatório de 2016 aponta que a carga tributária bruta é responsável por 32,38 do Produto Interno Bruto (PIB) do país, sendo

que 47,39% correspondem à tributação sobre o consumo, 19,97% sobre a renda e 4,67% sobre a propriedade.

No Brasil, claramente, privilegia-se a tributação sobre o consumo, é ela a base da Matriz Tributária Nacional. Ao fazer essa opção, temos como base de incidência uma tributação que não privilegia a progressividade e fomenta as desigualdades sociais ao passo que onera cada vez mais os mais pobres, gerando desigualdade social e uma conseqüente menor arrecadação por parte do Estado, que, assim, terá menor disponibilidade material para investir na realização das premissas constitucionais.

7 Considerações finais

A partir do apresentado, percebe-se que os tributos surgiram com a humanidade, evoluíram à medida que as sociedades se tornaram mais complexas e hoje assumem um importante papel de fonte de recursos do Estado e apresentam uma função social, onde precisam garantir o acesso aos direitos e garantias previstos na Constituição, bem como reduzir a desigualdade social.

No Brasil, o tributo chegou com os portugueses durante o descobrimento, transpassando por todas as evoluções históricas e moldando-se a elas e hoje se encontra previsto na Carta Magna tanto com a possibilidade do Estado de cobrá-los para sua manutenção, quanto com sua característica social.

A Matriz Tributária brasileira prefere, entre as três principais bases de incidência, a tributação sobre o consumo.

A tributação sobre o consumo é classificada como indireta, o que não considera a capacidade contributiva do sujeito, sendo o referido tributo regressivo. Vale ressaltar que a tributação no Brasil é composta, principalmente, por três impostos: o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto sobre circulação de Mercadorias e Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) e o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

O Sistema Tributário Brasileiro não privilegia a aplicação da Progressividade, visto que não é possível aferir a grandeza econômica de quem consome. Suportam os mesmos valores os ricos e pobres. Aplicar a progressividade é um desafio para que se promova a justiça tanto tributária quanto social.

A efetivação da Justiça Social depende da eficácia tanto da arrecadação dos tributos quanto de sua correta destinação pelo Estado. Nesse ponto, nota-se como desafio, além da aplicação da progressividade ao Sistema Tributário Nacional, a transparência da Administração Pública na aplicação efetiva dos recursos que sejam capazes de fomentar direitos e garantir ao povo o mínimo existencial.

Dessa maneira, percebe-se que, em que pese o Sistema Tributário ser regido pelo Princípio da Progressividade, bem como outros princípios constitucionais que privilegiam um sistema progressivo, ele é regressivo pela predileção da tributação sobre o consumo, o que fomenta as desigualdades sociais, ao passo que os mais pobres têm suportado a mesma carga tributária dos mais ricos, utilizando todo o seu recurso financeiro na aquisição de bens e serviços, o que os impossibilita de acumular riquezas e melhorar suas condições de vida.

O Estado, gestor das riquezas públicas, é responsável pela concretização dos direitos e garantias constitucionais e deve utilizar-se de seu poder de tributar para promover a Justiça Social e reduzir as desigualdades evidentes no Brasil.

Assim, a promoção da Justiça Social e o fomento das igualdades dependem das escolhas das bases econômicas de incidência. É necessário que se rediscuta a Matriz Tributária Brasileira para que ela respeite os princípios constitucionais e seja progressiva e capaz de cumprir com as opções políticas nacionais estabelecidas na Constituição Federal.

Uma reformulação tributária pode ser capaz de promover igualdade, estimular a produção de bens e serviços, gerar empregos, aumentar a renda das famílias e promover Justiça Social.

Por fim, é relevante que o meio jurídico discuta e proponha modificações que sejam compatíveis com as garantias previstas na Constituição, quais sejam o bem-estar social e a busca pela melhoria da vida comum, que são direitos e deveres de todo cidadão.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Direito Constitucional: princípio da isonomia e a constatação da discriminação positiva*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. *História do tributo no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

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

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de setembro de 1966. *Código Tributário Nacional*. Brasília, DF, 1966.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. *Função Social dos Tributos*. 5. ed. Brasília: ESAF, 2014.

BRASIL, Receita Federal. *Estudos Tributários. Carga Tributária no Brasil – 2016* (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-no-brasil-capa>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CASTRO, Eduardo M.L. Rodrigues de; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVÊA, Marcus de Freitas. *Tributos em espécie*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributária - Constituição e Código Tributário Nacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. *A regressividade da matriz tributária brasileira: debatendo a tributação a partir de nossa realidade econômica, política e social*. 2015. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18748/1/2015_PedroJulioSalesDAraujo.pdf. Acesso em: 05 ago. 2018.

FAVEIRO, Vitor António Duarte. *Noções fundamentais de direito fiscal português: introdução ao estudo da realidade tributária, teoria geral do direito fiscal*. Coimbra: Coimbra, 1984. v.I.

GASSEN, Valcir. *Direito tributário: pressupostos e classificações dos tributos*. Brasília: Mimeo, 2009.

GASSEN, Valcir; SILVA, Jamily de Jesus. A tributação do patrimônio como instrumento de justiça social. In: GASSEN, Valcir (org.). *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: Estado, Constituição e Direito Tributário*. Brasília: Consulex, 2012.

KINCHECKI, Cristiano. A formação histórica da matriz tributária brasileira. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 923, p. 451-479, set. 2012.

LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil*. Barueri: Manole, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 31. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso A. Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. Justiça social, tributária e fiscal no Brasil: uma busca imposta pela Constituição. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, Ano 18, n. 93, p. 199-217, jul/ago. 2010.

PINHEIRO, Camila. *A função social dos tributos*. 2016. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/dracamillapinhoero/artigos/a-funcao-social-dos-tributos-2450>. Acesso em: 05 ago. 2018.

SALVADOR, Evilásio. *A injustiça fiscal no financiamento das políticas sociais*. In: CATTANI, Antônio David; OLIVEIRA, Marcelo Ramos (orgs). *A sociedade justa e seus inimigos*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

A fundamentação como pressuposto lógico antecedente da decisão e controle da discricionariedade judiciária

Justification as an antecedent logical assumption to decision and control of judicial discretion

Renato Antonio de Melo

Aluno do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: rnt_melo@hotmail.com

Resumo: O presente artigo pretende analisar se a fundamentação é um pressuposto lógico antecedente da decisão judicial, bem como se o controle da discricionariedade judicial pode ser alçado por meio da exigência da fundamentação adequada à ordem constitucional. Tal trabalho se justifica face às discussões surgidas acerca da (in)aplicabilidade dos preceitos constitucionais no âmbito do processo civil, o que expressamente foi exigido pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015. O estudo se desenvolveu por meio de uma pesquisa teórica, analisando-se algumas obras bibliográficas sobre o tema. Buscou-se, assim, demonstrar que o dever de fundamentar as decisões judiciais, previsto no art. 93, inc. IX da Constituição Federal, em conjunto com respeito ao contraditório, se efetivado no processo civil, contribuirá para a tomada de decisão adequada pelo magistrado por ser um pressuposto lógico antecedente da decisão, bem como um importante mecanismo de controle da discricionariedade da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado de Direito. Processo Civil. Elementos da sentença. Contraditório. Controle.

Abstract: The present article intends to analyze if justification is an antecedent logical assumption of judicial decision, as well as whether the control of judicial discretion can be raised through the requirement of adequate justification to the constitutional order. This work is justified in light of the discussions about the (in)applicability of the constitutional precepts in the civil procedure scope, which was expressly required by the legislator of the 2015 Code of Civil Procedure. The study developed by means of a theoretical research, analyzing some bibliographic works about the subject. Thus, it was demonstrated that the duty of justifying judicial decisions, provided by art. 93, item IX of the Federal Constitution, in conjunction with respect to the contradiction, if carried out in the civil process, will contribute to the proper decision taken by the magistrate for being a logical assumption antecedent to the decision, as well as an important mechanism for controlling the discretion of the judicial activity in the Democratic State of Law.

Keywords: Rule of Law. Civil Procedure. Elements of the sentence. Contradiction. Control.

1 Introdução

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16-03-2015 (CPC), editado sob a égide da Constituição Federal de 1988, trouxe previsão expressa da obrigatoriedade de

aplicação das normas constitucionais ao processo civil, adotando-se um modelo constitucional de processo (art. 1º). Tal modelo adota uma compreensão democrática do processo em que os sujeitos processuais cooperam entre si para a solução do litígio em tempo razoável, buscando uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º). Sob o enfoque da cooperação dos sujeitos processuais, cabe principalmente às partes produzirem as provas e apresentarem argumentos; já ao magistrado compete zelar pelo efetivo contraditório durante todo o processo.

Não sem razão, o CPC exigiu que a sentença fosse devidamente fundamentada considerando-se todos os argumentos e provas lícitas produzidas durante o processo (art. 489, § 1º). A esse dever de fundamentação estruturada, quando do processo legislativo do CPC, opuseram-se algumas associações de juízes que pediram o veto de tal dispositivo, demonstrando uma insatisfação de alguns magistrados com essa imposição.

A partir dessas premissas, este trabalho pretende analisar: qual a importância do dever de fundamentação para a decisão judicial? Ainda almeja descobrir se a discricionariedade judiciária, no âmbito do processo civil, é suscetível de controle por meio da exigência da fundamentação adequada. Para tanto se limitará a tratar sobre as fases do processo civil sob uma perspectiva histórica, os elementos de sentença no processo civil, os espaços de discricionariedade do juiz na produção das sentenças e os elementos normativos de controle da discricionariedade.

Este estudo objetiva descobrir se a fundamentação estruturada, prevista no art. 489, § 1º, CPC, é um pressuposto lógico antecedente à tomada de decisão judicial. Também almeja avaliar se o dever de fundamentação está adequado ao Estado Democrático de Direito, bem como verificar se a fundamentação serve de limitador à atuação discricionária do magistrado no processo civil.

Com a edição do CPC, inseriram-se, em seu texto, diversos dispositivos que, aparentemente, buscam dar um caráter mais democrático ao processo. Se assim for, seria uma tentativa do legislador de efetivar princípios constitucionais no âmbito do processo civil. Repetida a previsão do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), o CPC exigiu alguns elementos essenciais da sentença, mas foi além quando positivou as situações em que não se considera uma decisão fundamentada, criando critérios objetivos para se avaliar a adequação de uma fundamentação face à Constituição.

O descontentamento de algumas associações de magistrados com o dever de fundamentação, bem como a divergência de posicionamento entre alguns doutrinadores sobre o poder discricionário dos juízes justificam o presente estudo, haja vista a importância de se descobrir se uma decisão judicial sem a devida fundamentação está adequada à Constituição.

Como o Estado Democrático de Direito não é compatível com o exercício do poder estatal por um agente público sem o devido controle, a falta de fundamentação impede que se conheça o que o magistrado considerou para tomar sua decisão e conseqüentemente o que dificulta o seu controle. Desta feita, o juiz poderia ter se valido de critérios pessoais – morais, políticos, religiosos – para decidir, sem que ao menos expressasse tais critérios em sua fundamentação, violando o princípio constitucional do contraditório e, conseqüentemente, impondo sua vontade pessoal acima do ordenamento jurídico.

Este estudo demandou a realização de pesquisa teórica com base em técnicas conceituais e normativas. Sobre essa última técnica, assim se posiciona Bittar (2016, p. 2017): “[...] dificilmente, esse tipo de investigação se faz somente em nível legislativo, carecendo de suporte doutrinário e opinativo para se sustentar”. Quanto ao tipo de pesquisa, a opção feita foi pela modalidade bibliográfica que será desenvolvida por meio de estudos de livros doutrinários, artigos científicos, teses de doutorado, dissertações de mestrado, sejam meios físicos ou eletrônicos, com a finalidade de analisar a produção literária sobre o tema.

Assim, selecionando-se as técnicas metodológicas que melhor se adaptam ao desenvolvimento do trabalho, foram considerados os posicionamentos existentes na doutrina a respeito do assunto com intuito de se chegar a uma conclusão à propositura do trabalho, bem como alcançar os objetivos anteriormente traçados, do que adiante se vê.

2 Fases do processo civil

Antes de se analisarem as influências dos paradigmas estatais nas fases do processo civil, faz-se necessário que se verifique alguns tópicos sob o tema Estado de Direito para facilitar a compreensão do conceito e garantir a adequada utilização do conceito neste trabalho.

2.1 Importância e significado do Estado de Direito

Como consequência dos movimentos liberais e revolucionários ocorridos nos Estados Unidos e na França, o Estado se viu obrigado a curvar-se ao Direito (CUNHA; BIANCHINI; GOMES, 2013, p. 154). A essa mudança de postura do Estado, desde finais do século XVIII na Alemanha, tem-se denominado “Estado de Direito”, termo que adquire significado mediante sua oposição ao “Estado de polícia” ou “Estado autoritário”, sendo que estes últimos atuam de maneira arbitrária, opressora e imprevisível, sem respeito pelos direitos individuais (DIMOULIS; VIEIRA, 2011, p. 96). Na perspectiva do Estado de Direito, a atuação estatal se submete às regras jurídicas, objetivando garantir aos indivíduos certos direitos fundamentais.

Com isso, para a configuração do Estado de Direito, passa-se a exigir quatro importantes características: todas as instituições e leis são avaliadas quanto a sua “justeza”; ampliação dos direitos dos cidadãos com o reconhecimento de seus direitos naturais; limitação do poder do Estado face aos direitos naturais do cidadão; surgimento da Constituição que traduz o pacto social daqueles que pertencem a determinado Estado, delimitando os poderes e as funções deste (CUNHA; BIANCHINI; GOMES, 2013, p. 154).

Trata-se de um Estado submetido aos ditames do Direito e, para ser legítimo, deve possuir alguns requisitos essenciais, como apresentam Dimoulis e Vieira (2011):

[...] o caráter democrático da eleição dos legisladores e o controle democrático do processo e do resultado legislativo; a garantia da separação dos poderes, em particular da independência do Judiciário e do controle judicial da

constitucionalidade; a estipulação de direitos fundamentais e de garantias de seu respeito pelo Estado; a inclusão na Constituição de normas asseguradoras do bem-estar da população (DIMOULIS; VIEIRA, 2011, p. 98).

Então, para que se configure o Estado de Direito, exigem-se requisitos formais e materiais que contribuem para a estruturação de uma sociedade menos autoritária e mais democrática e é justamente aí que se localiza a importância do Estado de Direito.

2.2 Relação do Processo Civil com os paradigmas estatais

A organização estatal praticada em determinado período histórico se correlaciona com a estrutura do sistema jurídico, criando uma perspectiva interpretativa específica com base nesse paradigma jurídico, sendo que toda interpretação se dá em um contexto histórico e, portanto, pressupõe paradigmas. Partindo da perspectiva de Jürgen Habermas vista em Nunes (2008, p. 38-39), o paradigma jurídico servirá para analisar os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito de determinado período histórico sem perder de vista o modelo estatal praticado. Sobre os paradigmas, assim se manifesta:

A concorrência paradigmática direciona-nos ao estabelecimento necessário das bases normativas que orientarão a produção e a aplicação do Direito, de forma vinculante para o Povo, para o Estado e para suas instituições jurídico-políticas. (THIBAU, 2008, p. 351).

Nesse estudo do sistema jurídico processual, será adotada, assim como em Bahia *et al.* (2013, p. 46), a percepção dos grandes paradigmas estatais típica do Estado de Direito, que, apesar de não oferecer precisão completa de momentos típicos e locais onde ocorreram, irá proporcionar informações necessárias para a análise do sistema processual civil. Assim, a reconstrução da Ciência Processual será dividida em três fases ou em três perspectivas, quais sejam: Liberalismo Processual, Socialização Processual e Democratização Processual.

O Liberalismo Processual é uma fase processual típica do paradigma estatal do Estado Liberal Burguês, posterior às revoluções burguesas, no qual o Estado era mínimo, absenteísta, não se preocupando com questões sociais. O cidadão era visto como autossuficiente e prevaleciam os interesses personalistas e patrimonialistas, especialmente dos burgueses. Havia a sobreposição da função legislativa no quadro da tripartição de funções estatais e a legislação possuía a pretensão de ser completa. A interpretação jurídica era vedada, possuindo a perspectiva exegeta, ou seja, o juiz deveria apenas ser a boca da lei (THIBAU, 2008).

Surgiu após o declínio do processo comum e desenvolveu-se pelo paradigma liberal um modelo processual embasado no domínio das partes, na igualdade formal, no princípio da escritura, na passividade judicial e no princípio dispositivo.

O liberalismo processual, ao constituir-se sobre o protagonismo das partes, torna o juiz mero expectador de seu debate e o processo, um instrumento privado de resolução de conflitos, com dimensionamento espacial e temporal dependente da

racionalidade estratégica das partes, (NUNES, 2008, p. 195) com claro déficit de democracia. Nesse paradigma, o juiz somente se preocupava em resolver os conflitos na medida em que recebia a provocação e subsídios das partes, aplicando-se nesse caso o princípio da inércia ou dispositivo. O juiz somente avaliava o que estava nos autos fazendo valer o brocardo “o que não está nos autos não está no mundo”, adotando-se o princípio da escritura.

Dessa forma, o processo tinha uma duração demasiadamente longa em face da atuação dos advogados sem uma direção definida ou gerência do processo por parte do Estado. Em alguns sistemas, o juiz não matinha contato com nenhuma das partes durante a fase de produção de provas para se evitar a perda da imparcialidade, recebendo o processo já instruído somente para a decisão.

O desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX gerou o descontentamento dos cidadãos e a luta de classes. Nesse período, surgiu uma linha doutrinária que acreditava no Direito como um instrumento de transformação social. Assim, iniciou-se a transição do liberalismo processual para a socialização processual que ganhou força a partir do desenvolvimento do paradigma de Estado de Bem-Estar Social (THIBAU, 2008).

Esse paradigma caracteriza-se pela ruptura da perspectiva liberal, no qual ocorre o agigantamento da atuação estatal, grande preocupação com questões sociais, fortalecimento do Executivo em face das outras funções (poderes), cidadão como cliente do Estado que necessita de proteção (cidadão hipossuficiente) e ingerência demasiada do Estado nas relações jurídicas (BAHIA *et al.*, 2013, p. 48). A Socialização Processual buscava uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito com o objetivo de superar as deficiências do Liberalismo Processual.

A partir de então a socialização processual começa a ganhar corpo através da percepção nas últimas décadas do século XIX, pela doutrina astro-germânica, dos problemas que o modelo liberal de processo gerava. O novo modelo processual, idealizado por autores como Anton Menger, Franz Klein e Oskar Von Bülow, tendeu a enfraquecer o papel das partes e a reforçar o papel dos magistrados como agentes de transformação. De forma bastante sintetizada, Nunes (2008, p. 7) indica: Menger defendia uma atividade compensadora de desigualdades sociais pelo juiz; Bülow delineou uma teoria da relação jurídica processual e defendia uma teoria da criação judicial do Direito; Klein, a criação de uma legislação embasada na oralidade e na forte direção do processo pelo juiz, que transformaria o processo numa instituição estatal de bem-estar social.

Esse novo sistema processual desenvolveu-se com base no protagonismo judicial confiando que os magistrados possuíam um conhecimento superior se comparado aos outros sujeitos processuais, o que lhes permitiria interpretações individuais às quais não cabia discussão ou questionamentos. No mesmo sentido, acreditou-se que os juízes possuíam uma sensibilidade superior para decidir conforme suas convicções pessoais de forma dissociada dos argumentos das partes trazidos ao processo, ou seja, com contornos antidemocráticos, eximindo a responsabilidade das partes em participar efetivamente da produção processual.

Sobre a visão do processo por Bülow, assim se manifesta Bahia *et al.* (2013, p. 55): “Constata-se, porém, da análise do texto de Bülow que este buscava, sim, uma

aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam desenvolver sua função com sabedoria e sensibilidade [...]”.

Na busca pela socialização processual, no ano de 1973 surgiu o Projeto Florença de Acesso à Justiça, sob a coordenação de Mauro Capelletti, atingindo-se o ápice da perspectiva socializadora, conforme apontam os seguintes doutrinadores:

Além das já constantes defesas de procedimentos orais (fruto, ainda do modelo de Klein) e do aumento da ingerência do juiz no processo, o movimento idealizava ondas de reforma: a) a primeira, vocacionada à assistência jurídica integral e gratuita; b) a segunda, assegurar uma tutela efetiva dos interesses difusos ou coletivos, para a proteção do consumidor e do meio ambiente; c) a terceira, à simplificação dos procedimentos à utilização de formas privadas ou informais de solução de conflitos (BAHIA *et al.*, 2013, p. 58).

O modelo de processo que se desenvolveu em nosso país, devido à ausência de formação, preparação dos profissionais, infraestrutura e, mesmo, vontade política, foi neoliberal (NUNES, 2008, p. 99, 196). O autor define esse modelo como pseudossocialização, pois possuía ideais socializadores, mas sofria influência do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial.

Nessa perspectiva, introduziu-se, no discurso processual, a busca da obtenção de procedimentos extremamente rápidos, objetivando a máxima produtividade, a cognição superficial e o julgamento em massa, ainda que impedisse a aplicação de princípios processuais constitucionais com sua força normativa. No modelo neoliberal de processo, despreocupou-se com a fase preparatória do procedimento, dificultando a preparação do debate e a produção de provas. Caso a fase preparatória fosse respeitada, “permitiria, tecnicamente, a preparação do debate e a produção de provas, além de auxiliar no exercício do contraditório dinâmico com o fomento ao debate” (NUNES, 2008, p. 196).

A primeira teoria “constitucionalizante” do processo mais consistente surgiu no Brasil foi a obra *Instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco, no ano de 1987, na qual o autor, com base nas teorias socializantes, tenta resumi-las, seguindo o discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo, defende uma instrumentalidade positiva, com um processo propenso à realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz (BAHIA *et al.*, 2013, p. 59).

Seguindo a mesma linha da instrumentalidade do processo, Beneti (2003, p. 209) defende o protagonismo judicial devido à supremacia cognitiva do juiz nos seguintes termos: “O *feeling*, o sentimento da decisão, a opção pela solução justa, esse é o mais importante no juiz. Vem das profundezas do ser humano. O ser humano toma a decisão com sentimento e Justiça. Depois a fundamenta na razão e na lei positiva”. Em crítica a esse entendimento, destaca-se o posicionamento de Abboud (2014, p. 59): “Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos”.

Outro jurista que se destaca pela defesa dos ideais socializadores de Menger, Klein e Bülow, apontado por Nunes (2008, p. 136), é José Renato Nalini, haja vista sua defesa do sadio protagonismo judicial, pois seria o magistrado um engenheiro social e

tem a função de compensar as desigualdades entre as partes. Esse protagonismo judicial geraria a exclusão da responsabilidade dos demais participantes do processo, tendo em vista sua infantilização e necessidade de salvação, a uma imposição de um único discurso jurídico válido, percebido e proferido pelo juiz.

Resumidamente as principais características da socialização processual são:

a) adoção do princípio da oralidade; b) dominado pelo juiz – protagonismo judicial; c) com busca de simplificação procedimental máxima; d) visão do processo como instituição pública de bem-estar social; e) juiz ativo (ativismo técnico e institucional do juiz); f) movimento pelo acesso à justiça; g) aumento dos poderes oficiosos do magistrado; h) no Brasil, instrumentalidade positiva do processo (abordagem sintética da socialização) (BAHIA *et al.*, 2013, p. 59).

Os modelos do liberalismo e socialismo processual, centrados no dogma do protagonismo, o primeiro das partes e advogados, o segundo dos juízes, não foram suficientes para solucionar os problemas de eficácia e legitimidade dos sistemas normativos da atualidade, que são bastante complexos. Diante dos problemas apresentados, surge então uma nova perspectiva, a Democratização Processual. Essa nova perspectiva processual é típica do atual constitucionalismo e tem bases no Estado Constitucional ou Democrático de Direito, na soberania do povo e nos direitos fundamentais, na participação ativa e responsável do Estado e dos cidadãos, na responsabilidade social e na influência de todos os atores sociais na tomada das decisões (BAHIA *et al.*, 2013, p. 59).

Assim é necessário que se busque interpretar o processo a partir da Constituição e como processo de aprendizado social em uma perspectiva com vários centros processuais, em que não existe protagonismo e sim uma clara divisão das funções e efetivo envolvimento de todos os sujeitos processuais desempenhando respectivamente suas funções de modo técnico, racional e responsável, compreendendo o processo como uma garantia e não como um entrave, ou um obstáculo que precisa ser removido.

A celeridade é um importante princípio para se buscar a correção normativa do sistema, mas, como não existe hierarquia entre os princípios, bem como nenhum deles é absoluto, não se pode suprimir um princípio constitucional para aplicar somente outro. A busca de eficácia, que a instrumentalidade técnica do processo exige, não pode ofuscar o seu papel normativo. Nesse mesmo sentido, assim se manifesta Nunes (2008):

O processo democrático não é um instrumento formal que busca a máxima rapidez para se decidir, mas sim aquela estrutura normativa constitucionalizada que respeita todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, celeridade, direito ao recurso, fundamentação racional das decisões, juízo natural e inafastabilidade do controle jurisdicional (NUNES, 2008, p. 192).

Assim, pode-se destacar como as principais características da democratização processual:

a) policentrismo: reforço de todos os profissionais (juízes, advogados, MP etc.); b) interdependência dos sujeitos processuais; c) manutenção da autoridade do juiz, sem posturas totalitárias; d) processo como garantia de participação e de limite para obtenção de direitos; e) juiz garantidor de direitos fundamentais; f) movimentos pelo acesso à justiça democrático; g) análise macroestrutural do sistema jurídico – desgarramento da questão meramente legal; h) processualização do exercício e da aplicação do Poder; i) efetiva adoção do processo constitucional (BAHIA *et al.*, 2013, p. 60).

A Democratização Processual é fruto das tensões geradas pelas perspectivas liberais e sociais, mas busca a superação dos problemas apresentados nas duas fases processuais. Essa superação passa pelo respeito ao conjunto dos princípios constitucionais que devem ser aplicados ao processo, buscando garantir os direitos fundamentais e o diálogo entre os sujeitos processuais. Nesse sentido, destaca-se:

Assim considerando, a legitimidade do Direito no paradigma jurídico-constitucional ora estudado requer a observância de procedimentos comunicativos que, alcançando a forma jurídica, dariam aos destinatários da norma a oportunidade de também se reconhecerem como seus co-autores. Assim é que, por via do discurso conduzido no procedimento habermaseano, torna-se possível a construção da vontade jurídica dos cidadãos pela escolha do melhor argumento (THIBAU, 2008, p. 348).

Dentre os vários princípios constitucionais aos quais se funda o processo civil atual, são mais relevantes para os objetivos deste estudo os princípios do contraditório e da cooperação processual. Cabe destacar que a evolução dos paradigmas estatais exigiu uma mudança do papel do magistrado, tornando-o um garantidor dos direitos fundamentais, principalmente os aplicados ao processo. Dessa feita, a fundamentação adequada das decisões se mostra relevante, pois será por meio dela que o juiz demonstrará que os princípios constitucionais foram efetivamente aplicados. Assim o próximo capítulo irá abordar os elementos da sentença para uma melhor compreensão da importância da fundamentação adequada para o processo constitucional.

3 Os elementos da sentença no Processo Civil

Antes de se discorrer sobre os elementos da sentença, faz-se necessário verificar, de forma sucinta, o que é uma sentença. Conforme definição apresentada pelo próprio CPC, a sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos art. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução (art. 203, § 1º), podendo ser com ou sem resolução de mérito. Em um processo, normalmente o autor apresenta seu(s) pedido(s) em uma tese na petição inicial e o réu contesta essa tese apresentando uma antítese na contestação. Por meio da sentença, o juiz põe fim ao processo, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor. Em resumo, a sentença é um ato processual que sintetiza o processo dialético objetivando a composição do litígio (DONIZETTI, 2017, p. 439).

O CPC também especifica quais os elementos essenciais de uma sentença no *caput* do art. 489: o relatório (histórico do debate processual), os fundamentos de fato e de direito (motivação do decisório) e o dispositivo (conclusão do julgado) (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1042). Importante destacar que, para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 312), em que pese o art. 489 usar a expressão sentença, esses elementos essenciais devem compor todo tipo de decisão judicial.

O relatório é a introdução da sentença no qual se narra o histórico de toda a relação processual e deve conter os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo (art. 489, I, CPC). Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 312) apontam que são fatos importantes para o processo: a apresentação de réplica, a intervenção de terceiros, a apresentação de parecer do Ministério Público, as ocorrências havidas em audiências, os fatos fixados como controvertidos e as provas requeridas, admitidas e produzidas pelas partes. Indicam ainda que a intenção do legislador em exigir que o juiz faça um relatório é de constatar que o julgador realmente conhece a história do processo ao qual irá proferir uma decisão.

No relatório só importa o que foi relevante e influenciará a sentença (SLAIBI FILHO; SÁ, 2017, p. 443). “Na construção do relatório a regra a ser observada é a de relatar todos os pontos que devam ser analisados na sentença, de forma que, ao encerrar essa parte da sentença, o juiz tenha uma visão de todas as questões que deverão ser enfocadas na motivação” (DONIZETTI, 2017, p. 8). O autor também preconiza que não se deve emitir um juízo de valor durante o relatório, utilizando-se nesse momento uma linguagem “predominantemente descritiva”. Nos dizeres de Theodoro Júnior (2015, p. 1043), referindo-se à elaboração do relatório pelo juiz, “observará o critério da clareza, da precisão e da síntese, sem deixar de ser minucioso na descrição do objeto da decisão e da controvérsia”.

Dessa feita, o relatório tem a função de preparar o processo para julgamento conforme se vê no Enunciado 522 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (2017): “O relatório nos julgamentos colegiados tem função preparatória e deverá indicar as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento e já submetidas ao contraditório”.

Sobre a delimitação da controvérsia, cabe lembrar que o art. 492 do CPC veda ao juiz que profira decisão de natureza diversa da pedida, bem como condene a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Nesse sentido, cabe destaque o seguinte posicionamento:

A função do juiz é compor a lide, tal qual foi posta em juízo. Deve proclamar a vontade concreta da lei apenas diante dos termos da *litis contestatio*, isto é, nos limites do pedido do autor e da resposta do réu. São desesos, assim, os julgamentos *extra petita* (matéria estranha à *litis contestatio*); *ultra petita* (mais do que pedido) e *citra petita* (julgamento sem apreciar todo o pedido) (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1043).

Não obstante a essa restrição, o CPC permite que o juiz considere algum fato superveniente à propositura da ação, desde que seja constitutivo, modificativo ou

extintivo do direito e possa influir no julgamento do mérito, mas não admite a alteração da causa de pedir (art. 493). Em harmonia com o princípio do contraditório e da não surpresa, caso fato novo seja constatado pelo juiz, de ofício, deverá ouvir as partes antes de decidir, conforme preconizam o art. 483, parágrafo único e o art. 10, ambos do CPC.

Durante a vigência do CPC/73, construiu-se uma jurisprudência que diminuía a importância do relatório, dispondo que sua ausência não causava a invalidade da decisão se não resultasse prejuízo para as partes, bem como se admitiam as decisões que se reportavam ao relatório feito em outra decisão do processo (relatório *per relationem*) (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 312).

Como o CPC de 2015 adotou um sistema de precedentes, o relatório tem fundamental importância e não pode ser dispensado, pois é por meio dele que se identifica se os fatos relevantes do processo se assemelham ou distinguem dos fatos que deram origem aos precedentes, para poder aplicar (ou não) a tese fixada (DONIZETTI, 2017, p. 4).

Analisando-se a fundamentação, como o segundo elemento essencial da sentença, percebe-se que esta possui assento constitucional, prevista expressamente no art. 93, IX, onde se dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...], tratando-se de um fator de legitimação do exercício do poder jurisdicional. “A fundamentação dos atos estatais é exigência do regime republicano, no qual o poder é exercido de forma responsável” (SLAIBI FILHO; SÁ, 2017, p. 9). Para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 314), ainda que não houvesse previsão expressa na Constituição Federal, “a regra da motivação compõe o conteúdo mínimo do devido processo legal” que não pode ser ignorada em qualquer processo judicial. Na busca de maior efetividade para essa exigência constitucional o CPC, em seu art. 11, também se exigiu a fundamentação das decisões.

Nesse aspecto, o legislador de 2015 foi firme em exigir que todas as decisões (interlocutória, sentença ou acórdão) sejam fundamentadas, pois não se poderia admitir, em um processo cooperativo e democrático (art. 6º, CPC), que a fundamentação das decisões fosse produzida sem qualquer zelo e de forma incoerente com o processo.

Nesse momento, é importante observar a diferenciação dos termos fundamentação e motivação, conforme apontam Franco *et al.*, (2015, p. 220-221). Para os autores, a motivação seria o ato pelo qual o juiz, de forma individual e solitária, indica os elementos que avaliou mais relevantes no caso e que levaram a decidir em determinado sentido, sendo, portanto irrelevantes para o Direito democrático. Já a fundamentação é a explicação das razões pelas quais o Judiciário aceita ou rejeita determinada interpretação e compreensão sobre o Direito estabelecida pelo cidadão, buscando convencer as partes e a sociedade da fixação da decisão juridicamente correta e, portanto, independe das posições pessoais dos magistrados. Não obstante, doutrina e jurisprudência continuam utilizando os dois termos como sinônimos.

Devido à importância da fundamentação para o processo, o CPC descreveu as hipóteses em que uma sentença não é considerada como fundamentada (art. 489, § 1º). O rol é exemplificativo, conforme se vê no enunciado nº 303 do Fórum Permanente de

Processualistas Civis (2017): “As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas”. Dessa feita, faz-se necessário apresentar os incisos do §1º, do art. 489, CPC, que não considera fundamentada a decisão que:

a) Apenas reproduz ou cita norma jurídica sem correlacioná-la concretamente ao caso (inciso I). Não é suficiente a indicação da lei que seria aplicável ao caso concreto ou somente a transcrição do enunciado da norma em que se fundamenta o julgado, faz-se necessário que o magistrado explique o porquê da escolha da norma.

b) Não explicar a adequação dos termos jurídicos indeterminados ao caso em julgamento (inciso II). Como a legislação tem se utilizado de conceitos abertos e indeterminados para que uma norma se adeque a diversos casos concretos, deve o juiz justificar a incidência do conceito indeterminado ao caso apresentado para evitar arbitrariedades em sua aplicação.

c) Utilizar argumentos que justificam qualquer outra decisão (inciso III). Pode-se citar, como exemplo, quando o juiz defere uma liminar, afirmando apenas que estão presentes os pressupostos legais. O julgador deve demonstrar seu posicionamento de maneira clara e precisa. Assim “a motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 334).

d) Não enfrentar todos os argumentos das partes contrários à decisão do julgador (inciso IV), pois não raro encontrar nos Tribunais decisões com seguinte fundamento:

[...] o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu (BRASIL, 2014, *online*).

Para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 334), esse é um entendimento parcialmente correto, mas, na prática, muitas vezes é mal aplicado e dá ensejo a verdadeiras arbitrariedades. Para os doutrinadores, se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese derrotada, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por falta de fundamentação, e sendo omissa pode ser objeto de controle por meio de embargos de declaração, conforme art. 1.022, CPC. A exceção a essa regra é quando o argumento já tenha sido analisado e derrotado, quando da formação do precedente obrigatório, em julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência, o que dever ser devidamente demonstrado pelo magistrado conforme se vê adiante.

e) Invocar precedente ou enunciado de súmula sem relacionar os fundamentos entre do julgamento anterior com o caso posto (inciso V). O juiz tem de demonstrar a semelhança do caso concreto com o precedente utilizado ou com o quadro fático que ensejou a elaboração de súmula para justificar sua utilização, sendo insuficiente a mera transcrição do conteúdo ou da ementa do julgado.

f) Não seguir súmula, jurisprudência ou precedente invocado pelas partes sem demonstrar a existência de distinção ou a superação do entendimento (inciso VI). O julgador não pode ignorar os precedentes e as súmulas, como se o caso concreto estivesse sendo colocado à apreciação do Judiciário pela primeira vez, só podendo

fazê-lo quando “[...] demonstrar que o caso apresenta distinção em relação ao precedente ou que a tese tratada anteriormente já se encontra superada” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1045).

Em conformidade com o enunciado nº 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2017), a doutrina tem apontado outras hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão. Para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 341-402), a decisão não é fundamentada quando não expõe um juízo de valor sobre as provas produzidas pela parte vencida; quando se utiliza de fundamentação *per relationem* sem atentar para circunstâncias específicas; quando não esclarece a ponderação ou o sopesamento feito em caso de conflito normativo; quando não explica a incompatibilidade existente entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional; quando altera orientação jurisprudencial sem fundamentação adequada e específica.

Já Theodoro Júnior (2015, p. 1045) aponta para as decisões: com a fundamentação fictícia, ou seja, a que se apresenta dissociada das circunstâncias do caso concreto; com a fundamentação apenas implícita, a que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; fundamentação que se limita a reproduzir jurisprudência; e fundamentação incompleta.

Ainda preocupado com a fundamentação, o legislador asseverou que, havendo 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 (CPC, art. 489, § 2º). O Código autorizou a ponderação, mas o juiz deve esclarecer, na fundamentação, quais critérios foram utilizados. É preciso que se justifique, no caso da regra excepcional, por que se trata de exceção - e não, por exemplo, de revogação; no caso do princípio, por que o caso concreto exige a aplicação de um, e não de outro (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 325-326).

O § 3º do art. 489 do CPC chama a atenção para a necessidade de interpretar a decisão a partir da junção de todos os seus elementos – relatório, fundamentação e dispositivo – e em conformidade com o princípio da boa-fé, assim como defendem os seguintes autores:

De fato, sendo a resposta ao caso concreto deduzida de forma participativa, a sentença só faz sentido se a parte efetivamente decisória for lida (e, logo, estiver em consonância) juntamente com a descrição do caso e das teses trazidas (relatório), e alicerçada nos fundamentos (FRANCO *et al.*, 2015, p. 230).

O art. 490 do CPC prevê que o juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes. A sentença, nesses termos, deverá conter todos os elementos e condições do padrão de sentença exigidos pelo art. 489 do CPC, independentemente se for com ou sem resolução de mérito, e caso desobedeça tal regra, haverá *error in procedendo*, ensejando a invalidade da sentença (SLAIBI FILHO; SÁ, 2017, p. 453).

No que tange ao conteúdo da fundamentação, é conveniente que a justificação siga um caminho lógico analisando-se primeiramente as questões de admissibilidade, depois as de mérito e dentro de cada uma delas primeiro se resolvem as questões de fato, depois as de direito (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 319).

Após a estruturação dos fundamentos, deve o magistrado expor as conclusões das operações lógicas elaboradas na fundamentação por meio do dispositivo, sendo este o terceiro elemento da decisão. O dispositivo é o “elemento nuclear de qualquer decisão” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 349). É no dispositivo que o juiz extingue cada relação processual com base no art. 485, CPC – sem resolução de mérito – ou no art. 487, CPC – com resolução de mérito. Assim, cada conclusão deve ser congruente com a fundamentação de cada questão apresentada no processo.

“Tal significa que no dispositivo haverá tantos comandos quantas sejam as relações processuais, devendo notar que cada parte em determinado polo, cada pedido e cada fundamento de pedir institui uma relação processual” (NCPC, art. 337, § 2º) (SLAIBI FILHO; SÁ, 2017, p. 454).

Para Donizetti (2017, p. 17), o dispositivo “é, em termos práticos, a lei que vai reger o caso concreto,” fazendo clara referência ao artigo 503 do CPC, que assim prescreve: a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. Assim, é de fundamental importância que o dispositivo seja redigido de forma clara, apresentando os limites objetivos da sentença e evitando-se dúvidas quanto a sua interpretação. Destarte, conclui Abboud (2014, p. 63): “daí que, diante de um caso concreto, o dispositivo da sentença consiste na norma, porque possui uma motivação e uma fundamentação, derivada da compreensão histórica e fática do interprete”.

A doutrina entende que a ausência do dispositivo na decisão torna a sentença inexistente conforme se verifica em Didier Júnior, Braga e Oliveira, (2015, p. 350), Donizetti (2017, p. 17), Slaibi Filho e Sá (2017, p. 454) e Theodoro Júnior (2015, p. 1046).

De forma bastante sucinta, apresentaram-se os elementos da sentença buscando-se uma melhor compreensão das inovações erigidas com o Código de Processo Civil de 2015 sobre esse tema. Dessa feita, no próximo capítulo será verificado em qual medida a exigência de fundamentação estruturada contribui para o controle da discricionariedade judicial.

4 O espaço de discricionariedade do juiz na produção das decisões judiciais e os elementos normativos de controle da discricionariedade

O CPC apresenta diversos dispositivos em que a atuação do Estado-juiz poderá ser discricionária sem, contudo, desprezar os ditames constitucionais democráticos. Trata-se de uma necessidade legislativa, pois seria impossível prever todas as vicissitudes de uma sociedade de forma apriorística. Já em outros dispositivos, o legislador atribuiu ao juiz poderes para dirigir o processo. Assim, na primeira parte deste capítulo, será verificada a existência de alguns espaços de discricionariedade do julgador que foram deixados pelo legislador para, na parte final, examinar alguns mecanismos de controle da discricionariedade judicial.

4.1 Permissões legais para a utilização da discricionariedade na produção de decisões judiciais

Verifica-se a existência de espaços para a discricionariedade judicial quando se depara com textos normativos indeterminados. Nesse contexto, encontram-se os conceitos vagos ou indeterminados, em que a indeterminação do texto normativo está apenas nos conceitos e termos que compõem a hipótese fática abstratamente prevista, ou hipótese de incidência. Como exemplo de termos vagos previstos no CPC destacam-se: "tempo razoável" (art. 6º), "bem comum" (art. 8º) "proceder de modo temerário" (art. 80, V), "interesse público" (art. 178, I, e art. 947, § 2º), "preço vil" (art. 891), "grande repercussão social" (art. 947). Conforme indicam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 330-331), nesses casos só há escolha de conteúdo a ser atribuído ao termo vago.

Entretanto, também se encontram no CPC as cláusulas gerais, que são uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos, e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. São exemplos de cláusulas gerais: a cláusula geral executiva (art. 536, § 1º, CPC), o poder geral de cautela (art. 301, CPC), a cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 805, CPC), a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º, CPC), a cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 723, parágrafo único, CPC). Nesses casos, há discricionariedade na escolha não apenas de conteúdo, sentido a ser atribuído aos termos vagos que a compõem, como também de efeitos (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 331).

Seguindo a análise dos espaços discricionários deixados pelo legislador ao juiz, encontra-se a atividade probatória, que, em princípio, é atribuição das partes, porém, como se verá adiante, também pode ser realizada pelo magistrado.

Partindo-se de uma análise histórica, a doutrina cogita dois modelos de organização do processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes, em que predomina o princípio dispositivo. No segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo, prevalecendo o chamado princípio inquisitivo (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.82).

Considerando somente a redação do art. 370 do CPC, pode-se dizer que o nosso ordenamento conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo, adotando-se o sistema inquisitorial. A aplicação exclusiva desse sistema aumenta excessivamente os poderes discricionários do juiz, diminuindo ou até anulando o papel das partes e propiciando o protagonismo judicial.

Outro espaço de discricionariedade é o poder conferido ao juiz para determinar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, podendo ser elas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias inclusive nos processos que tenham por objeto o cumprimento de prestação pecuniária (art. 139, IV, CPC).

Para Câmara (2017, p. 105), essas medidas são subsidiárias às medidas executivas típicas e podem ser aplicadas seja qual for a natureza da obrigação, tanto no procedimento destinado ao cumprimento das sentenças como na execução fundada em título extrajudicial, mas sua aplicação depende da observância do princípio do

contraditório. Ademais, o jurista não admite que essas medidas sejam aplicadas como um castigo ao devedor inadimplente, não sendo aceitáveis decisões que determinam a apreensão de passaporte do devedor, a suspensão da inscrição do devedor no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF).

Quanto ao poder geral de cautela, o CPC autorizou que o juiz possa determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (art. 297), adaptando o procedimento às exigências da causa. A esse respeito assim se manifesta Costa (2016):

Em se tratando de tutela antecipada pecuniária, as normas sobre cumprimento de sentença se prestam como “parâmetro operativo” para a efetivação. A partir delas, o juiz procede discricionariamente a simplificações sumarizadas, construindo-se *in casu* um procedimento atípico para a execução da decisão antecipatória; ou seja, desfigura-se o procedimento geral e abstrato num procedimento abreviado individual e concreto, hábil a sanar prontamente o perigo de *damnum irreparabile* que atormenta o caso concreto (COSTA, 2016, p. 408).

Como se vê neste pequeno apanhado, o legislador não teve pretensão de prever todas as hipóteses processuais no CPC de 2015, haja vista a necessidade de adaptação da legislação à evolução social, bem como a mudança de seus valores, deixando vários espaços discricionários aos magistrados para que estes possam aplicar a legislação a um maior número de casos e por um maior período de tempo.

Contudo, a discricionariedade judicial não pode ser ilimitada, sob o risco de se perder a função garantidora do processo. Sobre esse tema assim se manifesta um dos maiores filósofos do Direito:

Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade de proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema. [...] A adesão do juiz é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria (HART, 2001, p. 159).

Dessa forma, faz-se necessário que também se verifiquem alguns mecanismos de controle da discricionariedade objetivando evitar o arbítrio judicial.

4.2 Elementos normativos de controle da discricionariedade na produção de decisões judiciais

O CPC possui diversos mecanismos de controle da discricionariedade judicial que, se forem respeitados, propiciarão um processo mais adequado aos ditames constitucionais. A tentativa de adequação à Constituição se mostra presente desde o primeiro artigo do CPC, em que se determina que o processo civil seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. A esse respeito assim se manifesta Abboud (2014):

Na verdade, do ponto de vista paradigmático, nem se poderia optar pela chamada constitucionalização. Vale dizer: não há escolha ao jurista, seja em teoria ou na prática, em trabalhar ou não com a Constituição. Ela tem plena normatividade. Analisar os institutos jurídicos perante o prisma constitucional é tarefa obrigatória e não mera opção por paradigma teórico (ABBOUD, 2014, p. 92).

Nesse sentido, cabe lembrar que a Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa, com todos seus recursos e meios, aos litigantes (art. 5º, LV). Na tentativa de efetivar a Constituição, o CPC trouxe diversos dispositivos que prestigiaram o princípio do contraditório e determinaram objetivamente como este princípio será aplicado ao processo civil. Assevera Gramstrup e Thamay (2017) que, “no CPC o princípio do contraditório foi reforçado, tendo-se agora o que se pode chamar de contraditório-forte”.

Pode-se destacar, no âmbito das normas fundamentais que regem o CPC, o art. 7º, que assegura às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Busca-se com isso garantir o equilíbrio entre as partes (paridade de armas) para que possam efetivamente exercer o contraditório.

O Estatuto Processual vai além e impõe ao magistrado mais uma responsabilidade, determinando que não se profira decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º), com o que se proíbe a decisão-surpresa. Em que pese o próprio artigo fazer algumas ressalvas, permanece a responsabilidade de ouvir as partes, postergando-se esse ato para um momento mais adequado.

Como é na fundamentação da decisão que o juiz expõe os motivos que o levaram a decidir em determinado sentido, merece destaque o art. 10 do CPC, que assim estabelece: o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Embora o CPC traga diversas situações em que o juiz pode atuar de ofício, limitou a discricionariedade judicial quando exige o exercício contraditório, mais uma vez com o objetivo de evitar decisões-surpresa. Observa-se que a lei não impede a atuação judicial, porém exige que essa atuação seja plenamente justificada.

Cabe observar que essas mudanças só foram possíveis após mudança de concepção de um processo ora adversarial, ora inquisitorial, para um modelo cooperativo. Esse modelo é o que mais se adapta ao Estado Democrático de Direito, pois representa uma superação dos paradigmas do liberalismo e da socialização processual.

Nesse novo modelo, cada parte desempenha uma função de forma cooperativa (art. 6º, CPC) e não há protagonismo de nenhum dos sujeitos processuais. Acrescenta Nunes (2008, p. 197) que entre os sujeitos processuais deve existir uma interdependência e não submissão. Desse modo, é essencial que o contraditório seja efetivo, considerando todos os argumentos relevantes para os interessados com ampla participação, buscando-se o equilíbrio e o reforço do papel de todos os sujeitos processuais sem conotação hierárquica.

Tem-se que o direito à prova é conteúdo da dimensão substancial do princípio do contraditório. Além de poder produzir as provas, as partes têm o direito de ver suas provas consideradas no momento da decisão, não podendo o magistrado solenemente ignorá-las e somente analisar as provas que dão sustentação a sua decisão. É imprescindível que o órgão julgador indique também por que as provas trazidas pela parte derrotada não o convenceram (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 42-43). Assim, cabe ao juiz considerar e valorar todo o material probatório constante nos autos sem atenção especial à sua fonte ou origem, desde que lícita (art. 371, CPC).

Não se pode olvidar que para que seja garantido um efetivo contraditório no âmbito do processo jurisdicional, a condição democrática de participação está ligada à possibilidade de os participantes virem a influenciar, com seus argumentos, o provimento jurisdicional (MOTTA, 2017, p. 260-261). Assim a consideração de todos os argumentos suscitados pelos sujeitos processuais influenciará efetivamente na fundamentação das decisões evitando que haja surpresas ao final do processo.

Na perspectiva do princípio do contraditório como direito de informação, manifestação e consideração, em que princípio não é uma mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas garantia de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, incumbe ao juiz conhecer os argumentos das partes e considera-los séria e detidamente, evitando ou reduzindo as possibilidades de surpresa no processo (FRANCO *et al.*, 2015, p. 69). Nesse mesmo sentido, manifestam-se Oliveira e Silva Filho (2016): “a previsibilidade dos comportamentos e decisões dos juízes está calcada no fato que eles próprios estão sujeitos (ou vinculados) a regras, o que dá a previsibilidade de suas decisões”. Trata-se, portanto, de uma característica do Estado de Direito.

Destarte, o momento oportuno para o juiz demonstrar que efetivamente considerou os argumentos das partes é na fundamentação. Assim sendo, o seguinte posicionamento não encontra respaldo constitucional:

Além do convencimento das partes (nem sempre alcançado) e da compreensão do caso pela opinião pública, é por meio da fundamentação que o juiz aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos e indicando os motivos que lhe formaram o convencimento, ainda que não alegados pelas partes (DONIZETTI, 2017, p. 10).

Se tal entendimento fosse admitido, aceitar-se-ia que a decisão é um objeto a serviço da vontade do magistrado. A fundamentação não pode ser admitida como um ato de legitimação de um entendimento anterior ao processo, ela deve surgir calcada em “aspectos relevantes e racionais” que levam em consideração todos os argumentos jurídicos trazidos pelas partes ao processo, de forma “comp participativa e policêntrica”, aplicando as normas e precedentes relacionados ao caso “sem inovações solitárias” (NUNES, 2008, p. 162 e 181).

Em um Estado Democrático de Direito não se pode confiar à magistratura a função de captar todos os valores de uma sociedade complexa. O juiz deve garantir os direitos fundamentais e, em conjunto com os demais sujeitos processuais, produzir uma decisão a partir do processo democrático, a qual respeita o contraditório. Em

crítica a essa postura ativista do juiz e apontando seus problemas, destaca-se o seguinte posicionamento de Luiz (2013):

[...] sem considerar a coerência e a integridade do direito, o magistrado busca de forma dissociada da história a solução mais justa para o caso concreto, como se este grau de justiça estivesse contido na sua sensibilidade, na intuição daquilo que seria o melhor, o desejável para os envolvidos. Isso acarretou a instabilidade sistêmica do direito: a imprevisibilidade das decisões judiciais. Na medida em que cada juiz, por meio do seu livre convencimento, passou a decidir de forma subjetivista, casos similares passaram a ser apreciados de forma totalmente diversa, variando a decisão conforme o juízo ao qual foram submetidos (LUIZ, 2013, p. 73).

Dessa feita, a dicotomia do bom e do mau ativismo não deve ser aceita tendo em vista que toda manifestação de ativismo é uma atividade perniciosa para o regime democrático (ABBOUD; LUNELLI, 2015). No Estado Democrático de Direito, não se admite mais o exercício de qualquer poder estatal sem a devida justificação, de forma autoritária e desgarrada dos ditames constitucionais. Nesse sentido, a fundamentação das decisões judiciais assume especial relevância tendo em vista que permitirá o controle da decisão no âmbito do próprio processo, bem como no âmbito externo pela via da democracia participativa. “Ainda não se encontrou melhor remédio contra o arbítrio e o decisionismo que a boa e velha fundamentação” (COSTA, 2016, p. 410). Dessa forma, “quando a questão jurídica do cidadão é examinada por um juízo discricionário, na realidade, está sendo-lhe conferida uma resposta não jurídica” (ABBOUD, 2014, p. 484).

Não é aceitável, tão pouco lógica, a ideia de que o cidadão tenha o direito a qualquer de seus bens da vida tolhidos pelo Estado-juiz sem que se tenha a devida ciência dos motivos que fundamentaram a decisão em seu desfavor. A fundamentação permite ao cidadão que, caso queira e seja cabível, tente impugnar uma decisão perante o órgão judiciário *ad quem*, consubstanciando em verdadeiro exercício do contraditório. Nesse sentido, assim se manifestam:

O prestar contas parece ser confundido costumeiramente com a ideia de submissão e de subordinação, traduzindo-se em perda de poder. De fato o *accountability* é submeter-se, mas não a outro poder, não à vontade de todos e nem à vontade de alguns. É submeter-se às regras do jogo, jogo este que gera expectativas de uma certa estabilidade que revela-se quando as vemos efetivadas a partir de horizontes autênticos (no sentido gadameriano) e não a partir de verdades deduzidas da racionalidade e da razoabilidade do julgador. Prestar contas é um ato republicano (OLIVEIRA; SILVA FILHO, 2016, p. 3).

A fundamentação tem de ser completa, pois tanto a ausência, quanto a deficiência de fundamentação de uma decisão prejudicam o seu controle. Como consequência, tem-se um atraso na marcha processual, haja vista que, na fase recursal, primeiramente, terá que descobrir qual a fundamentação da decisão para só depois

impugnar o seu mérito. Dessa forma, a ausência ou deficiência de fundamentação devem ser consideradas nulas nos termos constitucionais e do próprio CPC.

Seguindo o raciocínio, tem-se que a fundamentação é um verdadeiro pressuposto lógico antecedente do ato decisório. Não merece acolhida a tese que defende a fundamentação como justificação de um entendimento anterior ao processo. A esse respeito merece destaque a seguinte descrição:

Importante questão apontada na citação refere-se ao manifesto caráter ativista do chamado *results-oriented judging*. O termo (cuja melhor tradução para o português parece ser “decisões orientadas por seus resultados”) designa situações em que o julgador, tendo previamente escolhido o resultado que melhor expressa as suas convicções pessoais e o seu senso de justiça, passa a buscar uma maneira jurídica de justificar sua decisão. Primeiro decide-se (ou, para sermos mais claros, “escolhe-se”) o resultado almejado e só depois são buscados elementos para sustentar as escolhas feitas. Trata-se, evidentemente, da invasão da vontade dos julgadores no desfecho das decisões (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 5).

Nesse mesmo sentido, Abboud (2014, p. 32) ainda destaca que “para se resguardar a democracia constitucional, é necessário que uma questão jurídica seja decidida a partir de parâmetros jurídicos, e não pelos valores morais, éticos ou religiosos do julgador”. Assim será uma postura ativista do julgador sempre que ele fundamentar sua decisão em convicções pessoais passando a ignorar o sentido da lei democraticamente instituída. É necessário a que a decisão busque uma resposta adequada à Constituição como se vê:

Em outras palavras, a resposta constitucionalmente adequada, enquanto direito fundamental do cidadão, é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolver a ideia do que significa fundamentar e do que significa justificar (e, assim, cumprir fielmente o mandamento constitucional constante no art. 93, IX, da CF) (STRECK, 2008, p. 10).

Pode-se perceber que a lei, buscando uma resposta adequada à Constituição, possui diversos mecanismos de controle do subjetivismo do julgador que, se forem efetivamente respeitados, serão verdadeiros elementos normativos de controle da discricionariedade.

5 Conclusão

Durante o trabalho, discorreu-se sobre os paradigmas estatais e sua influência no processo civil, tendo em vista o alto valor para este estudo dos princípios fundamentais do processo surgidos com a democratização processual. Também foram abordados, de forma sucinta, os elementos essenciais da sentença previstos no art. 489, § 1º do CPC, tendo em vista que o objetivo central deste trabalho foi averiguar se a fundamentação das decisões judiciais é um pressuposto lógico antecedente para a tomada de decisão por parte do magistrado. Também se almejou investigar se

fundamentação, aliada com o respeito às normas fundamentais do processo, poderia ser um mecanismo de controle da discricionariedade judicial.

A partir do que fora estudado, chega-se a conclusão de que o Estado Democrático de Direito demanda respeito de todos à Constituição democraticamente promulgada, inclusive por parte dos agentes que representam o Estado, pois não se pode admitir que o exercício de poder de qualquer agente público seja livre e descontrolado.

No que tange à atividade jurisdicional, mais notadamente ao processo civil, acredita-se que o controle da discricionariedade judicial será alcançado pela efetivação dos elementos normativos de controle da discricionariedade previstos na Constituição e no CPC, sendo eles o respeito ao contraditório e o dever de fundamentação das decisões. Tem-se ainda que a legitimação da atividade jurisdicional somente seja alcançada com a adequada fundamentação da decisão, em conformidade com o art. 489, § 1º do CPC.

A decisão devidamente fundamentada em elementos produzidos dentro processo permite conhecer qual o encadeamento lógico utilizado pelo magistrado para chegar à conclusão e facilita o convencimento das partes e do cidadão em geral que a decisão proferida é a que melhor se ajusta ao caso posto. Caso esse convencimento não seja alcançado, as partes do processo poderão propor recursos contra o que fora decidido, exercendo um controle interno ao processo sobre a discricionariedade judicial. Já o controle externo será viabilizado por meio da democracia participativa, exercido pelo povo, em cujo nome a sentença é pronunciada.

Uma das principais funções do magistrado no processo civil é zelar pelo efetivo contraditório, cuidando para que as partes tenham oportunidade de produzir provas e argumentar na defesa de seus direitos. Se o contraditório for efetivamente respeitado durante o processo, quando da decisão, o magistrado terá uma base sólida para fundamentar a decisão.

Entende-se que o magistrado somente poderá decidir após a fundamentação, pois será por meio dela que considerará todos os argumentos e provas anteriormente trazidos ao processo demonstrando racionalmente porque decidiu em favor de determinada parte. Não é adequado e nem lógico que se decida e depois busque fundamentar sua decisão nos elementos do processo e no ordenamento jurídico.

Assim, no Direito Processual Democrático não se admite que se decida um caso concreto sem o devido embasamento jurídico. Portanto, se o magistrado decidir primeiro para só depois fundamentar, tem-se que sua decisão levou em conta somente suas convicções pessoais e seus próprios valores, sendo que toda a produção processual foi em vão. De nada adianta produzir provas e apresentar argumentos se a decisão já fora tomada no íntimo do julgador, em sua consciência, antes mesmo do devido processo em contraditório.

Por tudo que foi exposto, defende-se a importância do presente estudo, pois sem pretender esgotar o assunto, tentou-se demonstrar que a fundamentação é um pressuposto lógico antecedente da decisão judicial, não sendo possível que o magistrado forme sua convicção antes de analisar detidamente toda a produção processual e considerá-la quando for decidir. A fundamentação também se apresenta como mecanismo essencial de controle da atividade jurisdicional no Estado

Democrático de Direito, tendo em vista que o desconhecimento dos fundamentos da decisão impede a avaliação de sua qualidade e adequação face à Constituição.

Referências

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, v. 242/2015, p.21-47, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015e19faaf3743611660&docguid=Ief532e90418511e5b17b010000000000&hitguid=Ief532e90418511e5b17b010000000000&spos=2&epos=2&td=92&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false &isFromMultiSumm;=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BAHIA, Alexandre *et al.* *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 594.615/PA. Agravante: Município de Belém. Agravado: Ruth Helena Ferreira de Sousa. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 20 de novembro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 04 dez. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=319997&b=ACOR&p=true&l=10&i=19>. Acesso em: 08 ago. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009941/cfi/6/2>. Acesso em: 10 ago. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Da Tutela Provisória. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 397-455. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 05 ago. 2017.

CUNHA, Alexandre Sanches; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (coords.) *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Saberes do Direito v. 62). Disponível

em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502177987/cfi/0>. Acesso em: 26 jun. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, vol. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção Direito Desenvolvimento Justiça. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502140042/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 24 jun. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Redigindo a sentença cível*. 8. ed. rev., atualizada e reformada. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011364/cfi/6/10!/4/20/2@0:65>. Acesso em: 03 ago. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (Florianópolis) (org.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: VIII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. 2017. Coordenação geral de Fredie Didier Júnior. Disponível em: https://www.academia.edu/34423076/FPPC_-_Forum_Permanente_de_Processualistas_Civis_-_Carta_de_Florianopolis.pdf. Acesso em: 07 out. 2017.

FRANCO, Alexandre Melo *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Motivação das decisões judiciais. *Revista de Processo*, v. 267/2017, p.89-127, maio 2017. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015e1f698713b867664a&docguid=Icf64d36020cf11e7b2cc01000000000&hitguid=Icf64d36020cf11e7b2cc01000000000&spos=24&epos=24&td=3500&context=99&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm;=&start Chunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 ago. 2017.

HART, Herbert Adolphus Lionel. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. 272 p. (Coleção: Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, v. 3).

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 2008. 217 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Processual, Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 95/2016, p.247-270, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015e1a8ee889d2d1b56a&docguid=Ic07bce900cfc11e6ad84010000000000&hitguid=Ic07bce900cfc11e6ad84010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm;=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 abr. 2017.

SLAIBI FILHO, Nagib; SÁ, Romar Navarro de. *Sentença cível: fundamentos e técnica*. 9. ed. rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973599/cfi/6/12!/4/2/4@0:0>. Acesso em: 03 ago. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Da "justeza dos nomes" à "justeza da resposta" constitucional. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 22/2008, p.134-154, jun./dez. 2008. Disponível em: [http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015e1a73a4432c4c98d7&docguid=I01cdc2b0f25811dfab6f010000000000000000&hitguid=I01cdc2b0f25811dfab6f010000000000000000&spos=15&epos=15&td=15&context=175&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm;=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015e1a73a4432c4c98d7&docguid=I01cdc2b0f25811dfab6f01000000000000&hitguid=I01cdc2b0f25811dfab6f01000000000000&spos=15&epos=15&td=15&context=175&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm;=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 03 abr. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I*. 56. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p.317-354, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/787/631>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Serviços públicos: uma análise da ordem econômica

Public services: an analysis of the economic order

Vinicius de Paula Rezende

Mestre em Direito Público pela UFU. Professor da ESAMC-UBERLÂNDIA.

E-mail: viniciusprezende@yahoo.com.br

Resumo: É sabido que os serviços públicos estão diretamente relacionados à exploração econômica e comercialização de bens e prestações que tem como público-alvo a população em geral. Tais atividades, desempenhadas principalmente por meio de empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias, tiveram seus contornos redefinidos de forma significativa pela Constituição Brasileira de 1988. O objetivo deste trabalho é, portanto, averiguar em que medida ocorreu o redesenho dos serviços públicos a partir da Carta Constitucional, traçando suas principais nuances, a fim de que se possa identificar sua correta extensão, tendo em mira que é crescente o número de demandas judiciais envolvendo concessionárias que exploram os serviços públicos. Busca-se, pois, por meio deste estudo, identificar e propor soluções acerca das principais controvérsias hermenêuticas sobre o tema.

Palavras-chave: Perspectivas econômicas. Serviços públicos. Administração pública.

Abstract: It is known that public services are directly related to the economic exploitation and commercialization of goods and services considering population in general as the target audience. Such activities, mainly performed by public companies, mixed-capital companies and their respective subsidiaries, were significantly redefined by the 1988 Brazilian Constitution. The objective of the work is, therefore, to determine to what extent the redesign of public services occurred based on the Constitutional Charter, outlining its main nuances, so as to identify its correct extension, keeping in mind that there is an increasing number of lawsuits involving concessionaires that exploit public services. Therefore, this study aimed to identify and propose solutions on the main hermeneutical controversies on the subject.

Keywords: Economic perspectives. Public services. Public administration.

1 Introdução

O objetivo do presente trabalho consiste em discorrer sobre os serviços públicos relacionados à exploração econômica e comercialização de bens. Essas atividades, desempenhadas pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, ganharam múltiplas facetas com a Constituição da República de 1988.

Ademais, hodiernamente, observa-se uma crescente demanda judicial envolvendo as concessionárias que exploram os serviços públicos. Diante da essencialidade desses serviços e, portanto, do caráter público deles, aborda-se a prestação desses serviços públicos sob a ótica dos princípios da ordem econômica, em especial da defesa do consumidor.

2 Considerações sobre serviços públicos

Para conceituar serviço público, os autores adotam três critérios: I – o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade – o serviço público seria aquele prestado pelo Estado; II – o material, que considera a atividade exercida – o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas; III – o formal, que considera o regime jurídico – o serviço público seria aquele exercido sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

No entanto, o Estado, à medida que foi se afastando dos princípios do liberalismo, ampliou seu rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a prestigiar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada. Paralelamente, o Poder Público percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade econômica e, em consequência, delegou a sua execução aos particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado, criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Além disso, no Estado contemporâneo, inclusive no Brasil, muitas das atividades que se mantiveram como serviços públicos sofreram uma modificação parcial no seu regime jurídico. Faz-se mister perceber que ocorreu a inserção de mecanismos de concorrência, defesa do consumidor e proteção de direitos fundamentais.

A Carta Constitucional não é precisa na utilização da nomenclatura, que ora se refere aos serviços públicos em sentido apenas econômico, como atividade da titularidade do Estado que pode gerar lucro (CF, arts. 145, II, e 175); ora como sinônimo de Administração Pública (CF, art. 37); ora para tratar do serviço de saúde prestado pelo Estado (CF, art. 198). Segundo Alexandre Santos de Aragão (2007), a Constituição contempla as seguintes concepções de serviços públicos: a Amplíssima, a Ampla, a Restrita, a Restritíssima e a adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

A concepção Amplíssima conceitua serviços públicos como todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado, ao passo que a Ampla reduz o conceito a atividades prestacionais do Estado (comodidades e utilidades). Serviços Públicos para a Restrita abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, ou seja, identificando os beneficiários e a fruição quantitativa. A corrente da Restritíssima resume-se tão somente os serviços públicos ao o que a Constituição prevê remuneração, excluindo os serviços *uti universi*, os serviços sociais e atividades abertas à iniciativa privada.

A Suprema Corte não traça uma sistematização bem elaborada do conceito de serviço público, havendo menções esparsas do conceito ao longo de alguns votos, que variam de acordo com a situação concreta apreciada.

Para Aragão (2007, p. 157), o conceito de serviços públicos é:

Serviços Públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do

Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 301) sugere uma definição de forma simples e objetiva, contendo os diversos critérios relativos à atividade pública: “Conceituamos serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”

Fernanda Marinela (2011, p. 509) afirma que

o serviço consiste numa ação estatal que produz uma utilidade ou comodidade desfrutável individualmente, representa algo dinâmico, em movimento (ação constante). De outro lado, tem-se a obra pública que [...] consiste em uma reparação, construção, edificação ou ampliação de um bem, portanto, uma vez realizada, independe de ação constante, porquanto se trata de um produto estático, cristalizado pela ação humana. A obra, para ser executada, não presume prévia existência de um serviço, mas o contrário é muito comum, um serviço que depende de uma obra como suporte material.

Tais conceitos selecionados não divergem quanto à titularidade dos serviços públicos, qual seja: pelo Estado ou pelos entes que recebem uma forma de delegação ou concessão. Para tanto, verifica-se que há a atividade prestacional de serviço público, tanto na ordem social quanto na ordem econômica; sendo assim, faz-se necessário utilizar a expressão “serviços públicos” no plural para adequar-se à concepção de que trata a Primeira Carta.

Portanto, combinando-se as conceituações doutrinárias, tem-se que os serviços públicos correspondem a toda uma coletividade, que, por sua vez, é desempenhada direta ou indiretamente pelo Estado, visando a solver necessidades essenciais do cidadão, da coletividade ou do próprio Estado.

Abordar-se no presente trabalho os serviços públicos ligados à exploração econômica, comercialização de bens e de prestação de serviços, atividades essas a serem exercidas pelas empresas pública, sociedades de economia mista e suas subsidiárias (CF, art. 173, § 1º).

2.1 *Espécies*

Os serviços públicos estão classificados de diversas formas pela doutrina. Para Hely Lopes Meirelles (2010, p. 286), eles podem ser agrupados segundo critérios próprios:

- a) Quanto à essencialidade:
 - serviços públicos propriamente ditos;
 - serviços de utilidade pública.
- b) Quanto à adequação:
 - serviços próprios do Estado;

- serviços impróprios do Estado.
 - c) Quanto à finalidade:
 - serviços administrativos;
 - serviços industriais.
 - d) Quanto aos destinatários:
 - serviços gerais ou *uti universi*;
 - serviços individuais ou *uti singuli*.

Sendo assim:

1. Serviços públicos propriamente ditos, ou essenciais, são os imprescindíveis à sobrevivência da sociedade e, por isso, não admitem delegação ou outorga (política, saúde, defesa nacional etc.). São chamados de pró-comunidade.

2. Serviços de utilidade pública, úteis, mas não essenciais, são os que atendem ao interesse da comunidade, podendo ser prestados diretamente pelo Estado, ou por terceiros, mediante remuneração paga pelos usuários e sob constante fiscalização (transporte coletivo, telefonia etc.). São nominados de pró-cidadão.

3. Serviços industriais, ou de fruição geral (*uti universi*), são os que não possuem usuários ou destinatários específicos e são remunerados por tributos (calçamento público, iluminação pública etc.).

4. Serviços individuais, ou de fruição individual (*uti singuli*), são os que possuem de antemão usuários conhecidos e predeterminados, como os serviços de telefonia, de iluminação domiciliar. São remunerados por taxa ou tarifa.

Dessa forma, têm-se os serviços delegáveis (serviços pró-cidadão, de utilidade pública) e os indelegáveis (serviços pró-comunidade, essenciais ou propriamente ditos).

3 Competência para prestação de serviços públicos

Da proposta conceitual extraem-se os pressupostos para que dada atividade material possa ser considerada como “serviços públicos”. Trata-se de atividade a cargo da Administração Pública, criada, regulada e fiscalizada pelo Poder Público e por ele prestada ou delegada a terceiros. Cuida-se, ainda, de atividade orientada à satisfação das necessidades, conveniências ou utilidade da sociedade ou do próprio Estado e, por fim, sujeita à regulação por normas de Direito Público.

Ao Poder Público incumbe a prestação de serviços públicos (CF, art. 175), podendo seu desempenho – ou gestão – ser direto ou indireto. A prestação do serviço público decorre: a) da instituição de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado criadas com essa finalidade; b) de concessões; c) de permissões e d) autorizações.

Aos municípios é confiado o dever de prestar a maior gama de serviços públicos, posto ser de sua competência todo aquele que toque o seu “peculiar interesse” ou o “interesse local” (CF, art. 30, V). À União competem, além dos comuns a Estados e Municípios (CF, art. 23), os que lhe são privativos (CF, art. 21). Aos Estados somente os remanescentes podem ser atribuídos (CF, art. 25, § 1º), excetuada uma única hipótese: distribuição de serviço de gás canalizado (CF, art. 25, § 2º).

Dessa forma, os serviços públicos são de titularidade do Poder Público (por suas entidades estatais). Entretanto, o seu exercício, quando admissível, pode ser transferido a outras pessoas jurídicas, sejam as criadas por desejo do próprio Poder Público (que podem ser públicas ou privadas), sejam as criadas por particulares (sempre privadas).

As pessoas jurídicas de direito público vinculadas ao Poder Público são as autarquias e, via de regra, as fundações. As de direito privado são as empresas públicas e sociedades de economia mista. Quando prestados diretamente pela entidade estatal (União, Distrito Federal, Estados-Membros e Municípios), diz-se que há execução direta do serviço; quando, porém, a entidade se vale de pessoas jurídicas a ela vinculadas ou a pessoas jurídicas de direito privado, diz-se haver descentralização do serviço e, por fim, pode haver a mera distribuição da competência para prestação do serviço entre órgãos da própria entidade, que recebe a designação de serviço desconcentrado.

O modo de prestação não se confunde com a forma de execução que pode ser direta ou indireta.

- a) Execução direta: ocorre sempre que o Poder Público emprega meios próprios para a sua prestação, ainda que seja por intermédio de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado para tal fim instituídas.
- b) Execução indireta: ocorre sempre que o Poder Público concede a pessoas jurídicas ou pessoas físicas estranhas à Entidade Estatal a possibilidade de virem a executar os serviços, como ocorre com as concessões, permissões e autorizações.

Os serviços públicos podem ser prestados em três formas distintas: a) Serviços Centralizados: prestados diretamente pelo Poder Público, em seu próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade; b) Serviços Desconcentrados: prestados pelo Poder Público, por seus órgãos, mantendo para si a responsabilidade na execução; c) Serviços Descentralizados: prestados por terceiros, para os quais o Poder Público transferiu a titularidade ou a possibilidade de execução, seja por outorga (por lei – a pessoas jurídicas criadas pelo Estado), seja por delegação (por contrato – concessão ou ato unilateral – permissão e autorização).

4 Princípios dos serviços públicos

Os princípios são como regras que devem ser observadas juntamente com a aplicação da legislação. Como a prestação dos serviços públicos deve ser voltada aos membros da coletividade, os princípios devem ser como engrenagens para que funcionem em perfeita harmonia, atingindo um fim: uma eficácia máxima.

A continuidade do serviço público, em que todo e qualquer serviço público, exige que haja permanência na sua prestação; generalidade, aliada à impessoalidade – igual ou acessível a todos; isonomia, em que o desigual deve ser tratado na medida de sua desigualdade; eficiência, ou seja, o aperfeiçoamento e melhor técnica na prestação; modicidade significa que o custo do serviço deve ser mantido num patamar acessível aos usuários.

Acrescenta-se também o princípio da cortesia, ou seja, adequado e ótimo atendimento; princípio da atualidade combinado com o da eficiência, quer dizer a adequação técnica do serviço prestado e o princípio da continuidade do serviço público constituem princípios informadores dos serviços públicos.

Entretanto, consideram-se também como princípios norteadores da administração pública os elencados no art. 37, *caput* da Primeira Carta, quais sejam: da legalidade, em que todos os atos do administrador devem estar em conformidade com a legislação, ou seja, com a máxima de que o administrador público somente poderá praticar atos em que lei permita; da impessoalidade, em que os atos do administrador são obrigados a propiciar o bem comum desconsiderando qualquer tipo de promoção pessoal diante dos atos administrativos executados, já que os atos são dos órgãos e não dos agentes públicos; da finalidade, ou seja, os atos da Administração Pública devem focar-se a realizar o interesse público; princípio da moralidade está aliado aos atos do administrador com os cidadãos, exigindo daquele uma convivência ética e moral, observando também a rigorosa e valorizada ética administrativa.

Bem como o princípio da publicidade, que exige que os atos da Administração se tornem públicos para que gerem efeitos jurídicos e o da eficiência, em que a forma de atuação do agente público e o seu modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública correspondem à satisfação do bem comum e o dever da boa administração, dentre outros princípios implícitos no Ordenamento Pátrio.

Versa-se grande discussão sobre a possibilidade de interrupção na prestação de serviços públicos em razão do não pagamento pelo usuário. Os remunerados por tributos não admitem a paralisação (serviços gerais ou *uti universi*). Os demais podem ou não admiti-la conforme a natureza.

Entretanto, os serviços essenciais à população não autorizam a interrupção no fornecimento, porque indispensáveis e vinculados ao princípio da continuidade. Incidem para as concessionárias de serviços públicos as normas do Código de Defesa do Consumidor (arts. 22 e 42), e o não fornecimento pode constituir-se meio ilegal de cobrança de tarifa ou multa.

Merece apreciação o seguinte acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição federal) interposto de acórdão proferido por Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cuja possui o seguinte teor: "APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. IRREGULARIDADE NO MEDIDOR. AUTORIA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. CDC. APLICAÇÃO. O fornecimento de energia elétrica é dever da União (CF, art. 21, XII, 'b'), cuja prestação pode ser delegada, mas respeitados os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço adequado (CF, art. 175, IV). **Tratando-se, a energia elétrica, de bem essencial, o princípio é o da continuidade sendo que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços**

adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (CDC, art. 22). O inadimplemento não autoriza o corte no fornecimento, pois tal representa exercício arbitrário das próprias razões, vedada a justiça privada pelo sistema jurídico pátrio, não podendo a credora utilizar-se da suspensão do fornecimento como meio coercitivo para o pagamento de débitos. Precedentes da Câmara. A eventual irregularidade no medidor – que autoriza o corte – não se confunde com o débito dela decorrente. Sanada a irregularidade, a suspensão no fornecimento não pode ser feita por débitos passados, especialmente se tais débitos foram lançados unilateralmente pela concessionária. Não pode a concessionária imputar a responsabilidade à autora pela violação no medidor de energia elétrica com base em vistoria realizada por seus próprios prepostos e sem a observância, quando da efetivação da vistoria, do devido contraditório. Concessionária que dispõe de recursos técnicos necessários à comprovação de suas alegações. Hipossuficiência do consumidor. Aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Exegese do art. 6º, inciso VIII, do CDC. Em se tratando de serviços públicos prestados por empresas privadas aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. RECURSO DESPROVIDO." (fls. 301). Alega-se violação do disposto nos arts. 21, XII, b; 37, § 3º, e 175, IV, da Constituição Federal. O recurso não merece seguimento. Verifico que concluir diversamente do Tribunal de origem demandaria o prévio exame da legislação infraconstitucional e do quadro fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso extraordinário (Súmulas 279 e 636/STF). Do exposto, nego seguimento ao presente agravo. (Supremo Tribunal Federal, Ag. nº. 626860 RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13/10/2010, Public. DJe-201 22/10/2010). (Grifos nossos).

Não obstante, tem-se admitida a interrupção com fundamento no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 (que estabelece normas gerais para as concessões e permissões). A Lei nº 11.445/2007 – Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, prevê que o inadimplemento do usuário do serviço do abastecimento de água pode gerar a interrupção, mas desde que o usuário tenha sido previamente notificado (art. 40, V).

5 Formas e meios de prestação

O serviço é outorgado por lei e delegado por contrato. Invariavelmente a lei outorga ao Poder Público (entidade estatal) a titularidade do serviço público e somente por lei se admite a mutação da titularidade (princípio do paralelismo das formas). Nos serviços delegados, há transferência de execução do serviço por contrato (concessão) ou ato negocial (permissão e autorização). A outorga possui contornos de definitividade, posto emergir de lei; a delegação, ao contrário, sugere termo final prefixado, visto decorrer de contrato.

Empresas públicas e sociedades de economia mista recebem a titularidade do serviço público (quando constituídas para esse fim), mas também podem ser meras executoras dos serviços que lhes sejam transferidos (quando celebram contrato de concessão, por exemplo). Assim, se uma empresa pública prestadora de serviço público constituída pelo Estado celebrar contrato de concessão com a União, ela não receberá a titularidade (que não se transfere por contrato), mas será mera concessionária ou delegatária da prestação do serviço contratado.

5.1 Concessão

Concessão de serviço público “é a transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.”, segundo o artigo 2º, II, da Lei nº 8.987/95

Por força da Lei nº 11.079/95, foi instituído o regime de contratação denominado “parceria público-privada”, e as concessões de serviços registradas pela Lei n.º 8.987/95 passaram a ser denominadas “concessões comuns”, desde que não envolvam a realização de qualquer contraprestação pecuniária advinda do Poder concedente.

Apenas os serviços de utilidade pública podem ser objeto do contrato de concessão; serviços propriamente ditos ou essenciais à coletividade não admitem a transferência de execução, devendo permanecer em mãos do Poder Público. Os serviços concedidos são os delegados a pessoas jurídicas de direito privado, por contrato administrativo, que os executam em seu nome, conta e risco.

A prática administrativa, porém, registra hipóteses de concessão de serviços públicos a pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações), que recebem o nome de concessão legal de serviços públicos. Em qualquer hipótese, diga-se, que a titularidade do serviço continuará em mãos do Poder Público. A transferência da titularidade do serviço somente se opera nas hipóteses de outorga ou transferência em decorrência de lei.

À União compete legislar sobre normas gerais (CF, art. 22, XXVII), cumprindo às demais entidades o dever de adequação das normas gerais à realidade local. As normas gerais fixadas pela Lei nº 8.987/95 são aplicáveis à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que conservam competência legiferante para também disciplinar a matéria.

Ante o conceito ofertado pelo legislador e com apoio na doutrina majoritária, têm-se:

a) Poder concedente: União, Estados, Distrito Federal e Municípios – pessoa jurídica de direito público – entidades estatais.

b) Concessionário: pessoa jurídica ou consórcio de empresas, admitindo a legislação a contratação de empresa individual. A pessoa física não pode ser concessionária de serviços públicos.

c) Contrato: o contrato administrativo deve ser precedido de licitação. Em regra, a modalidade obrigatória é a concorrência, admitindo-se, porém, o leilão para determinados serviços (Lei nº 9491/97 – Programa Nacional de Desestatização).

Há duas espécies de contratos de concessão: a concessão de serviços precedidos de obra pública e a concessão de serviços públicos em um sentido amplo.

A remuneração é paga, usualmente, pelos usuários dos serviços públicos. A responsabilidade é por conta e risco do concessionário que atua em seu nome, incidindo a regra do art. 37, § 6º da Constituição (responsabilidade objetiva). A Lei nº 8.987/95 expressamente consagra a responsabilidade do concessionário (art. 25). De tal modo que a responsabilidade de concedente pode ser responsabilizada se exaurida as possibilidades de reparação dos prejuízos causados pelo concessionário, sendo, pois,

subsidiária a responsabilidade estatal. Pode-se cogitar da responsabilização do poder concedente também em razão da má escolha do concessionário ou de ausência de fiscalização.

Os atos de concessionário são passíveis de mandados de segurança, porquanto revestidos dos atributos de atos administrativos, salvo os que não se relacionem com o serviço contratado.

Ao concessionário não é aplicável a imunidade tributária (CF, art. 150, § 3º) e a tarifa inicial é fixada segundo a proposta vencedora da concorrência, admitindo-se a revisão permanente na forma disposta no edital e contrato.

O contrato pode admitir formas outras de obtenção de receita; Intervenção: é possível a intervenção realizada pelo poder concedente. A intervenção há de ser provisória, visto ser a definitiva equiparada à encampação. Em até trinta dias contados da data do decreto da intervenção, deverá o Poder Público iniciar o processo administrativo, assegurando ampla defesa e contraditório. O processo administrativo deverá ter-se encerrado em até cento e oitenta dias (Lei nº 8.997/95, art. 32 e s.); Extinção da concessão: pode ocorrer em razão do vencimento do prazo, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária (Lei nº 8.987/95, art. 35, I a VI).

5.2 Permissão

Permissão de serviço público é o ato unilateral, precário e discricionário, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço público, proporcionando ao permissionário a possibilidade de cobrança de tarifa aos usuários.

A permissão pode ser unilateralmente revogada, a qualquer tempo, pela Administração, sem que deva pagar ao permissionário qualquer indenização, exceto se se tratar de permissão condicionada que é aquela em que o Poder Público se autolimita na faculdade discricionária de revogá-la a qualquer tempo, fixando em lei o prazo de sua vigência.

A permissão condicionada é usada geralmente para transportes coletivos. Nesse caso, se revogada ou alterada, dá causas à indenização. Deve ser precedida de licitação para escolha do permissionário, assim como os atos praticados pelos permissionários revestem-se de certa autoridade em virtude da delegação recebida.

São características da permissão:

- unilateralidade (é ato administrativo e não contrato);
- discricionariedade;
- precariedade;
- *intuitu personae*.

A revogação da permissão pela Administração pode ser a qualquer momento, sem que o particular se oponha, exceto se for permissão condicionada. O controle do serviço é por conta da Administração, que pode intervir no serviço. A permissão não assegura exclusividade ao permissionário, exceto se constar de cláusula expressa.

Os riscos do serviço são por conta do permissionário e, por isso, o permissionário é responsável pelos danos causados a terceiros. Apenas

subsidiariamente a Administração pode ser responsabilizada pela culpa na escolha ou na fiscalização do executor dos serviços.

5.3 Autorização

É o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao particular a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração. Como se observa no serviço de táxi, serviço de despachante, serviço de segurança particular.

É caracterizado por ato unilateral da Administração:

- precário;
- discricionário;
- no interesse do particular;
- *intuitu personae*.

A cessação pode dar-se a qualquer momento, sem que a Administração tenha que indenizar. E a remuneração dá-se por tarifas.

Desse modo, a prestação de serviço público se dará por forma de outorga de norma, em que cabe somente à Entidade Estatal a titularidade do serviço público e conseguinte por meio de transferência de execução do serviço pela realização de contrato, como ocorre quando há a Concessão, ou pelo ato negocial, concretizando as hipóteses de Permissão ou Autorização.

6 A prestação de serviço público frente à ordem econômica

O tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas, respectivamente os artigos 21, XI e XII e arts. 173 e 174.

O Estado, por critérios jurídicos, técnicos e econômicos, define e estabelece quais os serviços deverão ser públicos ou de utilidade pública. Alguns dos serviços não poderão ser delegados a terceiros pela sua complexidade ou vinculação direta com a administração pública, contudo, outros tipos de serviços não devem ser prestados e, por consequência, sempre serão transferidos à iniciativa privada, obedecidas certas condições e normas.

A atividade econômica no Capitalismo, como é a baseada a nossa economia, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de empresas privadas. Em uma ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público. É, sim, um direito fundamental, enquanto exercido no interesse de realização da justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional.

O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de Direito Público. O que, portanto, se tem que destacar, é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre

os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no art. 21, XI e XII.

Tenham-se presentes essas distinções para a compreensão da natureza e dos limites das empresas estatais; pois, sob o ponto de vista de sua função, diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos (como a CEMIG, a Cia. de Metrô, a Telebrás, a Rede Ferroviária Federal etc.) e as exploradoras de atividade econômica (como a Petrobras, o Banco do Brasil, a Embraer, o BNDS).

O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personificação da entidade prestadora – art. 21, XI e diz, ainda, que compete à União explorar diretamente mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão e os demais de telecomunicação, os de energia elétrica etc.

São princípios da ordem econômica: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país – art. 170 CF/88.

Todos esses princípios que regem a ordem econômica também devem ser igualmente observados quando há exploração de serviços públicos essenciais, bem como das atividades econômicas em concomitância com os princípios dos serviços públicos.

Hodiernamente, a efetividade e a eficácia dos serviços de energia elétrica têm tido reclamações tanto na esfera administrativa quanto na judicial. O fornecimento da energia elétrica, como é uma espécie imprescindível à sobrevivência, vem colecionando infinitos processos judiciais por todo o país, diante da não observância nos princípios e regras básicos dos serviços públicos.

Pontuam-se, como algumas das causas motivadoras dos litígios no Poder Judiciário, a interrupção arbitrária do fornecimento de energia, o processamento administrativo de infrações do consumidor sem a observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, dentre outros.

Sendo assim, verifica-se que, diante da exploração de um recurso essencial para a sobrevivência da população brasileira e também como instrumento necessário e vital para que a economia se desenvolva e prospere, o fornecimento de energia elétrica pelas prestadoras e exploradoras de serviços públicos deve se pautar pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, para que, enfim, se alcance a eficiência e eficácia dos serviços públicos.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) equipara o prestador de serviços públicos a “fornecedor” e o serviço a “produto”, dispondo que “Os órgãos políticos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” (art. 22, *caput*).

A Lei nº 8.987/95, que fixa normas gerais sobre concessões e permissões de serviços públicos, também arrola os direitos dos usuários, dentre eles: a) receber serviço adequado; b) receber do concedente e da concessionária informações para a

defesa de interesses individuais ou coletivos; c) direito de escolha, quando possível, do prestador de serviço.

Em se tratando de serviço geral (de fruição geral ou *uti universi*), o Ministério Público estará legitimado a defender seus destinatários indeterminados (tratar-se-ia de interesse coletivos ou difuso); versando sobre direito individual, pode o usuário valer-se, conforme a hipótese, de instrumento processual adequado e até do mandado de segurança (desde que ocorra a violação de direito individual líquido e certo). O usuário, assente nos seus direitos, poderá buscar a concreção dos princípios informadores dos serviços (generalidade, continuidade etc.). Excepcionalmente se reconhece a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública em defesa de interesses individuais, desde que homogêneos.

Não é todo serviço público que permite o reconhecimento da aplicação do sistema protetivo dos direitos do consumidor, porque há serviços cuja prestação é obrigatória e independe de remuneração pelo usuário (como os serviços, *uti universi* propriamente ditos – exemplos: saúde, segurança pública etc.). Nestes a relação estabelecida entre o usuário e o Poder Público não pode ser caracterizada como de “consumo”, diferentemente do que ocorre em relação aos serviços cuja utilização é determinada pela remuneração paga pelo usuário (como os de utilidade pública – exemplo: transportes coletivos, telefonia etc.). Mas, seja ou não decorrente de relação de consumo, pode o usuário ou cidadão exigir do Estado a prestação do serviço, como também pode buscar a reparação de eventual dano que tenha sofrido, e a responsabilidade civil será objetiva.

Como é o caso das demandas judiciais envolvendo a Concessionária Elétrica e os Consumidores. Infelizmente, para muitos cidadãos brasileiros para esse tipo de serviço público não poderia caber reclamação e muito menos os direitos inerentes aos consumidores codificado na Lei nº 8.078/90.

É discutível a relação que envolve as pessoas e as Concessionárias de prestação de energia elétrica, prevalecendo o reconhecimento da relação consumerista e os direitos estabelecidos pela legislação especial. Para tanto, prelecionam-se algumas jurisprudências de Tribunais Superiores para ilustrar melhor a afirmação:

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ENERGIA ELÉTRICA DEVOLUÇÃO EM DOBRO
CÓDIGO DO CONSUMIDOR.

Indevida a restituição em dobro da tarifa de energia elétrica declarada inexigível, pois somente quando caracteriza a má-fé da concessionária pela cobrança indevida é cabível aplicação do artigo 42, parágrafo único do CDC. Recurso parcialmente provido.

TJSP. 35ª Câmara de Direito Privado: Ap. C. 0022772-84.2008.8.26.0451, Rel. Des. Clóvis Castelo, j. 29.08.2011.

(Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20316438/apelacao-apl-227728420088260451-sp-0022772-8420088260451-tjsp>. Acesso em: 20 abr. 2012).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO -
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR
FEITOS EM QUE SE DISCUTE A RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE ENTRE

CONSUMIDOR E CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - PRELIMINAR REJEITADA - PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO - NULIDADE DA SENTENÇA - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - ACOLHIDA PARCIALMENTE - MÉRITO - REVISAO TARIFÁRIA - COBRANÇA INDEVIDA - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - RESTITUIÇÃO DE UMA ÚNICA VEZ - APLICAÇÃO DO CDC - PIS E COFINS A SEREM INCLUÍDOS NA DEVOLUÇÃO DE VALORES - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

TJMS. 3ª Câmara Cível: Ap. C. AC 37229 MS 2011 037229-7, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 31.01.2012.

(Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21223536/apelacao-civil-ac-37229-ms-2011037229-7-tjms> Acesso em: 20 abr. 2012).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO de indenização. POR DANOS MATERIAIS. ENERGIA ELÉTRICA. OSCILAÇÃO DA REDE. QUEIMA DE MÁQUINA ELÉTRICA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. APLICAÇÃO DO CDC. VULNERABILIDADE TÉCNICA DA AUTORA. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, *caput*, do código de defesa do consumidor, abrange quem adquire produtos e serviços para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade. A vulnerabilidade referida no CDC não é apenas a econômica, mas, entre outras, também a técnica. Hipótese em que a autora, embora pessoa jurídica, é tecnicamente vulnerável perante a requerida, sendo caso de aplicação do CDC à espécie. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NEXO CAUSAL EVIDENCIADO. DEVER DE INDENIZAR. É cediço que, sendo a empresa demandada concessionária de serviço público, responde objetivamente, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pelos danos que, na consecução de seu *mister*, por ação ou omissão, houver dado causa, bastando à vítima a comprovação do evento lesivo e do nexo etiológico entre este e a conduta do agente. Hipótese em que restou comprovada nos autos a relação de causa e efeito entre os danos suportados pela parte autora e a falha do serviço prestado pela ré, consistente na oscilação da tensão da rede, que acarretou a queima de uma máquina, sendo impositivo o reconhecimento do dever de indenizar. DANOS MATERIAIS EMERGENTES. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. Hipótese em que a autora evidenciou a avaria em seu maquinário, em decorrência da oscilação da tensão da rede de energia elétrica. Os danos materiais emergentes, no caso, devem corresponder ao valor do menor orçamento de conserto da máquina. Sentença mantida, no ponto. LUCROS CESSANTES. CONFIGURAÇÃO. Tendo restado evidenciado que, em virtude da inoperância temporária da máquina, por cerca de dois meses, a requerida ficou impossibilitada de produzir e comercializar peças, deve ser indenizada pelo que deixou de lucrar no período, estando o montante do prejuízo suficientemente evidenciado nos autos. CORREÇÃO MONETÁRIA. DANO MATERIAL. *DIES A QUO*. A correção monetária relativa aos danos materiais deve incidir desde a data do efetivo prejuízo, já que visa apenas à manutenção do poder de aquisição do capital. Precedentes jurisprudenciais. Manutenção da sentença, no tópico. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. Em se tratando de responsabilidade civil contratual, os juros de mora são devidos a

contar da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil. Alteração do marco inicial dos juros.

TJRS. 10ª Câmara Cível: Ap. C. 70046304549, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 16.02.2012.

(Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21378588/apelacao-civil-ac-70046304549-rs-tjrs>. Acesso em: 20 abr. 2012).

FORNECIMENTO ENERGIA ELÉTRICA - APLICAÇÃO DO CDC.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo entre a Cemig e o usuário, por força do art. 22 do Código do Consumidor, pelo menos até que haja legislação especial que regulamente de forma específica tais questões.

TJMG. Ag. 1.0024.06.995078.0/001(1), Rel(a). Des(a). Vanessa Verdolim H. Andrade, j. 29.07.2008.

(Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5961963/100240699507800011-mg-1002406995078-0-001-1-tjmg/inteiro-teor> Acesso em: 20 abr. 2012).

É notório que os serviços públicos guardam uma ordem publicística, em que enfoca o cidadão-usuário como integrante de um sistema social de garantia de proteção de determinada atividade essencial para toda a coletividade. Tanto é que a Constituição Federal, cronologicamente, declara que o regime político brasileiro é republicano do tipo federalista e o Estado brasileiro é o Estado Democrático de Direito.

A singularidade não escapou à observação crítica de Alexandre Santos Aragão (2007, p. 529):

A legislação consumerista tem por objetivo a proteção do consumidor conceitualmente hipossuficiente face ao poder econômico da empresa prestadora de serviços, produtora ou comercializadora de bens, ao passo que na prestação de serviços públicos muitos dos usuários são chamados de “grandes consumidores”, empresas muitas vezes maiores que as próprias concessionárias, geralmente utilizando os serviços como insumos para as suas próprias atividades econômicas.

Portanto, aliar as políticas das Concessionárias de energia elétrica à lei principiológica do Estatuto de Defesa do Consumidor, é a melhor e mais justa medida do Poder Público para que os cidadãos-usuários possam ter um serviço eficiente e eficaz, beneficiando também toda a população brasileira.

Não é objetivo de o presente trabalho esgotar o tema, tendo em vista a necessidade de estudos que aprofundem e esclareça as características do serviço público para a aplicabilidade integral do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Enquanto legislações autorizam a interrupção da prestação de serviços públicos, como a Lei nº 8.987/95, que estabelece normas gerais para as concessões e permissões, o CDC traz uma gama de direitos e deveres tanto aos cidadãos-usuários quanto ao Poder Público, que esbarra frontalmente na Lei de Concessões e Permissões.

Um recurso essencial, como a água e a energia elétrica, para a sobrevivência da população brasileira é também um instrumento necessário e vital para que a economia

se desenvolva e prospere. Entretanto essas Concessionárias veem colecionando reclamações dos usuários que acabam por acionar o Judiciário, ações essas que se multiplicam a cada ano.

Portanto, diante da exploração dos serviços públicos, tanto os princípios regem os serviços públicos quanto a os da ordem econômica sugerem a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Nota-se que os Tribunais Superiores têm reconhecido a relação consumerista entre os usuários e as Concessionárias, aplicando, conseqüente, todos os direitos estabelecidos pela legislação especial.

Em análise última, a aplicabilidade da legislação consumerista às exploradoras de serviços públicos consiste na forma e meio pelos quais o Estado disponibiliza aos cidadãos-usuários um serviço eficiente e eficaz, beneficiando também toda a coletividade.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Veredas do Direito dos Animais no Brasil

Paths of animal rights in Brazil

Liliana Maria Gomes

Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna, pós-graduada em Perícia Judiciária pela Universidade FUMEC, graduada em Direito e Psicologia pela Universidade FUMEC.

E-mail: lilianagomespro@gmail.com

Resumo: Os maus-tratos contra os animais domésticos têm aumentado na medida da discrepância dos tratamentos que recebem, por vezes como integrantes da família e, em outras, como meros instrumentos. Questiona-se a efetividade normativa quanto à repressão e à prevenção aos crimes contra animais e a educação ambiental como pilar de transformação da herança antropocêntrica. O objetivo é analisar se a legislação atual é suficiente para garantir proteção aos animais domésticos e propor a sentiência como referencial na proteção dos interesses dos animais. Para cumprir esse propósito, procedeu-se à pesquisa teórico-bibliográfica e documental, numa abordagem dedutiva, possibilitando uma análise crítica da legislação pátria acerca do Direito dos Animais. Este estudo permitiu perceber que há resquícios da visão antropocêntrica na legislação pátria no que toca aos Direitos Animais e que a educação ambiental necessita superar os desafios da transversalidade e da transdisciplinaridade para ocupar um espaço relevante no contexto escolar, em prol da construção de uma consciência ambiental de respeito com os animais, transformando antigos modelos de comportamento.

Palavras-chave: Antropocentrismo. Biocentrismo. Direito dos Animais. Senciência. Educação Ambiental.

Abstract: Domestic animal mistreatment has increased as the discrepancy of the treatments they receive, sometimes as family members, and in others, as mere instruments. The normative effectiveness regarding crime repression and prevention against animals and the environmental education as transformation pillars of the anthropocentric heritage is questioned. The objective of this work is to analyze if the current legislation is sufficient to guarantee protection to domestic animals and to propose the sentience as a reference in the protection of the interests of the animals. In order to fulfill this purpose, a theoretical-bibliographic and documentary research was carried out, in a deductive approach, allowing a critical analysis of the national legislation on Animal Rights. This study allowed us to perceive that there are remnants of the anthropocentric vision in the national legislation regarding Animal Rights and that environmental education needs to overcome the challenges of transversality and transdisciplinarity to occupy a relevant space in school context, in order to build up some environmental awareness concerning the respect for animals, transforming old models of behavior.

Keywords: Anthropocentrism. Biocentrism. Animal Rights. Sentience. Environmental Education.

1 Introdução

A relação entre humanos e animais não humanos é complexa, abrangendo aspectos sociais, econômicos, psicológicos, religiosos e culturais. Num contexto social com resquícios da herança antropocêntrica da relação dos homens com os animais, já se deu início a uma mudança de perspectiva. Contudo, ainda se fazem presentes muitos comportamentos que são reproduzidos sem consciência das suas reais consequências para os animais. Esse automatismo comportamental é difícil de ser transformado radicalmente, principalmente porque ele traz mais prejuízo para os animais que para os homens.

O problema abarcado nesse trabalho é o questionamento da efetividade normativa no tocante à repressão e prevenção dos maus-tratos contra os animais domésticos no Brasil e a análise da educação ambiental como instrumento preventivo de crimes contra animais. Nesse ínterim, o objetivo é tratar da efetividade normativa, além de analisar a insuficiência e a necessidade da adequação da atual legislação brasileira na tutela dos animais, em especial os domésticos.

A hipótese levantada é de que a educação ambiental, como catalizadora da construção da consciência ambiental, seja o pilar de prevenção da prática de atos de abuso e agressão contra os animais domésticos, além de incentivar a participação dos cidadãos na construção e no cumprimento das leis.

Para tanto, foi abordada a relação entre homens e animais no contexto histórico, apontando as ideias antropocêntricas e seus reflexos nas condutas humanas de subjugação dos animais. A contraposição do biocentrismo em face do pensamento antropocêntrico mostrou que este já vem perdendo espaço e se tornando ultrapassado. A percepção dos animais como meras coisas tem dado cada vez mais espaço à percepção da capacidade que alguns têm de sentir e ter consciência de si, uma vez que são seres sencientes. A senciência deve ser o ponto de referência, defendido por Singer (2016), para a tutela do Direito dos Animais.

Num segundo momento, passou-se à análise das normas pátrias relativas ao Direito dos Animais, bem como à sua efetividade na tutela dos interesses dos animais domésticos, além de abordar a judicialização das questões relativas aos interesses dos animais domésticos, apresentando a implementação da educação ambiental como instrumento para a construção de uma consciência ambiental capaz de romper com a repetição dos modelos negativos introjetados.

Portanto, o tema é atual e desafiador, uma vez que exige uma transformação cultural, comportamental e normativa frente aos direitos dos animais domésticos. A pesquisa seguirá os métodos teórico-bibliográfico e documental, numa abordagem dedutiva.

2 O biocentrismo como contraponto à visão antropocêntrica

A proteção ambiental e o posicionamento dos homens em relação aos animais sempre foram influenciados por contextos econômicos, filosóficos, culturais, religiosos o que acarreta diferentes tratamentos dispensados aos animais não humanos. Ao longo

da história, o antropocentrismo dominou grande parte da relação entre humanos e animais não humanos, contudo o biocentrismo tem conquistado espaços importantes.

Kortencamp e Moore (2001) asseveram que, apesar de o sentimento humano de superioridade em relação às demais espécies ser tão ou mais antigo que as escrituras sagradas, o termo “antropocentrismo” só recentemente passou a ser utilizado para expressar a ideia de que o homem é a espécie mais importante de todas, de maneira que as demais têm importância apenas quando há interferência nos interesses humanos, positiva ou negativamente.

A busca pelo desenvolvimento econômico teve forte influência na conduta antropocentrista desde o início da civilização e, ainda hoje, esse viés econômico permeia as relações entre homens e animais não humanos. Aliás, uma das grandes dificuldades que a proteção dos interesses dos animais encontra passa pelos interesses econômicos dos homens.

Fernandes (2014) mostra que a atitude dos seres humanos em relação aos animais depende da cultura na qual estão inseridos. Destarte, há culturas que defendem ou toleram os abusos contra animais e as que condenam tais atos. No budismo, por exemplo, busca-se a libertação dos animais que se encontram presos e destinados a uma morte violenta. Tal prática coexiste com outras, destinadas a ajudar seres humanos em sofrimento. Também no Hinduísmo ensina-se a não violência acima de tudo, portanto, os maus-tratos aos animais afrontam sua crença: a maioria dos hinduístas é vegetariana. A religião judaica delineia instruções específicas de não causar qualquer sofrimento aos animais.

Ainda no contexto religioso, Felipe (2003) lembra que o cristianismo teve forte influência do pensamento de Aristóteles, com foco nos interesses humanos. Destarte, teólogos e filósofos do período medieval, a exemplo de Santo Agostinho e Tomás de Aquino, suscitavam a aceitação da violência com os animais, já que eles foram dados ao homem por Deus.

Resta a importância de analisar os atos humano a partir de um contexto histórico cultural. O que é considerado cruel em uma época ou lugar pode ser visto como comportamento comum ou mesmo desejado em outro. Os hábitos mudam no tempo e no espaço, sendo fácil constatar essas variações. Nesse contexto, comer carne bovina é comum na cultura ocidental e uma heresia na cultura indiana; na China, come-se carne de cães, o que é uma ideia repugnante no Brasil.

O historiador Thomas (2010) traz uma discussão a respeito das transformações na percepção dos animais no cotidiano da sociedade inglesa dos séculos XVI ao XIX, mostrando que algumas concepções tinham um viés exclusivamente religioso, não criticando práticas cruéis e, em outros momentos, essas práticas eram rejeitadas. A partir de uma reflexão acerca das práticas consideradas cruéis e sua rejeição, Thomas (2010) mostra que “o destronamento do homem” surge no final do século XVII, com uma tímida mudança de atitude de sensibilidade para com os animais.

Em que pese as religiões monoteístas terem uma postura essencialmente antropocentrista, desqualificando os animais em relação ao homem, algumas religiões politeístas também subjugarão os animais, praticando inclusive o sacrifício destes para agradar seus deuses, o que mostra que a desconsideração dos animais como seres

merecedores de proteção não é exclusividade das religiões monoteístas. Ainda hoje, no Brasil, podem ser constatados casos de sacrifícios de animais em rituais religiosos.

A evolução da relação entre homens e animais teve como um dos seus principais capítulos o pensamento de Jeremy Bentham (1979). Contrapondo-se à filosofia antropocêntrica, o autor adota um posicionamento de defesa dos animais. Para ele, o ponto de discussão não deve ser a capacidade dos animais de raciocinar ou falar, mas a capacidade de sentir, de sofrer. Para Bentham (1979), da mesma forma que os franceses entenderam que escravizar seres humanos, em função da escuridão da pele, era imoral, haverá um momento em que os homens aprenderão que não possuem o direito de explorar os animais, nem tirar deles nenhum direito, em razão do número de pernas ou da terminação das vértebras sacrais. Bentham foi precursor dos grandes defensores dos Direitos dos Animais da atualidade, seu discípulo mais conhecido é Peter Singer.

A partir de 1970, começaram a surgir várias manifestações, com passeatas, protestos, incluindo a remoção de animais usados em pesquisas e fazendas de criação intensiva, incluindo sabotagens a práticas de caça, laboratórios e criadouros. Nesse momento, a proteção animal passou a se dividir em duas categorias: a de bem-estar, que preconiza um tratamento humanitário dos animais; e a abolicionista, corrente que defende a eliminação total da exploração animal pelos humanos.

Nesse período, Peter Singer (2016) destacou-se com a publicação de “Libertação Animal”, propondo um debate sobre a ética animal, questionando práticas relacionadas às atividades agropecuárias, científicas e militares. Singer (2016) tem uma postura de cautela sobre os pensamentos filosóficos que deduzem direitos e privilégios para o sujeito que possui alguma habilidade especial. Para o autor, os direitos morais são a forma direta de se referir à proteção que pessoas e animais moralmente devem ter, o que deve ser justificado com base nas possibilidades de sofrimento e de bem-estar. Nesse contexto, Singer (2016) afirma que é possível exigir a igualdade dos animais sem cair no emaranhado da filosofia a respeito da natureza dos direitos.

Os movimentos pró-animais dos anos 70 foram cruciais para o questionamento do condão antropocêntrico que marcava a legislação ambiental e de proteção dos animais. A partir de então, passou-se a perceber mais o homem inserido no contexto ambiental e não acima deste.

Maddalena (1990) aponta que antropocentrismo tem sido lentamente substituído pelo biocentrismo, não na acepção de que o valor homem seja substituído pelo o valor natureza, mas na direção em que se impõe como valor a ‘comunidade biótica’, e em sua ponta se encontra o homem.

A visão humana a respeito dos animais variou ao longo da história. Já foram considerados seres sagrados, instrumento de trabalho, alimento, meio de diversão, objetos sexuais, integrantes da família, entre outras variações. Contudo, o biocentrismo mostra que como os homens têm seus interesses e direitos, os animais também os têm e cabe aos homens protegê-los, mas não conforme os interesses humanos.

Chalfun (2010) mostra que o direito animal, apesar da ligação com os preceitos ambientais, e mais especificamente ecológicos, com seus paradigmas filosóficos, pretende não apenas proteger os animais dentro da seara ecológica ou ambiental, e, conseqüentemente, proteger o próprio homem, já que há sadia qualidade de vida,

harmonia do planeta, do homem com a natureza, em decorrência do benefício humano. Pretende também proteger o animal por ele próprio, por sua condição de ser vivo, proteção da vida sensível e grau de inteligência, que o faz merecer tratamento digno, e não mero instrumento em benefício do homem. Não se trata de proteção aos animais apenas quando se afeta a biodiversidade, o ecossistema, ou mesmo proteção aos animais somente dentro de uma esfera de ética planetária ou global, mas sim uma ética animal e individual, vedando as crueldades e conferindo proteção a cada animal individualmente considerado em outras esferas diversas da esfera ambiental e da ecológica, tais como entretenimento, experiências científicas, alimentação, animais de estimação.

2.1 Da esquizofrenia moral de Francione à senciência de Singer

Dentro de um mesmo período da história, numa mesma cultura, também há divergências de posturas humanas frente aos animais. Francione (2010) usou a expressão esquizofrenia moral para representar a disparidade do comportamento humano frente a espécies diferentes de animais, aliado aos interesses distintos do homem em relação aos animais.

Trindade (2014), ao analisar a ideia de esquizofrenia moral apresentada por Francione (2010), mostrou-a como nada mais do que uma negação da condição dos animais como coisas em um primeiro nível, e a aceitação de seu status de mero recurso econômico em um segundo nível. Em outras palavras, o agente moral (homem) afetado pelo comportamento esquizofrênico demonstra uma visão contraditória no que tange aos animais não humanos. Ou seja, por um lado, ele acredita que animais não são coisas, não devendo ser infligido a eles sofrimento desnecessário e, por outro, ele aceita que lhes seja infligido sofrimento e até mesmo morte tendo por justificativa a simples consecução de certos interesses triviais dos seres humanos.

Essa ideia da esquizofrenia moral vai ao encontro de alguns questionamentos que a psicóloga Melanie Joy (2013) faz quanto os motivos de o homem considerar algumas espécies como membros da família e outros como suprimento de alimento ou vestuário. No seu livro “Por que amamos cachorros, comemos porcos e vestimos vacas”, Joy mostra que o homem tem uma consideração diferente para cada animal, especialmente com os domésticos. É como se o homem tivesse várias personalidades e cada uma seria dedicada a um animal distinto. O próprio título da sua obra faz uma crítica para esse descompasso da conduta humana.

Num segundo momento, Trindade (2014) revela que a esquizofrenia moral de Francione representa uma relação moral notoriamente inconsistente entre os seres humanos, os seus companheiros animais e os animais não humanos que eles consomem todos os dias. Por um lado, muitos seres humanos amam seus animais de estimação, considerando-os como verdadeiros membros de suas famílias a ponto de sofrerem intensamente com a sua doença e morte. Por outro lado, essas mesmas pessoas consomem produtos oriundos de animais que foram mortos em meio a um enorme sofrimento. Destarte, alguns não humanos são merecedores do carinho, atenção e amor dos humanos, enquanto outros são alvos de uma absoluta indiferença.

Trindade (2014) ainda destaca que a esquizofrenia moral humana tem como outro aspecto evidente a diferenciação e delimitação dos não humanos em determinados grupos e categorias. Os animais, de modo geral, não são mais diretamente percebidos como seres capazes de sofrer, mas seres distribuídos em conjuntos arbitrários.

Em outras palavras, os seres humanos passam a pensar em animais não humanos de acordo com o seu interesse, assim há animais para consumo, animais de estimação, animais de pesquisa, animais para diversão, etc.

Para Francione (2010) também é uma particularidade da esquizofrenia moral humana o ato de interpretar qualquer questão relacionada ao uso ou ao tratamento dos animais como um conflito de interesses genuíno. Ou seja, sempre que um interesse humano conflita com um interesse não humano, acredita-se que seja possível avaliar imparcialmente os interesses dos envolvidos, isto é, que os interesses com maior peso, independentemente da espécie do portador, irão triunfar.

Tendo em vista as informações supramencionadas, observa-se que as principais justificativas para a contínua e ininterrupta imposição de dor, sofrimento e morte a um número incomensurável de animais dizem respeito ao interesse humano por prazer, entretenimento, divertimento e a conveniência relacionada a essas atividades. Não faz sentido considerar animais em razão da sua espécie ou pela convivência afetiva com os humanos, como os animais de estimação, e tratar outras espécies como coisas ou objetos de satisfação humana. Os animais domésticos, de estimação ou não, devem ser protegidos a partir da sua senciência. Da mesma maneira que é uma esquizofrenia moral cuidar do bem-estar de cães e não ter tal cuidado com os porcos, a esquizofrenia também se configura ao tratar cães de estimação como integrante da família e cães de laboratório (biotérios) como meros instrumentos de pesquisa, o que nesse caso nem constitui especismo, senão uma grande ausência de sentido com base antropocêntrica.

Trindade (2014) aponta que, embora a relação com os não humanos seja tomada como importante parte da vida social humana, e quaisquer maus-tratos e crueldades praticadas contra eles sejam execradas pela população em geral, usualmente não se questiona se os múltiplos usos institucionalizados e culturalmente sancionados poderiam ser realmente vistos como essenciais à vida humana e justificados sob o prisma da Ética.

Como já explanado anteriormente, Singer (2016) herda de Bentham (1979) o repúdio ao antropocentrismo, considerando os animais seres que tem sensações de alegria, dor, sofrimento, não supervalorizando a racionalidade e a linguagem humana. Singer (2016) afirma que possuir autoconsciência não confere ao ser autoconsciente prerrogativas ou privilégios, nem direitos absolutos sobre a vida e a morte de outros.

O termo senciência é legitimado pela Etologia e refere-se à capacidade que os animais têm de ter sensações, sofrer e sentir dor, que Bentham (1979) defendia. O referido autor inaugura uma crítica ética acerca da libertação animal. Fomentando ideias contemporâneas em defesa dos animais, propõe a exigência de expansão do princípio da igualdade de interesses para atender ao sofrimento de seres não humanos.

Molento (2005) afirma que a senciência tem graus de complexidade diferentes nas diversas espécies animais. Portanto, a questão da senciência animal passa pela

análise quantitativa, o que deve ser considerado no direcionamento de esforços dedicados à promoção do bem-estar animal.

Já Tom Regan (1998) distingue os seres que são apenas vivos dos seres para os quais o estar vivo e bem, ao seu próprio modo, é o que importa, ainda que não se reconheça em sua forma de vida nada de maravilhoso. Ser sujeito de sua vida é conduzir seu viver orientando-se para evitar o que causa mal e buscar o que fomenta o bem próprio de sua natureza. A vida, para esses seres, no entender de Regan (1998), tem valor inerente. Por isso, tais seres devem ser incluídos na comunidade moral, ainda que na condição de pacientes morais.

Singer (2016) apresenta o princípio da igual consideração como condição de mudança de paradigmas comportamentais que violem os direitos animais, assim deve ser um princípio universal. Para ele, quando se utilizam os critérios da razão e da linguagem, o número de seres contemplados pelo princípio da igual consideração fica restrito. Portanto, um parâmetro mais democrático é o do interesse, já que, nesse caso, a referência é a capacidade de sentir bem-estar, prazer, dor e sofrimento. Dessa forma, a aplicação do princípio da igualdade toma-se mais inclusivo, abarcando, além da espécie humana, todas as espécies dotadas de sensibilidade e consciência.

Nesse ínterim, pode-se dizer que a base do princípio da igual consideração de interesses semelhantes é a senciência, ou seja, a sensibilidade dos animais no que tange à capacidade de sentir dor e prazer. Destarte, aplicar o referido princípio implica proporcionar o bem-estar e evitar o sofrimento dos animais sencientes.

Peter Singer (2016) destaca a urgência da aplicação do princípio da igual consideração de interesses semelhantes na defesa da liberdade para os animais, para acolher os interesses de seres sensíveis, não pertencentes à espécie humana. O princípio da igual consideração, conforme o autor, deve se estabelecer em razão das condições cruéis a que os animais são submetidos, seja pelo sofrimento com a privação das condições básicas, seja pela imposição de situações hostis ao seu bem-estar físico e psíquico.

Ao cuidado dispensado aos seres sensíveis em estado de dor, Singer (2016) sugere que uma maior consideração seja direcionada às demais aptidões que os seres têm em função da sua espécie. A consciência da experiência vivenciada está relacionada a uma capacidade de sofrimento maior ou menor entre as diferentes espécies. Saber o que está a acontecer consigo e ter noção da dor que poderá sentir, torna a capacidade de sofrimento maior. Segundo Singer (2016), a angústia mental é o que torna a situação humana mais difícil de suportar.

A proposta de Singer (2016) é que se considere, além da senciência, as capacidades inerentes às espécies, mas a senciência constitui o referencial de consideração dos animais não humanos.

Contudo, Francione (1995) diverge dos pensamentos de Singer (2016) e Regan (1998). Para Francione (1995), o aspecto de propriedade dos animais é, geralmente, o componente principal na resolução de conflitos entre humanos e animais, mesmo que o status de propriedade não seja explícito; nos casos em que interesses de humanos e de animais conflitam, o humano quase sempre busca exercer domínio sobre sua propriedade. Assim, no que diz respeito à lei, é como se o conflito fosse entre uma

pessoa e uma lâmpada, ou qualquer outro tipo de propriedade pessoal. Portanto, a origem da dificuldade de aplicabilidade do princípio da igual consideração de interesses semelhantes aos seres não humanos é o status de propriedade imposto aos animais.

Talvez discordar de Francione (1995) soe um tanto pretensioso. Mas a sciência transcende a propriedade ao considerar que um animal tem valor intrínseco em razão da sciência. Esse valor não pode ser restrito pela propriedade, O dever de não impor sofrimento aos animais sencientes não pode ser relativizado pela propriedade. É certo que alguns humanos podem usar da propriedade como argumento para certas práticas que configuram maus-tratos, especialmente se há interesses econômicos envolvidos, mas essa é uma postura antropocêntrica que deve ser combatida, tanto pelas leis, quanto pela Educação Ambiental e pela sociedade como um todo.

Francione (2013), por sua vez, de modo similar a Regan (1998), critica a proposta moral kantiana dos deveres indiretos para com os animais. Francione (2013) acredita que, se um ser é capaz de sofrer, independentemente de sua espécie ou de quaisquer outras particularidades, isso é o suficiente para que se possua uma obrigação direta para com esse ser de não lhe causar dano. Se um indivíduo, por exemplo, está interessado em torturar um cão, pois isso lhe causa prazer, a sua conduta não deve ser objetada somente porque poderia existir uma obrigação moral para com o dono do cachorro ou para com qualquer outra pessoa preocupada com o animal, mas simplesmente porque o cão tem o interesse em não ser torturado, isto é, tem o interesse em não sofrer.

Talvez chegue o dia em que o restante da criação animal venha a adquirir os direitos dos quais jamais poderiam ter sido privados, a não ser pela mão da tirania. Os franceses já descobriram que o escuro da pele não é motivo para que um ser humano seja abandonado, irreparavelmente, aos caprichos de um torturador. É possível que algum dia se reconheça que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a terminação dos os sacrum são motivos igualmente insuficientes para se abandonar um ser sensível ao mesmo destino. O que mais deveria determinar a linha insuperável? A faculdade da razão, ou, talvez, a capacidade de falar? Mas para lá de toda comparação possível, um cavalo ou um cão adultos são muito mais racionais, além de bem mais sociáveis, do que um bebê de um dia, uma semana, ou até mesmo de um mês. Imaginemos, porém, que as coisas não fossem assim; que importância teria tal fato? A questão não é saber se são capazes de raciocinar, ou se conseguem falar, mas sim se são passíveis de sofrimento. (BENTHAM, 2007, p. 301).

Os seres sencientes utilizam as sensações de dor e prazer para buscar situações que melhoram suas vidas. Assim, como os seres humanos suportam dores intensas para sobreviver, os animais não humanos não só aguentam a dor, como também são capazes de impor enormes dores a si mesmos para continuarem vivos, como é o caso de animais presos em armadilhas que roem seus membros para escapar. Destarte, um ser senciente, por definição, é um ser autoconsciente. Nesse sentido, para Francione (2010), um ser senciente (humano ou não) é capaz de reconhecer se é ele, e não outro

ser, quem está vivenciando o prazer ou dor, e um ser ciente de sua dor ou prazer possui alguma forma de consciência de si mesmo.

Trindade (2014) compara a ausência da autoconsciência em seres humanos, acometidos por patologias graves, com os animais que também não possuem autoconsciência. Considerando que seu questionamento não tenha o objetivo de retirar o valor intrínseco dos humanos em determinadas situações, o autor combate o viés antropocêntrico da fala de Singer (2016) a respeito da substituição. A sciência que Singer (2016) e Francione (2010) propõem está relacionada ao critério de determinação de valores intrínsecos aos animais; não há questionamento sobre a existência de valor intrínseco ao homem, de forma que é certo que o homem tem valor intrínseco, contudo, para Singer (2016), os animais podem ser considerados como recursos substitutivos. Data vênua, para fins econômicos, os animais podem ser vistos como recursos substituíveis, como em uma empresa os recursos humanos também os são, mas, no contexto do Direito dos Animais, os interesses desses devem ser tutelados. Portanto, o comentário de Trindade (2014), como o de Francione (2010), tem pertinência ao discordar da visão de Singer (2016), pois percebê-los como recursos substituíveis é do interesse de alguns humanos, não dos animais.

Destarte, a sciência deve ser o critério utilizado para tutelar os direitos dos animais, começando pelo direito de não serem percebidos como meras propriedades ou recursos substituíveis. Os direitos dos animais serão abordados a seguir.

3 Rumos do Direito dos Animais

Analisando a tutela jurídica do Direito Ambiental, percebe-se uma evolução histórica dos direitos relacionados à fauna. É notório que houve uma mudança de paradigmas, reconhecendo os animais como sujeitos de direito. Conforme o pensamento de Norberto Bobbio (1992), com o olhar para o futuro é possível pensar na a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, ameaçadas pelo desenvolvimento sem controle de armas cada vez mais destrutivas, bem como em novos sujeitos, os animais, por exemplo, considerados meros objetos ou sujeitos passivos, sem direito, pela moralidade comum.

Conforme Chalfun (2010), as leis e toda seara jurídica foram criadas pelo homem, e o direito dos animais se desenvolveu sendo visto como uma ramificação do direito ambiental; porém, mais que uma simples ramificação ou particularidade do direito ambiental, trata-se verdadeiramente de um novo ramo do direito, no qual se defende a ética da vida, não apenas uma ética global, planetária ou ambiental, mas uma ética da vida animal, na qual se pretende defender o valor intrínseco dos animais e que estes sejam titulares de direitos fundamentais.

Apesar de já ser percebida uma evolução na história dos Direitos dos Animais, tendo surgido vários tratados e convenções internacionais que tutelam esses direitos, o ideal neo-bem-estarista ainda não foi atingido, necessitando da adesão de um número maior de países a esses institutos jurídicos, além de ações concretas daqueles já signatários, efetivando a proteção dos interesses dos animais, evitando os maus-tratos e abusos.

Arluke e Luke (1997) apontam três razões para explicar a pouca ênfase no assunto. Primeiramente, a sociedade tende a desvalorizar os animais, preocupando-se mais com os seres humanos. Em seguida, existem outros assuntos com prioridade, como os assuntos relacionados com a pobreza e a violência contra seres humanos. Por fim, os crimes contra animais têm sido vistos como incidentes isolados e não como danos intencionais.

Nesse contexto, Chalfun (2010) defende que a postura antropocentrista, na qual apenas o homem é titular de direitos, vem se modificando; se ainda é tímido o reconhecimento dos animais como titulares de direitos, não se pode negar a existência de tal possibilidade, pois, se não são reconhecidos como sujeitos pela maioria, igualmente não se pode afirmar que são objetos, que não sentem dor, não sofrem, não vivem, que podem ser usados de qualquer forma, gerando sofrimento ou maus-tratos a eles.

Isso pode ser percebido mesmo nas instituições de ensino superior. Por séculos o homem utiliza dos animais para estudos científicos. Mesmo que claramente ultrapassadas, as instituições de ensino superior continuam com tais práticas, principalmente nos cursos das áreas biológicas e da saúde. Geralmente os alunos desses cursos são obrigados a vivenciar a prática da vivisseção, que significa cortar vivo, como prática pedagógica.

A Lei dos Crimes Ambientais, em seu artigo 32, inclui, entre os crimes contra a fauna, quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. Com o avanço tecnológico, têm surgido vários recursos para substituição de animais em aulas práticas. Destarte, a simples alegação de contribuição científica ou didática, sem minimizar situações que levem sofrimento ao animal, é uma afronta aos direitos relativos à fauna, sendo criminalmente penalizada.

A proposta aqui defendida vai ao encontro da abolição do uso prejudicial dos animais, o que não significa pleitear a exclusão dos animais em práticas de cunho científico, mas que o uso dos animais se dê apenas quando tais práticas trouxerem algum benefício para o animal, de forma que eles sejam considerados pacientes. Portanto, trata-se de uma proposta semelhante à de Singer (2016), no tocante à utilização de animais em pesquisas científicas e no ensino superior; assim, não há o intuito de questionar a importância dos animais na evolução da ciência, mas tem o objetivo de questionar métodos que, em nome da ciência, causam qualquer tipo de sofrimento e nenhum benefício para os animais em questão.

Um avanço contra o uso de animais em pesquisas no Brasil foi a Lei Estadual n. 15.316/2014, do estado de São Paulo, proibindo o uso de animais no desenvolvimento de cosméticos, perfumes e produtos de higiene pessoal e impondo penas progressivas, desde multas até a suspensão definitiva do alvará de funcionamento. Em Minas Gerais, foi publicada e está em vigor a Lei 23.050/18 que também proíbe o uso de animais para desenvolvimento, experimento e teste de perfumes e produtos cosméticos e de higiene pessoal. No Brasil, esses experimentos já foram banidos em cinco estados: São Paulo, Mato Grosso do Sul, Paraná, Amazonas e Pará.

O Conselho Nacional de Controle da Experimentação Animal (CONCEA), vinculado ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), publicou, em

fevereiro de 2016, a Diretriz Brasileira Para o Cuidado e a Utilização de Animais em Atividades de Ensino ou de Pesquisa Científica (DBCA), oficializando a responsabilidade institucional da oferta de métodos alternativos para os alunos objetores de consciência (não são obrigados a praticar determinados atos em razão de seus valores morais ou religiosos) e o desenvolvimento de uma ouvidoria institucional para os assuntos relativos ao uso de animais, inclusive para apoiar tais alunos.

Percebe-se uma evolução na seara do direito dos animais, mas ainda há fortes influências antropocêntricas tanto no texto constitucional quanto nos infraconstitucionais pátrios.

Considerando que a pena é a consequência de um ato criminoso, em que o Estado responde ao agente que praticou uma conduta típica, ilícita e culpável que não tenha sido atingida por alguma causa de extinção da punibilidade, ao analisar a Lei dos Crimes Ambientais e as funções da pena (punição, prevenção e ressocialização), é possível concluir que as penas impostas a quem comete o crime de maus-tratos a animais não atingem seus objetivos.

As penas (privativa de liberdade, restrição de direitos e multas) são muito brandas para o condenado e não guarda proporção com o crime praticado, de forma a não atingir a função retributiva da pena. Além disso, não intimida possíveis infratores, não alcançando sua função preventiva. Na seara ambiental, a norma penal tem vocação fundamentalmente direcionada à prevenção do dano, orientando-se pelo princípio da precaução. Nesse contexto, evitar a consumação do delito, gera maior eficiência, posto que o dano ambiental, pela sua complexidade, é de difícil reparação. Não há reparação plausível para a morte de um animal em decorrência de maus-tratos. A função de ressocialização também está longe de ser obtida, uma vez que não é direcionado ao condenado nenhum tipo de intervenção (acompanhamento psicológico, curso de educação ambiental, programa de redução de crimes contra animais).

Outro problema relacionado ao direito dos animais é o alto índice de questões levadas ao judiciário e nem sempre abarcadas por legislações próprias.

Conforme Vianna (1999), o Poder Judiciário tem-se constituído numa nova arena pública como opção para a solução de conflitos coletivos. Vale lembrar que esse fenômeno suporta ponderações bem distintas por parte dos procedimentalistas, como Habermas e Garapon, e dos substancialistas, como Cappelletti e Dworkin. Enquanto os procedimentalistas adotam uma postura crítica frente à judicialização, afirmando que ela gera uma postura passiva da sociedade, os substancialistas a apoiam, entendendo que tal fenômeno permite o alcance de uma justiça social.

O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares. (GARAPON, 1999, p. 27).

No âmbito do Direito dos Animais, o ativismo judicial tem sido inevitável, especialmente quando relacionado ao Direito de Família, uma vez que os animais

domésticos de estimação têm sido considerados, por seus donos, como integrantes da família. Quando da dissolução de casamentos, a busca por determinação da guarda desses animais tem sido buscada no judiciário, ainda que não haja legislação sobre o assunto. Contudo, geralmente, as decisões têm considerado os interesses dos donos e não dos animais em si.

A advogada Marianna Chaves, diretora nacional do IBDFAM, ao tratar de um caso de guarda de animal, destaca que esta é uma realidade atual no Brasil que já foi revelada em alguns outros países, como os Estados Unidos. “Os animais de companhia passaram a ser enxergados pelas pessoas, nos últimos tempos, de maneira diferente. São considerados, muitas vezes, genuínos membros da entidade familiar e, por alguns casais, os seus filhos. Obviamente, em caso de ruptura, seria questão de tempo até o Judiciário ser procurado para decidir o destino desses filhos de quatro patas e, como bem colocou o Fernando Henrique Pinto nessa decisão sensível e vanguardista, os animais não devem ser considerados meras “coisas”. Assim, faz mais sentido socorrer-se do direito das famílias através do recurso ao instituto da guarda do que qualquer outro instrumento de direito das coisas.” (IBDFAM, 2018)

Portanto, apesar das questões acerca da guarda dos animais domésticos ainda não serem previstas normativamente, as decisões se justificam pela sua necessidade e a fundamentação destas dão segurança jurídica.

No intuito de tutelar direitos dos animais de estimação quanto à sua guarda, foi apresentado o PL 1365/15 determinando que o animal deve ficar com quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para exercer a posse responsável, ou seja, quem puder cumprir com os deveres e obrigações com o pet. Nesse contexto, para conceder a guarda, o juiz deve observar as condições do ambiente para morada do animal, disponibilidade de tempo, zelo e sustento dele e o grau de afinidade entre o bichinho e seu tutor, além das demais condições que possam ser imprescindíveis para a sobrevivência do pet de acordo com suas características.

O projeto estabelece a guarda compartilhada, quando a posse é concedida às duas partes. No caso de guarda unilateral, quem não ficar com o animal tem o direito de visitá-lo e fiscalizar as condições de tratamento que ele venha a receber. Se o juiz entender que nenhum dos dois do casal tem condições de ficar com o animal, ele pode dar a guarda para uma terceira pessoa.

Em que pese o PL 1365/15 ter sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em julho de 2018, o mesmo foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em janeiro de 2019. Atualmente, tramita o PLS 542/2018 que regula a guarda compartilhada de animais de estimação.

Uma crítica possível de ser feita quanto ao reconhecimento da tutela dos Direitos dos Animais é que este depende também de uma mudança da postura dos juristas, além da mudança legislativa e da jurisprudência dos tribunais. Dessa forma, a adoção, pelos juízes, das teses pleiteadas por advogados, reconhecendo o direito ao bem-estar e à dignidade dos animais não humanos também é um meio de construção do Direito.

Dessa forma, a atuação do Judiciário, no que tange às políticas públicas de Direito dos Animais, não pode afastar a participação dos cidadãos na definição e no controle da implementação delas, mas deve garantir essa participação. Uma

participação consciente só é possível através da construção de cidadania, o que passa pela educação.

Singer (2016) vai além e afirma que as leis são insuficientes para mudar a cultura de consumo que afeta, direta ou indiretamente, os interesses dos animais, já que as leis não podem determinar uma consciência ambiental.

Portanto, fomentar a educação ambiental voltada para o respeito aos animais domésticos, além de promover seu bem estar, gera uma redução dos casos de maus-tratos, o que conseqüentemente leva à redução de demandas relativas ao Direito dos Animais levadas ao judiciário. Nesse sentido, a educação ambiental constitui um meio de prevenção de crimes contra os animais. Nesse sentido, a educação ambiental se torna essencial para a obtenção de uma sociedade com consciência ambiental que, além de evitar comportamentos agressivos perante os animais domésticos, atua de forma ativa na busca de políticas ambientais efetivas na proteção destes, inclusive no que tange ao questionamento das leis vigentes que não determinam punições adequadas para crimes contra os animais.

4 Conclusão

Publicações sobre a fisiologia, a inteligência e o comportamento animal, principalmente a partir da segunda metade do século XX, já mostravam que os animais não são máquinas, como sugeria a lógica cartesiana. Os animais são seres sencientes, portanto, podem ter sensações, alegria, dor, sofrimento físico e mental, memória, e não existem com o fim de satisfazer o ser humano. Dessa forma, faz-se necessária uma divulgação massiva desses estudos, no intuito de proporcionar uma mudança do comportamento antropocêntrico, abandonando a relação de subjugação e exploração animal.

Historicamente, a mudança do paradigma antropocêntrico na relação do homem com os animais encontrou barreiras próprias do automatismo comportamental humano, que não tinha consciência das conseqüências dos seus atos. A transformação das atitudes humanas pode e deve acontecer dentro da própria ciência, uma vez que esta proporciona uma releitura dos seus conceitos. Nesse sentido, as instituições de ensino tem papel importante na transformação de culturas nocivas.

Portanto, há a necessidade de um processo educativo ambiental que seja fomentador de um debate público sobre os problemas socioambientais e que se configure como instrumento de mobilização e organização política da população. A autocrítica pode ser o melhor caminho para se discutir e se propor a educação e a legislação que melhor respondam às necessidades da sociedade que se quer construir.

Um problema complexo necessita de conhecimentos e esforços distintos para compor uma solução. Além de políticas públicas de combate aos maus-tratos, o poder público tem a responsabilidade de tutelar legalmente os Direitos dos Animais, mas o que é percebido atualmente é que o ordenamento jurídico pátrio ainda não dá a proteção necessária aos animais, especialmente aos domésticos, necessitando de uma adequação e ampliação das leis nesse sentido.

Um dos grandes desafios da educação ambiental e do Direito dos Animais é lidar com os costumes das comunidades, como provocar queimadas para limpar um

terreno para plantio, prática de zoofilia, entre outros. Justificar práticas que causam sofrimento e até a morte de animais como costume de uma determinada cultura, que deve ser mantido por ser parte da identidade de um grupo, é a maior atitude antropocêntrica possível. Aqui não se trata de uma questão de intervenção cultural e sim de respeito à vida.

Além das questões culturais, a educação ambiental com foco na proteção dos animais tem o desafio de ultrapassar os limites da educação ambiental de forma geral, como o dever de ser trabalhada de forma transversal e atravessar diferentes campos do conhecimento. A educação ambiental ainda não encontra num espaço de relevância, especialmente no contexto escolar, e temas relacionados aos animais precisam competir com tantos outros relacionados à educação ambiental, o que mostra a fragilidade da educação no que tange aos direitos dos animais e a necessidade de iniciativas de combate às práticas de abuso.

Referências

ARLUKE, A; LUKE, C. Physical Cruelty Toward Animals in Massachusetts, 1975-1996. *Society and Animals*, v.5, n. 3, p.195-204, 1997.

BENTHAM, J. *An introduction to the principles of morals and legislation*. New York: Dover Publications, 2007.

BENTHAM, J. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: _____; MILL, J. S. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação: sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Lei Federal nº 9.605 de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm > Acesso em: 14 de jan. de 2019.

BRASIL. *Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008*. Regulamenta o inciso VII do § 1º art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei no 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm > Acesso em: 14 de jan. de 2019.

CHALFUN, M. Paradigmas filosóficos-ambientais e o direito dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 5, v. 6, jan./jun. 2010 p. 209- 246

FELIPE, S. T. *Por uma questão de princípios: alcances e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

FERNANDES, T. S. A. *Definição do conceito de abuso a Animais - formas de estar/comportamentos relevantes das pessoas em relação aos animais*. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia Comunitária e Proteção de Menores) — Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2014.

FRANCIONE, G. L. *Animals, property, and the law*. Philadelphia: Temple University Press, 1995.

FRANCIONE, G. L. The abolition of animal exploitation. In: _____.; GARNER, R. *The animal rights debate: abolition or regulation?* New York: Columbia University Press, 2010.

FRANCIONE, G. L. *Introdução aos direitos animais: seu filho ou o cachorro?* Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

GARAPON, A. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

IBDFAM. *Animais de estimação são alvos de disputa na justiça*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6605/Animais+de+estima%C3%A7%C3%A3o+s%C3%A3o+alvos+de+disputa+na+justi%C3%A7a>> Acesso em 02 de fev. de 2019.

JOY, M. *Por que amamos cachorros, comemos porcos e vestimos vacas*. São Paulo: Cultrix, 2013.

KORTENKAMP, K. V.; MOORE, C. F. Ecocentrism and anthropocentrism: moral reasoning about ecological commons dilemmas. *Journal of Environmental Psychology*, v. 21, n.3, Sept. 2001, p.261-272.

MADDALENA, P. *Danno pubblico ambientale*. Rimini: Maggioli Editores, 1990.

MOLENTO, C. F. M. *Senciência Animal na Conferência: "From Darwin to Dawkins: the science and implications of animal sentience"*, 2005. Disponível em: <<http://www.labea.ufpr.br/PUBLICACOES/Arquivos/Pginas%20Iniciais%20%20Senciencia.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

REGAN, T. Animal Rights Human Wrongs. In: ZIMMERMANN, Michael; CALLICOTT, J. Baird; SESSIONS, George; WARREN, Karen J; CLARK, John (eds.) *Environmental Philosophy: from animal rights to radical ecology*. Upper Saddle River NJ: Prentice Hall, 1998, p.41-55.

SINGER, P. *Libertação animal: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

THOMAS, K. *O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TRINDADE, G. G. *Animais como Pessoas: a abordagem abolicionista de Gary L. Francione*. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.

VIANNA, L. W. *A judicialização da política e das relações sociais*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

A vida como um dano: o direito de não nascer

Life as a damage: the right not being born

Amanda Santos Ferreira

Aluna do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos – UNIPAM.

E-mail: amanda.santos0622@gmail.com

Resumo: Embora a relatividade seja uma das características dos direitos fundamentais, a vida e a dignidade humana aparecem como principais vetores do ordenamento jurídico brasileiro. Contrapondo esse entendimento, a Corte de Cassação Francesa, em meados do ano 2000, decidiu, por meio de Acórdão, a possibilidade de pagamento de indenização a uma criança portadora de necessidades especiais em virtude de seu nascimento, o que acarretou o questionamento sobre o valor da vida, ocasionando polêmicas discussões no âmbito interno e internacional. Esse questionamento possuiu como fundamento as *Wrongful actions*, que se subdividem em *conception, birth e life*, as quais, de maneira geral, requerem uma indenização como forma de compensar um nascimento indesejado. Sendo assim, o objetivo do presente estudo é analisar se estes direitos basilares e extremamente protegidos na ordem jurídica pátria poderiam ser relativizados com a aplicação dessas ações, fato que poderia ocasionar a compreensão de uma vida indigna como um dano. A metodologia adotada será a teórica, pois a pesquisa será baseada principalmente na coleta de artigos científicos, dissertações de mestrado, obras jurídicas e demais fontes pertinentes ao assunto e logo após dar-se-á a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Vida. Indignidade. Nascimento injusto. Indenização.

Abstract: Although relativity is one of the characteristics of fundamental rights, life and human dignity appear as main vectors of Brazilian legal order. Opposing to this background, the French Court of Cassation, in the middle of the year 2000, decided, by means of judgment, the possibility of indemnity payment to a handicapped child from its birth, which led to the questioning of the value of life, leading to controversial discussions both nationally and internationally. This questioning has as its foundation “Wrongful actions”, subdivided into “conception”, “birth” and “life”, which, in general, require a compensation as a way to compensate for an unwanted birth. Thus, the objective of the present study is to analyze whether these basic rights and extremely protected rights in the juridical order could be relativized with the application of these actions, a fact that could lead to the understanding of an unworthy life as a damage. The methodology adopted will be theoretical, as the research will be based mainly on the collection of scientific articles, master degree thesis, legal works and other pertinent sources to the subject and, soon after, a bibliographical review.

Keywords: Life. Indignity. Unjust birth. Indemnity.

1 Introdução

Com a constante evolução da sociedade e tendo em vista que a mutabilidade é uma das características do Direito, os juristas discutem a necessidade de elaborar novos conceitos e interpretá-los para acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade pós-moderna.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como fonte maior a Constituição Federal, que possui como um dos principais fundamentos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ensejando, assim, diversos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se destaca o direito à vida.

Com o intuito de proteger a vida, são puníveis penalmente quaisquer formas de violação a esse direito, exceto nos casos de aborto previstos no artigo 128 do Código Penal Brasileiro e, após a ADPF 54, o aborto de fetos anencéfalos, além da possibilidade da pena de morte nos casos de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX, da Constituição Federal.

Na França, foi ajuizada uma ação em que se buscou indenização pelo nascimento de uma criança com deficiência. O principal fundamento dessa demanda foi o fato do médico obstetra ter omitido informação relevante no exame de ultrassom, impossibilitando aos pais a escolha pelo aborto, então permitido naquele país para esses casos. Considerava-se, então, que o nascimento daquela criança com deficiência implicaria a existência de uma vida indigna.

Contraopondo o entendimento do ordenamento jurídico brasileiro e o pensamento do próprio Tribunal, a Corte de Cassação Francesa julgou a referida ação em 17 de novembro de 2000 e, por meio do Acórdão n. 457, confirmou a indenização à criança e aos seus pais, responsabilizando o hospital e o médico obstetra por esse nascimento “indevido”. Assim, a comunidade jurídica internacional passou a discutir sobre essa possibilidade de reparação baseada em um “dano vida”, que deixou implícito o reconhecimento do direito de não nascer.

Diante dessa situação altamente complexa, tem-se a problemática da pesquisa: como seria possível no Brasil, cuja existência humana pressupõe a existência de todos os direitos, permitir que a vida seja interrompida baseada em uma indignidade atrelada à existência de uma deficiência? Existe realmente um direito de não nascer?

Com base nas contradições enfrentadas pela aplicação dessa teoria em detrimento do reconhecimento dos direitos humanos da pessoa com deficiência, surgiu o impulso inicial para a compreensão dessa temática. Certamente, a referida teoria aplicada no ordenamento jurídico brasileiro ocasionaria discussões do mais elevado patamar, visto que a dignidade humana e o direito à vida são referências para justificar todos os direitos, e a mera hipótese de enfrentá-los ocasionaria grandes consequências na aplicação e na interpretação das normas jurídicas existentes.

No que tange à metodologia, trata-se de pesquisa teórica, pois o estudo foi baseado principalmente na coleta de artigos, de jurisprudências internacionais, de obras jurídicas, de dissertações de mestrado e demais fontes pertinentes ao assunto. A temática em questão abrange direitos e garantias fundamentais que refletem caráter fortemente valorativo, motivo que justificou a opção pelo método argumentativo.

2 A primazia do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, apresenta o direito à vida como um dos principais direitos fundamentais. A existência humana é um dos pilares para a subsistência de todo e qualquer direito previsto na Carta Magna, sendo vedados e

perseguidos criminalmente todos os métodos que visem a prejudicar esse direito, excetuando os casos previstos em lei.

A expressão “direito à vida”, em muitos casos, está relacionada com as discussões referentes à legitimidade na interrupção da gestação e ao debate sobre a interrupção voluntária da vida, em situações de caráter extremamente dramáticos.

Tecendo comentário sobre o tema em questão, Mendes e Branco (2015, p. 260) asseveram que, “sendo um direito, e não se confundindo com uma liberdade, não se inclui no direito à vida a opção por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário do seu titular”.

Analisando o conceito de vida no aspecto constitucional, Silva (2007, p. 197) assinala que

sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

O direito à vida abrange o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, e o direito de ter uma vida digna, que, em outras palavras, representa a possibilidade de garantia dos suprimentos necessários às necessidades vitais básicas e proibição de qualquer tratamento indigno, como tortura, penas perpétuas, trabalhos cruéis, etc. (LENZA, 2014).

Os direitos fundamentais possuem extrema importância na ordem jurídica e, embora tendam a prevalecer, não podem ser considerados como absolutos, podendo ser relativizados no caso concreto, cabendo ao intérprete se valer da ponderação. Nas palavras de Mendes e Branco (2015, p. 143), “tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais”.

A proteção do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro possui fundamento não apenas na Constituição Federal, mas também nos Tratados Internacionais incorporados pelo Brasil. A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 4º, especifica a proteção do direito à vida, incluindo, ainda, aqueles que não nasceram de forma a vedar a interrupção da vida de maneira arbitrária, sendo a sua proteção um dever de todos.

A incerteza sobre o início da vida humana despertou o interesse dos pesquisadores no intuito de se buscar um termo inicial, sendo certo que há diversas teorias sobre o tema, que transitam entre o cunho religioso, jurídico e científico.

No aspecto religioso, a vida inicia-se com a concepção, devendo esta ser protegida de todas as maneiras, sendo proibida a prática do aborto, além de condenáveis todas as práticas que visem a interromper a concepção de uma nova vida, como a utilização de métodos anticonceptivos.

Para a área científica, a vida inicia-se com a fecundação, quando o zigoto, recebendo o material genético de seus genitores, cria sua própria identidade genética, sendo então capaz de iniciar o seu desenvolvimento (PEREA, 2015).

A proteção à vida no sistema jurídico civil brasileiro abrange os nascituros desde a concepção, porém os direitos da personalidade jurídica iniciam-se somente com o nascimento com vida, adotando a teoria natalista, conforme artigo 2º do Código Civil Brasileiro.

Na esfera penal, a proteção inicia-se desde a nidação. Nas palavras de Prado (2011, p. 135), “não obstante, o início da vida humana como limite mínimo de sua proteção jurídica é fixado pela nidação, isto é, com a implantação do embrião na parede do útero, quatorze dias após a fecundação. Até então não é possível se falar em gravidez”.

O direito a existir está diretamente relacionado à Dignidade da Pessoa Humana, um dos princípios basilares do Direito. Isso porque o direito à vida não está restrito apenas em estar vivo, mas também ao direito de viver de forma digna.

O Estado possui papel de extrema importância no que tange ao cumprimento deste direito tão primordial, que é o de viver dignamente. A implantação e o cumprimento de políticas públicas permitem com que o ser humano possa usufruir de todas as garantias que lhes são inerentes.

Conforme preceitua Ramos (2017, p. 78),

há dois elementos que caracterizam a dignidade humana: o elemento positivo e o elemento negativo. O elemento negativo consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. Já o elemento positivo do conceito de dignidade humana consiste na defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano. Nesse sentido, a Constituição estabelece que a nossa ordem econômica tenha “por fim assegurar a todos existência digna”. (art. 170, *caput*).

Conceituar dignidade é algo bastante complexo, pois sua abrangência é bastante ampla e profunda. Através dela tem-se o embasamento dos principais direitos garantidos aos seres humanos. Direitos que foram duramente conquistados ao longo dos anos. Hoje falar em dignidade reflete uma forma de recompensar as atrocidades vivenciadas no passado, como, por exemplo, a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, o Fascismo, o Nazismo.

Sem dúvidas, o respeito à dignidade deve nortear todas as relações existentes entre as pessoas em uma sociedade, servindo como base aos juristas para que todas as garantias asseguradas sejam respeitadas e concretizadas, principalmente no que tange à proteção a vida.

A proteção à vida nos dias atuais já não é mais considerada absoluta, visto que em determinadas situações, a depender do caso concreto, esta pode vir a ser violada. A própria Constituição, que, de forma clara e expressa, veda a pena de morte ou sanções de caráter perpétuo e cruel, excepcionalmente admite a pena de morte nos casos de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX.

De forma a explicitar esse entendimento, Mendes e Branco (2015, p. 185) apontam que

é importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para a solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro.

O Código Penal, também de forma expressa, apresenta algumas hipóteses de violação ao direito à vida. Essas hipóteses estão previstas no artigo 128 do supracitado diploma legal. A primeira hipótese é o aborto necessário (terapêutico), que, como o próprio nome diz, torna-se necessário para a preservação da vida da gestante, baseada em um estado de necessidade. A segunda hipótese prevista em lei é o chamado aborto sentimental (humanitário), em que a gravidez é decorrente de um estupro. Nessa situação, prioriza-se o sentimento da mulher que foi submetida a uma situação de extremo constrangimento físico e mental, de modo que a continuidade da gestação possivelmente acarretaria problemas psicológicos de cunho extremamente graves.

É extremamente perceptível que a problemática a respeito da proteção do direito à vida e sua possível interrupção por causas não naturais estão cada vez mais recorrentes, trazendo discussões no âmbito social, jurídico, político, entre tantos outros ramos.

No Brasil, dois grandes temas a esse respeito ganharam repercussão em todo o País. O primeiro foi o julgamento da ADI 3.510, que tinha por objeto análise do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). A discussão recaía no fato de que a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas estaria em desacordo com o direito à vida e o Princípio da Dignidade Humana.

Após um longo período de debates, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação, compreendendo que a utilização das células-tronco não violava o direito à vida.

Em situação tão polêmica quanto ao do caso supracitado, em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 54, que versava sobre a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos. O Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2012) em seu voto manifestou o seguinte entendimento:

a segunda intelecção é mais discursivamente sutil: inexistente o crime de aborto naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um “natimorto cerebral”. Um ser padecente de “inviabilidade vital” (expressões figurantes da mesma resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina, ali empregadas no plural para os casos de anencefalia fetal). Quero dizer: o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação de algo em alguém. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano. [...] Uma crisálida que jamais, em

tempo algum, chegará ao estádio de borboleta. O que já importa proclamar que se a gravidez “é destinada ao nada” sua voluntária interrupção é penalmente atípica.

Por maioria dos votos, a Suprema Corte interpretou a favor e julgou procedente o pedido de inconstitucionalidade da interpretação na qual o aborto de feto anencefálico poderia ser tipificado nos casos previstos na legislação penal.

É certo que dificilmente se chegará a uma opinião unânime a respeito deste assunto tão polêmico. Contudo, a Constituição assegura um estado laico, de modo que todas as opiniões, crenças, ideologias devem ser respeitadas. A única certeza consolidada até então é a de que a vida como um direito fundamental deve ser respeitada e vivida com dignidade.

3 As “*wrongful actions*”

As evoluções das ciências médicas e tecnológicas têm feito com que os seres humanos busquem cada vez mais pela perfeição, de modo que, em determinados casos, imaginar a possibilidade de erro é imperdoável, criando assim a possibilidade de existirem pretensões pela concepção da vida, pelo nascimento indevido e até mesmo pela vida indevida.

O receio de errar tem feito com que os profissionais da saúde tenham mais consciência e perícia na aplicação das técnicas médicas, pois o equívoco no diagnóstico poderá ensejar ações de responsabilidade civil no âmbito da medicina reprodutiva, principalmente ao que for relacionado ao desenvolvimento genético defeituoso, ocasionando assim as *wrongful actions*.

As *wrongful actions* são ações indenizatórias que visam a reparar um erro decorrente do diagnóstico médico, violando a relação contratual existente entre as partes. Esse erro ocasiona o nascimento de uma criança indesejada ou o nascimento desejado de um indivíduo que apresenta alguma anomalia genética (SILVA, 2015).

As referidas ações são subdivididas em: *wrongful conception*¹, *wrongful birth*² e *wrongful life*³. Estas ensejam responsabilidade civil no âmbito do diagnóstico da concepção e no âmbito pré-natal e, por fim, caracterizam-se na própria responsabilidade civil, todas baseadas em algum dano que lhe é invocado.

Considerando os princípios adotados na ordem jurídica pátria, certamente referidas ações encontrariam certa dificuldade em adentrar no sistema jurídico brasileiro, visto que a adoção dessas teorias certamente iria colidir com os direitos inerentes a todas as pessoas, como dignidade, direito à vida, direito à igualdade, que devem ser observados por todos.

¹ *Wrongful conception*: concepção indevida

² *Wrongful birth*: nascimento indevido

³ *Wrongful life*: vida injusta

3.1 “*Wrongful conception*”

As ações de *wrongful conception* são cabíveis nas hipóteses em que a concepção ocorre de forma indesejada, ou seja, a falha nos medicamentos anticonceptivos ou a interrupção de gravidez malsucedida geram a concepção da criança. Nas palavras de Raposo (2010, p. 66),

nos processos de *wrongful pregnancy* ou *wrongful conception*, o dano consiste na concepção de uma criança em situações nas quais era supostamente garantido tal não acontecer, em virtude de uma interrupção da gravidez malsucedida, defeitos do método anticoncepcional, uma esterilização mal efectuada, em suma, os casos em que se viola o que por vezes se chama de “direito dos pais ao planeamento familiar” ou direito a não reprodução.

A legitimidade ativa nesse caso é cabível somente aos pais, e não à criança propriamente dita, pois diferentemente das outras ações, a criança nasce completamente saudável. A justificativa da indenização recai, portanto, na falha de um médico que havia se comprometido em evitar uma gravidez, ou por meio de medicamentos ou métodos cirúrgicos que, por sua vez, não tiveram eficácia de modo a desconstituir um planeamento familiar, pois, a partir de então, decorrem novos custos, como despesas médicas, educação, lazer, dentre tantos outros custos eventuais que podem vir a surgir com o nascimento de uma criança.

Como a ação incide na violação do direito de reprodução dos pais, e não ao dano sofrido pela criança, essa modalidade de *wrongful action*, em inúmeros países, mostra-se incompatível. O Brasil é um claro exemplo, pois, em seu ordenamento jurídico, é expressamente vedada a interrupção da vida, não sendo admitida sequer nas hipóteses em que o feto apresente má formação física ou intelectual, exceto nos casos previstos no Código Penal e, mais recentemente, na ADPF 54, que concedeu permissão ao aborto de fetos anencéfalos.

3.2 “*Wrongful birth*”

O objeto da ação *wrongful birth* é diferente da ação supracitada, pois, nesse caso, a concepção da gravidez ocorre de forma planejada, todavia o feto apresenta malformação grave ou possível deficiência física ou intelectual, e por falta de diligência médica, esta importante informação não foi repassada aos pais, sendo então impedidos de interromper a gravidez, ocasionando um nascimento indesejado. Conforme observação de Raposo (2010, p. 64),

este cenário ocorre ou porque o médico não afectou os exames pertinentes, ou porque os interpretou erroneamente, ou porque não comunicou os resultados. Já se vê que o desenlace destes processos depende largamente da forma como se concebiam as obrigações dos profissionais de saúde no que respeita às informações aos pacientes, isto é, quais os factores de risco que devem ser comunicados e se mesmo factores improváveis o devem ser.

Assim como na ação anterior, a legitimidade ativa cabe aos pais da criança que requerem do médico indenização por danos morais e materiais decorrentes no nascimento de filho com má-formação grave ou com qualquer outro tipo de deficiência severa. Os pais arguem que, se possuíssem ciência da possível deficiência, não levariam a gravidez adiante. A incidência dessa indenização contra o médico pode recair sobre o erro do diagnóstico ocorrido antes da concepção ou no período pré-natal, baseada na perda de uma chance.

Silva (2011, [s/p]) informa que a “ação denominada de *wrongful birth* normalmente envolve gravidez planejada, falha médica no período pré-natal ou falha em testes genéticos e o posterior nascimento de uma criança deficiente”.

Costa (2012, p. 23) aponta que

são quatro características a serem observadas para que ação *wrongful birth* possa ser interposta: deficiência desde o nascimento, deficiência ocasionada por fatos da natureza, presunção de interrupção da gestação caso os pais tivessem conhecimento da moléstia e a existência de erro médico, hospitalar ou laboratorial.

A ação em estudo possui tantas controvérsias que os críticos a esta teoria entendem que os pais, ao ajuizarem ação contra a instituição hospitalar e o médico responsável pelo acompanhamento da gestação, estariam, de certa forma, dispostos a declarar a inferioridade do filho em relação aos demais, explicitando a vontade de ter realizado um aborto.

3.3 “*Wrongful life*”

As ações de *wrongful life* certamente são as que ensejam maiores discussões tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial. Elas caracterizam-se na hipótese da criança nascida com deficiência ou malformação grave ensejar em seu próprio nome ou então representada por seus genitores ação contra quem possibilitou o seu nascimento. Nesse caso, portanto, a criança pede uma indenização como forma de compensar uma “vida indigna”. Assim, aponta Holanda (2012, p. 6),

por sua vez, a *wrongful life action* corresponde à ação de reparação de danos movida pela própria pessoa deficiente contra o médico, hospital ou clínica responsável pelo erro de diagnóstico que não identificou uma deficiência no feto. Nos casos de incapacidade, a pessoa figurará no pólo ativo da ação mediante representação. Esclarecendo melhor: as ações de *wrongful life* são movidas pela própria pessoa deficiente contra o responsável pela falha ou ausência de diagnóstico de má-formação fetal.

A legitimidade ativa é sempre do filho com deficiência, porém, como na maioria das vezes este é civilmente incapaz, a ação é interposta por intermédio dos pais.

O fundamento para a propositura dessa ação baseia-se no comportamento do responsável médico ou instituição hospitalar, por dolo ou culpa, por não haver detectada a presença de anomalias no feto durante o período pré-natal ou, detectando

a presença, não informou aos genitores, evitando, assim, que estes optassem pela interrupção da gravidez, invocando então o dano pelo nascimento.

As ações de *wrongful life* podem ser propostas contra a instituição hospitalar e os médicos, e até mesmo contra os pais da criança com deficiência. A primeira hipótese ocorre quando, ao detectar a presença de possíveis anomalias, os médicos omitem esta informação, de modo que os genitores não podem deliberar sobre a interrupção da gravidez. A segunda hipótese, por sua vez, não é tão recorrente, pois nessa situação os responsáveis pelo possível dano pelo nascimento são os próprios pais, já que estes, cientes da anomalia sofrida pelo feto, e em muitos casos orientados pelos profissionais da saúde a interromper a gestação, optaram pela continuidade da gravidez, mesmo sabendo dos riscos que o feto poderia vir a sofrer. Esses casos ocorrem normalmente quando a genitora sofre de problemas toxicológicos, ou quando esta se recusa a efetuar tratamentos durante o período pré-natal, os quais seriam indispensáveis para a boa formação da criança. Conforme explicação de Silva (2015, [s/p]),

quando esta ação é dirigida contra um ou ambos os progenitores, invoca-se o facto de estes terem prosseguido com a gravidez, mesmo com o conhecimento da deficiência ou doença, ou seja, contra o aconselhamento genético. Esta pretensão funda-se num dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições.

Importante salientar que a malformação física ou mental da criança é decorrência natural, genética e não ocasionada pelos médicos. A responsabilidade recai sobre estes simplesmente pelo fato de não informarem devidamente os pais sobre as reais condições do bebê que possivelmente já havia constituído essas anomalias ainda no período pré-natal.

A criança com deficiência interpreta a sua própria existência como um dano. Em sua concepção, seu nascimento não ocasionou alegria e sim tristeza para os que estão a sua volta e até para si mesmo, já que sua falta de independência em afazeres rotineiros do dia a dia, os gastos com tratamentos médicos, com medicamentos, entre tantas outras necessidades de que uma pessoa excepcional necessita, torna-a totalmente indigna de viver, fazendo então jus à pretensão indenizatória contra quem permitiu o seu nascimento.

O direito de não nascer, ou seja, o direito de não ser obrigado a concordar com uma existência indesejada, está relacionado com a ideia de existência injusta, ou seja, uma existência indigna de ser vivida por um ser humano, desigual em relação a uma vida de uma pessoa “normal”.

Nesse sentido, Costa (2012, p. 23) explica que, “para falarem existência injusta, devemos contrapor esse conceito a uma existência ‘ideal’, conceito igualmente insustentável, tanto quanto a definição de uma vida injusta seria relativa e abstrata”.

Ainda nestes termos, Kant (1974, *apud* Ramos 2017, p. 77) indica que “tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem dignidade”.

Desse modo, a ação de *wrongful life*, por apresentar características tão polêmicas, deve ser analisada por um viés mais profundo, visto que a problemática em análise envolve a tentativa de encontrar umnexo de causalidade entre a conduta das pessoas envolvidas com o nascimento da pessoa com deficiência e o suposto dano causado à criança, além de requerer um juízo de valor de algo que em tese não é passível de ser quantificado, que é o valor da própria existência.

3.4 O Acórdão Perruche

As *wrongful actions* inicialmente possuíram significativa incidência no direito norte-americano, contudo o caso mais polêmico de *wrongful action* ocorreu na França, no Acórdão Perruche. Em meados de 1985, um casal francês, ao levar a filha ao médico, recebeu a notícia de que esta estava apresentando os sintomas da rubéola. Pelo fato da senhora Josette Perruche, mãe da criança, estar grávida, os médicos optaram pela prática de diversos exames como forma de precaução (COSTA, 2012).

A mãe, já conhecendo os riscos que poderia haver em sua gravidez e as possíveis consequências causadas ao feto, revelou que, em caso afirmativo, gostaria de interromper sua gestação, já que desde aquela época o aborto na França é permitido.

O resultado do exame foi positivo, todavia o médico indicou que possivelmente o vírus da rubéola presente no corpo da mãe era resquício de um vírus antigo e que não prejudicaria o bom desenvolvimento do feto.

Após o nascimento do bebê, que recebeu o nome de Nicholas Perruche, cerca de um ano depois, a pequena criança apresentou uma série de problemas de saúde, dentre eles: surdez, cegueira, deficiência intelectual, cardiopatia, todos decorrentes da rubéola contraída ainda durante a concepção no ventre materno.

Algum tempo depois, Nicholas, representado por seus pais, ingressou com uma ação contra o médico responsável pelo acompanhamento pré-natal e contra a instituição hospitalar, baseados no fundamento jurídico da perda de uma chance sofrida por Josette Perruche, já que a negativa em relação às consequências da doença no desenvolvimento do feto a impediram de realizar o aborto, conforme já havia mencionado ao seu médico no período pré-natal (GODOY, 2007).

A Corte de Cassação Francesa, em 17 de novembro de 2000, ratificou, no famoso Acórdão Perruche, o direito de Nicholas e concedeu a indenização decorrente do inadimplemento contratual celebrado entre Josette e seus médicos, responsabilizando-os pelo nascimento de uma vida, que, em decorrência das circunstâncias, não deveria existir, ficando assim implícito o direito de não nascer.

Embora não haja nenhuma lei específica que determine que uma equipe médica deva garantir o nascimento de uma criança completamente saudável, a indenização recaiu de certo modo na negligência do médico no período pré-natal, pois a informação da possível malformação do feto foi omitida de seus genitores, não permitindo que estes pudessem deliberar a interrupção voluntária da gestação (SCHREIBER, 2013).

Quando foi concedida a indenização no caso Perruche, de certo modo, ficou implícito que seria supostamente melhor não nascer do que viver com deficiências graves, levando o indivíduo a sofrer uma série de limitações.

Essa decisão, porém, causou revolta em muitas instituições que lutam pela proteção das pessoas com deficiência ou que estão ligadas à proteção dos direitos humanos. Desse modo, com base em valores humanistas, o Poder Legislativo se viu pressionado pela sociedade francesa a tomar posicionamento sobre o referido tema.

Conforme preleciona Costa (2012, p. 25-26),

afirmar que é injusto viver com deficiência se revela politicamente incorreto e contra os princípios constitucionais. A indignação com a falta de delicadeza que a decisão do caso teve com a dignidade humana e com os princípios de igualdade que deveriam reger toda a nossa ordem jurídica foi, dessa maneira, o estopim para a promulgação da Lei anti-Perruche.

Depois de extrema pressão social, passados dois anos da decisão do Acórdão Perruche, foi promulgada a lei que passaria a ser conhecida como “Lei anti-Perruche”, pois já dispõe em seu artigo primeiro não haver dano por conta do mero nascimento, ou seja, nunca é injusto o nascimento de uma mera vida (GODOY, 2007).

Em consequência à determinada lei, ficou decidido que, nos casos em que o erro no diagnóstico médico impedisse que os pais de uma criança nascida com deficiência tivessem interrompido a gravidez, somente estes poderiam ter a possibilidade de indenização, que, por sua vez, não teria como fundamento o impedimento do aborto, baseado na perda de uma chance, mas sim a título de danos morais baseados em fatos danosos comprovados.

4 Existe o direito de não nascer?

No Acórdão Perruche, a omissão médica em revelar as possíveis condições de saúde de Nicholas foi considerada como inadimplemento contratual entre a gestante e a instituição médica. Contudo, é importante ressaltar que a decisão da Corte Francesa não levou em conta somente a perda de uma chance sofrida pela mãe de Nicholas ao ser de certa forma impedida de realizar o aborto, mas como se fosse interesse exclusivo do próprio Nicholas que a gestação fosse interrompida, ainda que posteriormente não existisse.

A natureza da responsabilidade civil médica é de cunho contratual, ou seja, o médico, ao atender seu paciente, se compromete a ajudá-lo e auxiliá-lo da melhor forma possível, a fim de que sua necessidade seja atendida.

Assim, o profissional que atende seu paciente com zelo e utiliza as melhores técnicas conhecidas pela ciência, mesmo que não consiga resolver o problema, não ensejará nenhum tipo de responsabilidade civil, visto que, em regra, os serviços médicos possuem natureza de meio e não de resultado, sendo então responsabilizados somente nos casos em que sua conduta for decorrência de dolo ou culpa.

Conforme entendimento de Gonçalves (2017, p. 267),

comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

O artigo 6º, III e 31 do Código de Defesa do Consumidor remete ao princípio da transparência, de modo que uma relação contratual deve ser clara, precisa, objetiva, cabendo ao prestador de serviço esclarecer todos os pontos correspondentes acerca do produto e do serviço. Essa percepção se aplica perfeitamente na seara médica, visto que a relação entre paciente e médico é de natureza contratual, em que aquele tem a obrigação de esclarecer a este todas as peculiaridades do seu estado clínico, bem como orientar qual será o tratamento adequado e os riscos provenientes de sua utilização, sob pena de ensejar responsabilidade civil.

Nesse sentido, conforme Gonçalves (2017, p. 270),

assinala-se que o retardamento nos cuidados, desde que provoque dano ao paciente, pode importar em responsabilidade pela perda de uma chance. Consiste esta na interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustrase a chance de obter vantagem futura. Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Em suma, pode-se dizer que a responsabilidade civil médica ocorrerá principalmente nos casos em que for perceptível a ocorrência de negligência, imprudência e imperícia, conforme artigo 951 do Código Civil.

Ainda nesse viés, o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, § 4º dispõe: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Confirmando esse entendimento, Cavalieri Filho (2012, p. 404) assevera que

a prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. Em segundo lugar porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas.

No que tange à decisão do Acórdão Perruche, a Corte de Cassação Francesa entendeu que a negligência médica em omitir o estado de saúde do feto ocasionou realmente um dano configurado aos pais, visto que estes deixaram claro que em caso afirmativo da possível deficiência realizariam o aborto, prática até então permitida no país, sendo assim perfeitamente cabível o pedido de indenização, já que ficou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

No ordenamento jurídico pátrio, possivelmente a ação *wrongful birth* não encontraria nenhum respaldo, visto que no país é vedada a prática do aborto,

excetuando os casos previstos em lei, de modo que, se os pais argumentarem a decorrência de um dano por meio de um nascimento de pessoa com deficiência, seria algo impensável. Nesse sentido, Pereira (2013, p. 68) afirma que

[...] no direito brasileiro a falha de diagnóstico pré-natal não geraria nenhuma consequência relacionada à interrupção de gravidez, sendo que nos outros países é possível a realização do aborto por conta de possíveis deficiências no feto, pois existe o direito de adotar uma decisão informada nesses casos. Com a legislação brasileira atual esse tipo de demanda geraria, no máximo, requerimento de dano moral por uma expectativa frustrada dos pais.

As ações de *wrongful birth*, como demonstradas antes, possivelmente não seriam compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio, já que os argumentos apresentados na demanda divergem-se totalmente dos princípios adotados no país.

Os casos de *wrongful conception*, por sua vez, não são tão raros de serem encontrados no ordenamento jurídico pátrio. A jurisprudência brasileira, ao longo dos anos, vem apresentando cada vez mais casos em que são julgadas ações que abordam a temática do nascimento de filhos indesejados, decorrentes da falha da utilização de métodos contraceptivos.

A ação mais conhecida no país foi o caso da empresa farmacêutica Microvlar, ocorrido em 1998, em que um lote das pílulas anticoncepcionais fabricadas pela empresa estava composto com farinha de trigo, ocasionando a gravidez de mais de 200 mulheres. O caso obteve repercussão nacional, levando inúmeras mulheres a pleitear indenização perante a empresa (PEREIRA, 2013).

Contudo, somente parte delas conseguiu a efetiva indenização, comprovando o nexo de causalidade entre a gravidez e o uso das pílulas, mediante a apresentação de receituário médico, cartelas da pílula, testemunhas entre outros.

No caso supracitado, as indenizações foram baseadas em uma responsabilidade objetiva da empresa, que tinha o dever de testar e posteriormente descartar todos os objetos utilizados para a averiguação do produto, de modo que a falta desta ocasionou efetivos prejuízos aos consumidores.

Embora existam casos que abrangem as ações de *wrongful conception* no Brasil, não serão todas as hipóteses de gravidez não planejada que ensejarão o direito a uma indenização.

Conforme entendimento de Silva (2011, [s.p.]),

quando a ação de indenização é ajuizada contra médicos ou outros profissionais da saúde, nos casos de vasectomia e laqueadura tubária, observou-se que a tendência da jurisprudência brasileira é improceder totalmente a demanda com base no fundamento de não existência da culpa. Nos casos em que a condenação ocorre, notou-se que o fundamento normalmente reside na falta do dever de informar por parte dos médicos. Nessa hipótese, uma minuciosa análise do caso concreto deve ser realizada, pois nos parece que uma ligeira falha no dever de informar pode ser considerada como uma culpa leve que levou a vítima a suportar os altos custos de criação de uma criança. Deste modo, acreditamos que muitos desses casos poderiam preencher o suporte fático do parágrafo único do art. 944 do Código

Civil, fazendo com que o médico não reparasse a integralidade dos danos sofridos pelas vítimas. É evidente que a aplicação do dispositivo aludido necessita de uma análise concreta, em caso específico, para verificar a real existência dos seus pressupostos de eficácia, quais sejam: a culpa leve por parte do profissional e a gravidade do dano sofrido pela vítima.

Em relação às ações de *wrongful life*, a discussão apresenta-se ainda mais complexa e polêmica, já que a própria pessoa com deficiência alega a presença de um dano ocasionado por seu nascimento baseado em uma suposta indignidade. Examinando o caso concreto, de certa forma, é até compreensível analisar um possível dano à mãe, pois houve um inadimplemento contratual entre esta e a instituição hospitalar, interferindo em seu planejamento familiar.

Mas como então seria possível comprovar que houve dano à criança propriamente dita? Tal problemática é tão controversa que definir um entendimento a respeito certamente ocasionaria grandes discussões.

Confirmando esse entendimento, Silva (2007, p. 199) relata que se tentou

incluir na Constituição o direito a uma existência digna. Esse conceito de existência digna consubstancia aspectos generosos de natureza material e moral; serviria para fundamentar o desligamento de equipamentos médico-hospitalares nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática da eutanásia, mas trazia implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna. Por esses riscos, talvez tenha sido melhor não acolher o conceito.

Na compreensão dos direitos humanos, o direito à dignidade está diretamente relacionado ao próprio direito de existir, ou seja, a existência ensejará a aquisição de todos os direitos primordiais, e não o contrário. A palavra dignidade remete à posse de alguns direitos, como à moradia, à educação, ao lazer, à alimentação, à segurança, ao emprego, à base familiar estável, ao respeito, à igualdade, entre tantos outros.

Assim, entende-se ser perfeitamente cabível uma espécie de compensação quando esses direitos inerentes a toda pessoa humana são desrespeitados, mesmo que sejam difíceis de serem valorados. Nesses termos, Raposo (2010, p. 77) pontua que

o direito a não nascer só pode ter lugar, pela ordem lógica das coisas, antes do nascimento, quando ainda não existe pessoa, logo, falta um ente capaz de ser titular de direitos. E quando finalmente esse ser se torna pessoa – com o nascimento – deixa o direito de ter conteúdo, ao contrário do direito a nascer saudável, que mesmo após o nascimento conserva alguma razão de ser. O direito a não ter direitos seria uma contradição nos termos. Mais contraditório ainda quando o agente se queira prevalecer do desvalor da sua vida para com isso auferir dinheiro que lhe permita viver essa vida... sem valor.

Qualificar o próprio nascimento como um dano é algo que, a princípio, mostra-se totalmente inconcebível no ordenamento jurídico pátrio. Para muitos, a vida é sinônimo de alegria e, porque não dizer, uma “benção”, pois ainda que o país seja

laico, os fundamentos cristãos regem a vida de grande parte da população, de modo que considerar a própria existência indigna, na prática, se torna quase inconcebível. É perfeitamente compreensível e até mesmo natural imaginar alguém recorrer ao judiciário em busca de auxílio e manutenção de gastos decorrentes de estudos, tratamentos de saúde, lazer, moradia, coisas que, de certa forma, podem ser e são quantificáveis, mas não um valor que tenha como parâmetro um existir com um não existir.

Dar valor a uma “não-vida” certamente não amenizaria as consequências de um nascimento. Sejam quais foram os motivos que levaram a criança a considerar sua vida indigna a ponto de não querer ter nascido, certamente valor monetário algum irá suprir esse sentimento inerente a si próprio.

A questão é tão controversa que, supondo ser possível calcular o valor de uma vida, de quem então seria a responsabilidade de indenizar? Dos pais que geraram um feto deficiente, dos médicos que permitiram a gestação ou do Estado que, por suas leis e costumes, não permite a interrupção da vida?

Em tese, pode-se dizer que a imputação de indenizar recairia sobre nenhum deles, visto que a deficiência não foi ocasionada ou planejada por estes, já que apenas permitiram a continuidade da gestação de uma criança nessas condições.

O nascimento com vida, certamente, é pressuposto para a existência de todo e qualquer direito. A vida não pode ser analisada de forma discriminatória perante os seus titulares; seja quem for e de que forma vive, todo ser humano deve ter seus direitos inerentes respeitados.

A Dignidade da Pessoa Humana, princípio fundamental previsto na Carta Magna, possui diferentes reflexos em cada ser humano. Logicamente todas as pessoas possuem os mesmos direitos, todavia, cada uma possui uma necessidade peculiar que a difere das demais, de modo que aquilo que é essencial para a dignidade de um não ser para o de outro.

Mendes e Branco (2015, p. 278) assim entendem quanto a este assunto:

respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio para a satisfação de algum interesse imediato.

Aplicando esse entendimento ao caso em estudo, pode-se dizer que há quem entenda que nascer com deficiência é algo que torna o indivíduo indigno de viver em sociedade e há quem acredite que essa circunstância se torna motivação para conquistar ainda mais direitos, tornando melhor não somente a si própria, pessoa com deficiência, mas também todas as pessoas que vivem ao seu redor, não no sentido financeiro, mas no sentido de pessoas humanas propriamente ditas. Pessoas que interpretam a diferença não como um obstáculo ou prejuízo, mas como fonte de respeito e solidariedade para com o outro.

A proteção à pessoa com deficiência pode ser encontrada em diversos artigos da Carta Magna, principalmente no que tange à adoção de políticas públicas que visem

à inclusão social. Há também garantia de proteção, de forma específica, na Lei nº 13.146 de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), buscando de forma ainda mais eficaz efetivar a igualdade prevista. Ramos (2017, p. 323) assevera que

o Estado deve ainda trabalhar prioritariamente nas áreas de prevenção de todas as formas de deficiência possíveis; de detecção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas com deficiência; e de sensibilização da população, por meio de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e outras atitudes que atentam contra o direito das pessoas a serem iguais.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão foi uma dura conquista das pessoas com deficiência. A referida lei apresentou uma nova roupagem no que tange à capacidade civil, além de apresentar principalmente ideais que visam à inclusão dessas pessoas nas diversas esferas da sociedade, de modo a diminuir as desigualdades enfrentadas desde os primórdios da humanidade.

De forma a consolidar ainda mais os direitos das pessoas portadoras de deficiência em âmbito mundial, foi elaborada, no ano de 2007, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que visa principalmente a assegurar e a proteger o pleno exercício dos direitos e a promover a igualdade entre todos.

A convenção foi incorporada pelo Brasil com equivalência de emenda constitucional por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, de modo a garantir um país com maior acessibilidade e respeito.

Ao considerar que não nascer por causa de uma deficiência seria mais viável e adequado do que nascer com tal circunstância, além de ser totalmente incompatível com a concepção da vida, estaria também violando o próprio direito de igualdade, pois implicitamente a vida de um portador de deficiência estaria sendo desumanizada perante toda a sociedade, sendo considerada, inclusive, sem valor.

Assim seria impossível e totalmente contraditório o ordenamento jurídico de um país tentar defender a inclusão social de pessoas com deficiência de um lado e, de outro, permitir que, antes mesmo de nascer, estas tenham suas vidas interrompidas. Logo, a ação de *wrongful life*, caso adotada pela ordem jurídica pátria, certamente colocaria à prova todo o arcabouço de direitos conquistados pelos deficientes ao longo dos anos.

5 Conclusão

Diante do exposto, é inegável o entendimento de que as ações indenizatórias conhecidas como *wrongful actions*, sendo adotadas pelo ordenamento jurídico pátrio, acarretariam discussões internas do mais elevado patamar, visto que a primazia pela vida e a Dignidade da Pessoa Humana são vetores essenciais para a preexistência de todos os direitos.

As ações de *wrongful birth e life* possuem incidência principalmente no âmbito internacional, já que, em muitos países, as hipóteses de interrupção da gravidez são bem mais abrangentes. Ocorre diferente no ordenamento jurídico brasileiro, em que as hipóteses voluntárias da interrupção da gestação são restritas, não ensejando, por sua vez, uma análise profunda da doutrina e jurisprudência sobre essa temática.

Em relação às ações de *wrongful conception*, seria possível de forma mais singela deparar-se com essas ações no ordenamento jurídico pátrio, visto que a adoção de métodos contraceptivos, como laqueadura tubária, vasectomia e remédios anticoncepcionais, permite em alguns casos a possibilidade de indenização, desde que comprovados o nexo causal entre a conduta e o resultado, já que estes não são absolutamente seguros, pois apresentam uma pequena probabilidade de reversão, não podendo sempre relacionar diretamente o nascimento de uma criança com uma eventual falha médica.

Assim, somente poderão ser indenizados os casos em que fica comprovada a falta de informação do responsável médico ao paciente, sobre o fato de o procedimento contraceptivo não decorrer em uma infertilidade absoluta.

A Constituição Federal assegura a todos o direito à vida, direito à igualdade entre tantas outras garantias, de modo a não restringir estas a nenhuma categoria de indivíduos. Assim, entende-se que, no caso de admitir-se a possibilidade de indenizar pessoas por terem nascido com deficiência, estariam sendo afrontados todos os direitos conquistados pelas pessoas portadoras de necessidades especiais ao longo dos anos, além de inferiorizá-los perante toda a sociedade.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência vieram de forma louvável ratificar os direitos já previstos na Carta Magna, servindo como mecanismo de inclusão e cidadania às pessoas com deficiência, de modo a afastar de todas as formas quaisquer atos que visem a violar estes direitos, além de demonstrar que a diversidade é algo que não deve afastar as pessoas, mas sim uni-las.

Assim, entende-se que a indenização baseada em uma deficiência, implicitamente revela uma busca por uma raça perfeita, característica própria da eugenia, que, em outras palavras, significa “bem nascido”, ou seja, haveria uma distinção clara entre quem seria perfeito e estaria apto a viver em sociedade e quem seria imperfeito de modo a não merecer viver, violando totalmente os preceitos constitucionais existentes.

Além do mais, para que fosse possível aferir uma indenização baseada em um dano decorrente do nascimento, seria necessário comparar o valor da existência com o valor de uma não vida, o que na prática seria impossível.

Certamente a aplicação das referidas teorias também implicariam grandes transtornos na seara médica, pois os profissionais possuem diariamente a carga de ter a vida de outros indivíduos em sua responsabilidade. Então, exigir que também sejam responsáveis de forma objetiva por algo que decorra da própria natureza genética e não de uma conduta realizada acarretaria grandes prejuízos no que tange à atuação médica.

Assim, conclui-se que as atividades médicas que ocasionem diretamente danos à saúde da gestante ou ao feto propriamente dito são passíveis de indenização, todavia,

no que tange às indenizações baseadas em um direito de não nascer, são totalmente inaceitáveis, mediante os atuais parâmetros existentes. Além do mais, as pessoas com deficiência devem ter a chance de conhecer a vida, já que limitação alguma pode retirar a humanidade que lhes é inerente. A vida não pode ser tratada com um dano.

Referências

- BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 24 abril 2018.
- BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31 de dezembro 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 24 abril 2018.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 abril 2018.
- BRASIL. *Decreto Legislativo nº 186, de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 de julho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 24 abril 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de setembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 9 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 08 ago. 2018.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 12 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 08 ago. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 28 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 08 ago. de 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 7 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 08 abril 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3510. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 de dezembro de 2006. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 fevereiro de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14778414/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df-stf>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 54. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 12 de abril de 2012. *Diário de Justiça*, Brasília, 30 de abril de 2012. Disponível em: <https://sff.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738666/questao-de-ordem-na-arguicao-dedescumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df/inteiro-teor-1031124177?juristabs>. Acesso em: 08 abril 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Laiz Marrão Batista da. *Limites existenciais do direito: reflexões sobre a lei anti-Perruche e o direito de não nascer*. 2012. 51 f. (Monografia de bacharel em Direito). Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20271/20271.PDF>. Acesso em: 1º abril 2018.

GODOY, Gabriel Gualano de. *Acórdão Perruche e o direito de não nascer*. 2007. 133 f. (Dissertação de mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12026/nao_nascer_FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º abril 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. Violação à liberdade reprodutiva: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de wrongful birth e wrongful life. In: *XXI Congresso Nacional do Conpedi*, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e2a6330465c8ffc>. Acesso em: 08 ago. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREA, Nayara Moreno. A vida no ordenamento jurídico brasileiro. 2015. *Jusbrasil*. Disponível em: <https://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/250864671/a-vida-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 08 ago. 2018.

PEREIRA, Paula Cargnin. *Responsabilidade civil e o nascimento indesejado: uma análise jurisprudencial*. 2013. 87 f. (Monografia de bacharel em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 abril 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial - arts 121 a 249*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, n. 21, 2010. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210>. Acesso em: 1º abril 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: indenização pelo nascimento de filhos indesejados e os recentes posicionamentos da jurisprudência. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10781&re12vista_caderno=7. Acesso em: 1º abril 2018.

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência. 2015. *Revista Lusíada*, Lisboa, n. 14. Disponível em: revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384. Acesso em: 08 ago. 2018.

Coisa soberanamente julgada: uma construção teórica advinda do processo sob a perspectiva cronológica a qual viola o direito fundamental à coisa julgada constitucional

Sovereignly res judicata: a theoretical construction coming from the process from a chronological perspective which violates the fundamental right to the constitutional res judicata

Poliana Cristina Gonçalves

Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna, pós-graduada em Direito Processual pela UNISUL; em Gestão Pública Municipal pela UFU e graduada em Direito pelo UNIPAM.

E-mail: polianagoncalves.adv@gmail.com

Resumo: Este estudo objetiva demonstrar que a coisa soberanamente julgada, no caso de haver vício de inconstitucionalidade, fere a segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, e que somente será tida como imutável a coisa julgada constitucional, corroborando que a legitimação de decisão judicial que convesça de vício insanável como o da inconstitucionalidade, com fundamento na preclusão temporal advinda do tempo cronológico, afronta o processo constitucional democrático. Utilizar-se-á de uma metodologia dedutiva na medida em que se analisará o processo advindo de uma concepção cronológica marcado por preclusões temporais para o processo como garantidor da segurança jurídica à coisa julgada constitucional.

Palavras-chave: Processo e tempo cronológico. Coisa julgada inconstitucional. Coisa soberanamente julgada. Segurança jurídica. Coisa julgada constitucional.

Abstract: This study aims to demonstrate that the sovereignly res judicata, in case of an unconstitutionality vice, damages juridical security in the Democratic State of Law, and that only constitutional res judicata will be considered immutable, corroborating that the legitimization of a judicial decision which convalesces of an incurable vice of unconstitutionality, based on the temporal preclusion arising from chronological time, confronts the democratic constitutional process. A deductive methodology will be used to analyze the process coming from a chronological conception marked by temporal preclusions for the process as the juridical security guarantor to the constitutional res judicata.

Keywords: Process and Chronological Time. Unconstitutional Res Judicata. Sovereignly Res Judicata. Legal Security. Constitutional Res Judicata.

1 Introdução

O presente trabalho analisará o processo na perspectiva cronológica, sob o fundamento da existência de preclusões temporais, prazos, decadência, prescrição que decorrem do tempo cronológico, o qual visa à duração razoável do processo com base

no princípio da celeridade processual e segurança jurídica aos jurisdicionados, os quais não terão processos sem resolução.

Por outro lado será demonstrado que o processo visto somente sob o aspecto cronológico rompe com o modelo constitucional de processo que assegura o devido processo legal e garante a coisa julgada constitucional na medida em que vincula a rescisão da coisa julgada inconstitucional ao prazo máximo de dois anos da ação rescisória, conforme previsão dos artigos 525, §12 e 535, §5º e nos respectivos §§ 8º e 15 do Código de Processo Civil, sob pena de estar-se diante da coisa soberanamente julgada, que representa o brocardo “a coisa julgada faz do branco o preto; do quadrado o redondo”, ou seja, instituto velado pela preclusão máxima sob o argumento da segurança jurídica, onde os jurisdicionados têm direito à estabilidade das relações sociais, em que o processo deve ter início, meio e fim, e, mesmo que eivado de nulidade, o ato irá se convalescer.

A partir da premissa acima, o atual direito processual brasileiro será criticado, demonstrando que ato ou decisão eivado de inconstitucionalidade não pode se convalidar com o tempo, mesmo que ultrapassado o prazo bienal da ação rescisória, sob pena de ser ferida a garantia constitucional da coisa julgada, não podendo, pois, a coisa julgada inconstitucional ser imutável. Isso porque não há segurança onde há inconstitucionalidade, e, se o ato judicial contrariou a Constituição Federal, este não será intangível nem precluirá com o tempo, pois só deve ser reconhecida a coisa soberanamente julgada à decisão constitucional.

No que se refere à metodologia, utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, através do exame de fontes de autores/pesquisadores que discutem o tema abordado de maneira direta ou indireta e da pesquisa documental com enfoque na análise de jurisprudências. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo, partindo-se da análise do Código de Processo Civil como instrumento do tempo cronológico, o qual elenca como o último meio de impugnação da coisa julgada inconstitucional a ação rescisória, cingida à preclusão temporal, partindo para uma análise microanalítica onde devem ser respeitadas as garantias constitucionais, inclusive da segurança jurídica que garante a coisa julgada constitucional e não a inconstitucional estampada na figura coisa soberanamente julgada, com base no argumento de que o direito não socorre aqueles que dormem.

2 Processo construído em bases trazidas pelo tempo cronológico¹

O processo tem uma perspectiva temporal introduzida em sua própria estrutura, pois se trata de um conjunto de atos e posições subjetivas apontadas a um provimento final, por conseguinte, não se pode ignorar que o processo exige o seu

¹ O termo cronológico está relacionado à cronologia, palavra originária do latim *chronos*, que significa tempo, e *logos*, que significa estudo. Cronológico é um adjetivo que define tudo que obedece a uma cronologia, ou seja, que segue uma sequência natural de acontecimentos no decorrer do tempo, no caso do processo é um sistema de atos processuais que tem o tempo (prazos) e preclusões como referência, e o processo é visto pela sociedade como um instituto que deve corresponder às expectativas do jurisdicionado no menor tempo possível.

tempo, o qual, por sua vez, é representado por uma sucessão de atos processuais, sendo esse o atributo inicial do tempo do processo, em seu caráter cronológico.

No que tange ao tempo e sua automática incidência sobre as coisas e os fatos, Bidart (1981, p. 121) leciona que o processo, na qualidade de obra humana, é vinculado à lei da temporalidade, pois toda obra humana se desenvolve no tempo, e com o processo não seria diferente, até porque o tempo é inerente à própria existência do processo. Contudo, a primordial preocupação dos sujeitos processuais não deveria ser focar no tempo processual, mas que este se reduza ao mínimo indispensável e não decorra em vão.

A temporalidade no sistema processual é representada por prazos, que é o período de tempo indicado na lei processual, onde o marco cronológico é a duração do tempo indicado pela lei, representados pelo marco inicial (*dies a quo*) e marco final (*dies ad quem*), e, a partir do tempo legal, surge a preclusão.²

O próprio Código de Processo Civil está mais preocupado com uma eficiência quantitativa do que qualitativa do Poder Judiciário, comprometendo-se exclusivamente com o tempo cronológico (em detrimento do tempo devido do processo), o que já vinha claramente explicitado na exposição de motivos do anteprojeto elaborado pela comissão de juristas, no qual seu presidente, Luiz Fux, declara que o desafio da comissão é “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”, concluindo adiante que “o Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva as misérias e aberrações que passam pela Ponte da Justiça” (BRASIL, 2010).

O código de processo civil é marcado pela síndrome da pressa³ e pelo princípio da celeridade, a fim de atender os anseios da sociedade, confundindo pressa com velocidade e duração mínima com duração razoável, o que por vez afasta a própria

² A cogitação sobre o *instituto do prazo* em direito processual é ampla, porque abrange reflexões acerca dos institutos da *preclusão*, *perempção*, *prescrição* e *decadência*. O prazo é o tempo de duração, porque o tempo é infinito, enquanto a duração é um *módulo do tempo* com marcos de começo e de fim. O *marco* temporal de início do prazo é, em direito processual, chamado de *dies a quo* e o *marco* final de *dies ad quem*. A expressão marco temporal, no sentido de limite, assume a designação jurídica de *termo* inicial e *termo* final do prazo. (LEAL, 2018, p. 291 – grifo no original).

³ Segundo Marramao (2008, p. 99), a síndrome da pressa decorre da confusão usual que se faz entre pressa e velocidade, em que a velocidade sempre foi valorizada ao longo do tempo, sendo motivo de elogio entre os gregos, pois era virtuosa, mas somente na medida em que se mostrava capaz de atingir o seu objetivo. Ademais, a pressa se confunde com a precipitação (sendo uma forma de aceleração insensata e imprudente) e, tal qual a lentidão, se apresenta como uma forma de intempestividade. A correta percepção do fenômeno do tempo implica buscar o equilíbrio entre a lentidão e a pressa, entre a hesitação e precipitação, nas palavras do autor, consiste em procurar o tempo devido.

codificação do procedimento garantido na Constituição Federal, do chamado modelo constitucional de processo⁴.

Um exemplo a ser citado com características da síndrome da pressa é o próprio Código de Processo Civil, que, em seus artigos 525, §12 e 535, §5º e nos respectivos §§ 8º e 15, trouxe expressamente a possibilidade de manejo da ação rescisória diante de uma decisão transitada em julgado contrária ao texto constitucional, respeitado o prazo bienal do trânsito em julgado da decisão em controle concentrado ou difuso proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, a sistemática da ação rescisória é traçada em critérios cronológico-temporais, pois, após o decurso do prazo bienal, estaria preclusa a possibilidade de discussão de eventuais nulidades ou inexistências havidas no processo, pois se estaria diante da chamada coisa soberanamente julgada⁵, o que implicaria convalidação do conteúdo meritório da decisão judicial contrariamente ao disposto na Constituição Federal.

Referida previsão legal do Código de Processo Civil rompe com o modelo constitucional de processo que assegura o devido processo legal e garante a coisa julgada constitucional, e viola a segurança jurídica, “a qual deve ser entendida sob o prisma da segurança pelo processo e não só a segurança no processo, onde a revisão dos julgados deve ocorrer a qualquer tempo, mesmo que haja coisa julgada e tenha

⁴ Este modelo é apresentado por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1997, p. 11), onde associam ao contraditório, outros princípios constitucionais que formariam uma base adequada ao referido modelo, afirmando que a Constituição estabelece uma base principiológica unânime que formou o modelo constitucional de processo, formados pelos princípios relativos às garantias processuais. Nas palavras dos próprios autores, ao analisarem a nova perspectiva dada pelo projeto constitucional italiano de 1948 ao processo e à ideia de modelo constitucional de processo: “*Tutto ciò permette di dire che dopo il 1948 il processo in Italia è diventato un’entità “a modello unico e da tipologia plurima”: espressione che (nella sua apparente contraddittorietà) esprime efficacemente – ci sembra – l’idea che, se esiste un solo paradigma costituzionale di processo, esiste (recte: può esistere) altresì nell’ordinamento una pluralità di procedimenti giurisdizionali.*” (1997, p. 11). Tradução livre: “Tudo isto permite dizer que depois de 1948 o processo na Itália se tornou uma entidade “modelo único e tipologia plúrima”: expressão que (na sua aparente contradição) exprime eficazmente – nos parece – a ideia de que há um único paradigma constitucional de processo, e se existe (ou pode existir), isto sim, é uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais”.

⁵ Nas palavras de Sérgio Gilberto Porto (2011, p. 149-150), “pode-se dizer que a coisa ‘soberanamente’ julgada se configura quando a decisão atingiu a preclusão máxima na ordem jurídica, representada não apenas ela preclusão recursal, mas também pela incidência da decadência do direito de ação de invalidade desta, vez que a relação jurídica material normada pela decisão que transitou em julgado, não está mais sujeita a qualquer recurso, seja de instância ordinária ou extraordinária, bem como não se encontra mais a mercê de eventual demanda rescisória. Nesta última hipótese identifica-se uma espécie de trânsito em julgado superlativo, daí afirma-se presente a ideia de coisa ‘soberanamente’ julgada. Assim a ideia de coisa ‘soberanamente’ julgada representa, em realidade, a decadência do direito de ação de invalidar decisão transitada em julgado, daí, pois sua natureza decadencial, ou seja, consolida-se o direito pela inação e não pela impossibilidade de impugnação, em face do esgotamento dos meios impugnativos”.

decorrido o prazo bienal da ação rescisória” (COSTA, 2018, p. 137). Em verdade deveria ser conferido ao jurisdicionado a possibilidade de buscar, em qualquer tempo, a correção de injustiças decorrentes da constatação e existência de vícios processuais de natureza insanável, como a coisa julgada inconstitucional.

2.1 O trânsito em julgado decorrente do tempo cronológico

O direito processual brasileiro é amplamente marcado por preclusões lógico-temporais, as quais decorrem do tempo cronológico, e não seria diferente com a coisa julgada.

Assim, a coisa julgada é colocada na Constituição como uma garantia essencial do cidadão, não sendo possível uma emenda à Constituição que tenda a abolir do ordenamento jurídico brasileiro o referido instituto (art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República), e está insculpida no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988) e também nos artigos 502 e 508 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Trata-se de qualidade conferida à sentença judicial irrecorrível (não mais seja cabível qualquer recurso ou tenha exaurido as vias recursais), tornando-a imutável e indiscutível, sendo, pois, um instituto que visa a gerar segurança jurídica às decisões judiciais, a fim de evitar que os conflitos se perpetuem no tempo e de conferir segurança aos julgados, evitando que litígios idênticos sejam novamente ajuizados, trazendo desordem e discussões sem fim.

Nesse sentido Eduardo Couture (1976, p. 304) pontua que

la cosa juzgada es el atributo específico de la jurisdicción. Ninguna otra actividad del orden jurídico tiene la virtud de reunir los dos caracteres arriba mencionados: la inmutabilidad y la coercibilidad. Ni la legislación ni la administración pueden expedir actos con estas modalidades, ya que, por su propia naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes y los actos administrativos se revocan y se modifican con otros actos.⁶

Vale destacar que a coisa julgada é situação jurídica que diz respeito exclusivamente às decisões jurisdicionais. Somente uma decisão judicial pode torna-se indiscutível e imutável pela coisa julgada, conforme Didier Júnior (2015).

Sua origem está no direito romano (*res judicata*) e, não diferentemente de hoje, se fundamentava na pacificação social e certeza do final do processo, a chamada segurança jurídica, que, nos dizeres atuais de Wambier (2005, p. 547),

trata-se de instituto que tem em vista gerar segurança. A segurança, de fato, é um valor que desde sempre tem desempenhado papel de um dos objetivos do direito.

⁶ “Coisa Julgada é o atributo específico da jurisdição. Nenhuma outra atividade da ordem legal tem a virtude de reunir os dois caracteres mencionados acima: imutabilidade e coercibilidade. Nem a legislação nem a administração podem emitir atos com essas modalidades, uma vez que, por sua própria natureza, as leis são revogadas com outras leis e os atos administrativos são revogados e modificados com outros atos”. (tradução livre)

O homem sempre está à procura de segurança, e o direito é um instrumento que se presta, em grande parte, ao atingimento desse desejo humano. Por meio do direito, procura-se tanto a segurança no que diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, quanto no que tange às relações jurídicas individualizadas. É quanto a esta espécie de segurança que a coisa julgada desempenha o seu papel.

O instituto da coisa julgada decorre inicialmente da dicotomia existente entre coisa julgada formal e coisa julgada material⁷, ressaltando-se a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão judicial como características ínsitas da coisa julgada material, de acordo com previsão do artigo 502 do CPC.

A coisa julgada formal ocorre quando a sentença não pode mais ser modificada dentro do mesmo processo, podendo, contudo, ser discutida em outra ação.

Segundo Humberto Theodoro Junior (2004, p. 482),

a coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.

Por vez, a coisa julgada material ocorre quando a sentença não pode mais ser modificada em nenhum outro processo, estando sua definição, como dito, estampada no artigo 502 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. (BRASIL, 2015)

Em outros dizeres, a coisa julgada material advém de uma sentença de mérito, como nas hipóteses estabelecidas pelo diploma processual civil e a partir do trânsito em julgado material “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”, conforme previsão do artigo 503 do código processual civil (BRASIL, 2015), não podendo a mesma demanda ser submetida à apreciação do poder judiciário por mais de uma vez, diferentemente da coisa julgada formal.

Como se vê a eficácia preclusiva da coisa julgada se manifesta no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação de questões suscetíveis de influir, uma vez solucionadas, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz.

⁷ Donizetti (2016, p. 583) conceitua a coisa julgada formal e material: diz-se que há coisa julgada formal quando a sentença terminativa transita em julgado. Na coisa julgada formal, em razão da extinção da relação processual, nada mais pode ser discutido naquele processo. Entretanto, como não houve qualquer alteração qualitativa nem repercussão alguma na relação (intrínseca) de direito material, nada impede que o autor ajuíze outra ação, instaurando-se novo processo, a fim de que o juiz regule o caso concreto. Também a coisa julgada material ocorre com o trânsito em julgado da sentença. O que a diferencia da coisa julgada formal é que agora a sentença transitada em julgado não só encerra a relação processual, mas também compõe o litígio, havendo, portanto, modificação qualitativa na relação de direito material subjacente ao processo.

Importante pontuar as funções positiva e negativa da coisa julgada, em que aquela consiste em por fim ao litígio e proporcionar o resultado pretendido pelos litigantes, qual seja extinguir o estado de dúvida em que se encontravam e ao mesmo tempo vincular o juiz em um futuro processo ao conteúdo da decisão proferida em um processo anterior. A imutabilidade que a caracteriza é o sinal marcante da função positiva da coisa julgada. Por vez, a sua função negativa constitui a proibição endereçada aos juízes de julgar novamente os litígios já transitados em julgado, impedindo que o conflito de interesses já resolvido, possa a qualquer tempo ser novamente julgado. Trata-se, a função negativa, do reflexo do princípio do *ne bis in idem*, baseado na idéia de consumação da ação (ARAGÃO, 2006, p. 195-197).

O Código de Processo Civil fundamenta-se no tempo cronológico, conquanto restringisse a limitação temporal para rescisão do julgado ao prazo de dois anos a contar da formação da coisa julgada através da propositura da ação rescisória (artigos 525, §12 e 535, § 5º e nos respectivos §§ 15 e 8º do CPC) e que nos mecanismos processuais supracitados a questão sobre a inconstitucionalidade da decisão judicial configura a questão principal do processo a ser instaurado.

O CPC preconiza que a relativização da coisa julgada pode gerar instabilidade e insegurança prejudicial à pacificação social, prescrevendo a ação rescisória como único meio de desconstituição de sentença transitada em julgado, ao estabelecer:

A sentença de mérito transitada em julgado que ofende a Constituição só deixa de produzir efeitos após rescindida na forma prevista nesse Capítulo, permitida a concessão, pelo relator, de medida liminar que suspenda temporariamente seus efeitos se houver o risco de que sua imediata eficácia gere dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo relevante a fundamentação da demanda rescisória (CÂMARA, 2004)

Nelson Nery Junior (2004, p. 45) é um defensor da estabilidade das decisões, mesmo que inconstitucionais, entendendo que a relativização gera maior risco político que a própria relativização da coisa julgada:

O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada... *Desconsiderar* a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direita, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo.

Para o autor, desconsiderar a coisa julgada configura ofensa à CRFB, deixando-se de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, só sendo possível abrandar a coisa julgada nas espécies taxativamente previstas em lei como a ação rescisória, impugnação na execução por título judicial, a revisão criminal e a coisa julgada segundo o resultado da lide (NERY JUNIOR, 2004, p. 194-200).

Dessa feita, resta indubitável que a característica que é exclusiva da jurisdição é a aptidão para a definitividade, a fim de atender o dito princípio da segurança jurídica e da duração razoável do processo, e somente os atos jurisdicionais podem adquirir essa especial estabilidade que recebe o nome da coisa julgada, sendo que essa imutabilidade temporal vem da visão processualista instrumentalista do processo como relação jurídica⁸ dentro da ótica do tempo cronológico.

3 *“A coisa julgada faz do branco o preto; do quadrado, o redondo”⁹: a coisa julgada material sob a ótica do tempo cronológico*

Quando se fala em coisa julgada material, muitos pensam que se trata de um efeito da sentença, porém a coisa julgada não é efeito da sentença e tão pouco se confunde com sua eficácia, uma vez que uma sentença pode ser eficaz e mesmo assim não ter se tornado imutável, a exemplo a execução provisória da sentença. Dessa forma, é necessário compreender a coisa julgada como um reforço de eficácia da sentença, e não como uma condição para a sua eficácia, uma vez que a mesma torna imutável tanto o ato processual como seus efeitos.

Na visão de Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 27):

A autoridade da coisa julgada material que incide sobre os efeitos da sentença a partir de quando nenhum recurso seja mais possível; são fatores ligados ao valor do justo o contraditório oferecido às partes e imposto ao juiz, as garantias constitucionais da igualdade, da ampla defesa, do devido processo legal, do juiz natural etc., assim como os recursos e a ação rescisória, mediante os quais o vencido procura afastar decisões que o desfavorecem e o Poder Judiciário tem a oportunidade de aprimorar seu produto.

Assim, uma vez formada a coisa julgada material, é defeso às partes a renovação da demanda, salvo propositura da ação rescisória no prazo de dois anos, tendo a mesma um rol taxativo previsto em lei, e transcorrido esse prazo, ter-se-á a coisa soberanamente julgada.

O conceito de coisa soberanamente julgada é produto de uma concepção cronológico-ideológica de que, após o transcurso do prazo bienal da rescisória, torna-se impossível pensar em qualquer modificação do conteúdo decisório do ato processual final. É nesse contexto que se encontra o fundamento regente da máxima *a coisa julgada faz do branco o preto; do quadrado o redondo*, que imperava no direito medieval, em que a sentença era tida como verdade, era concebida como algo livre de

⁸ A concepção de processo como relação jurídica entre pessoas, desenvolvida por Bülow em 1868, foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Liebman e predomina nos códigos e leis processuais. Admite que o processo é um vínculo entre sujeitos (juiz, autor, réu), em que um pode exigir do outro uma , prestação, conduta. Segundo essa teoria, o processo instaura a subordinação entre as partes. (ALMEIDA, 2005, p. 62).

⁹ “A coisa julgada faz do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro”. (COUTURE, 1966, p. 329).

injustiça, em que, se o perdedor não recorria, era porque admitia a justiça da decisão; e por outro lado, se todos os recursos eram empregados, então a justiça era mesmo a que tinha sido registrada na sentença.

José Carlos Barbosa Moreira (1970, p. 2) assim dispõe:

Chamar coisa julgada à própria sentença, desde que inatacável através de recurso, será, na melhor hipótese, empregar linguagem figurada para indicar o momento em que a coisa julgada se forma. A expressão, demasiado simplificadora, permite-nos saber quando começa a existir coisa julgada; nada nos informa, porém, sobre a essência do fenômeno e sobre o modo como ele atua para desempenhar sua função específica. Detém-se a regra legal no aspecto cronológico e deixa totalmente na sombra o aspecto ontológico da coisa julgada.

O legislador do Código de Processo Civil de 2015 permitiu a possibilidade do trânsito em julgado de decisões judiciais inconstitucionais no momento em que estabeleceu o critério cronológico como parâmetro de alegação de eventual nulidade processual, ou seja, ao apontar a ação rescisória como único método possível para desconstituir a coisa julgada, sendo que a ideologização (não teorização) do instituto da coisa julgada material a partir de uma interpretação dogmática do Código de Processo Civil brasileiro fundamenta a possibilidade de convalidação de atos processuais inconstitucionais após o transcurso do prazo bienal da rescisória, deixando nítida assim a aplicação do brocardo de que a coisa julgada faz do 'branco o preto, do quadrado o redondo'.

3.1 A coisa soberanamente julgada no direito processual brasileiro

Como visto, a coisa soberanamente julgada advém de uma formação doutrinária-jurisprudencial dentro da perspectiva cronológica, em que formada a denominada coisa julgada material e, caso não seja mais possível o manejo da ação rescisória, estar-se-ia diante da coisa soberanamente julgada, em que preclusa estará a possibilidade de se discutir acerca de eventuais nulidades havidas no processo, conquanto estas se convalidarão.

O Código de Processo Civil, ao elencar a coisa julgada inconstitucional em seus artigos 525, § 12 e 535, § 5º e nos respectivos §§ 15 e 8º, trouxe expressamente a possibilidade de manejo da ação rescisória diante de uma decisão transitada em julgado contrária ao texto constitucional, respeitado o prazo bienal do trânsito em julgado da decisão em controle concentrado ou difuso proferida pelo Supremo Tribunal Federal, assegurando a interposição do remédio processual em decorrência do princípio da segurança jurídica e em razão da efetividade das decisões judiciais.

O Supremo Tribunal Federal já entendia, mesmo antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, que o único remédio processual para opor-se à coisa julgada inconstitucional seria a ação rescisória a ser intentada no prazo bienal, e caso exaurisse o lapso temporal, estar-se-ia diante da coisa soberanamente julgada (BRASIL, 2012)¹⁰,

¹⁰ EMENTA: [...] A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja

tendo sido inclusive este o fundamento aproveitado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 730.462/SP, em 29/05/2015, para solucionar as controvérsias sobre o tema em sede de repercussão geral.

Diferente não é o entendimento de Frederico Marques (2000, p. 532-535) em defesa da coisa soberanamente julgada:

Passando em julgado a sentença ou acórdão, há um julgamento com força de lei entre as partes, a que estas se encontram vinculadas imutavelmente. Permitido está, no entanto, que se ataque a 'res iudicata' [...], principalmente através de ação rescisória. [...]. Esse prazo é de decadência e seu 'dies a quo' se situa na data em que ocorreu a 'res iudicata' formal. [...]. Decorrido o biênio sem a propositura da rescisória, há coisa 'soberanamente' julgada, o que também se verifica depois de transitada em julgado decisão declarando improcedente a rescisória.

m a mesma linha de raciocínio Roque Komatsu e De Lucca¹¹, os quais, independentemente de qual vício contamine o ato jurídico, entendem-se pela convalidação do ato após findo o prazo bienal para propositura da ação rescisória.

Vê-se que a ideia de coisa soberanamente julgada não pactua a existência de cláusulas abertas de revisão de sentenças transitadas em julgado em razão de injustiças, de desproporcionalidade ou mesmo de inconstitucionalidade, pois permitir a desconsideração da autoridade da coisa julgada material, após o prazo da ação rescisória, seria ter o processo judicial como instrumento de eternização de conflitos de interesses, e não como instrumento de pacificação desses conflitos.

4 A relação entre coisa julgada, segurança jurídica e tempo cronológico

A segurança jurídica é um princípio que o Estado tem que garantir ao seu cidadão, demonstrando que, apesar de o mesmo ter seus poderes garantidos na Constituição, estes devem ser dosados e utilizados com moderação.

Ou em outras palavras, a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são

sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa *soberanamente* julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. (RE 592.912-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 22/11/2012)

¹¹ Komatsu (1991, p. 245) pondera que as nulidades absolutas passadas em julgado, convalidam-se, não podendo mais ser decretada a nulidade do ato defeituoso, e ainda, passado o prazo para rescisória, os vícios não podem mais conduzir a invalidade do ato.

De Lucca (2011, p. 124) afirma ainda que, não importa a gravidade da nulidade, posto que, após o trânsito em julgado tal nulidade deixa de existir, transformando a sentença antes inexistente em sentença existente, passível de ser rescindida, pois, na visão do autor, todos os vícios deixam de existir, passando a serem causa de rescindibilidade. Elucida ainda que a sentença transitada em julgado, após findo o prazo de dois anos para propositura de ação rescisória, deixa de ser nula e não pode mais ser desconstituída.

as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes. (NICOLAU JÚNIOR, 2004).

Na perspectiva do tempo cronológico, a segurança está vinculada à intangibilidade da coisa julgada, em que deve ser respeitado o limite temporal decadencial da ação rescisória para desconsiderar eventual coisa julgada inconstitucional, sob pena de se atingir a chamada coisa soberanamente julgada, ou seja, a preclusão máxima da coisa julgada.

Assim ocorre a coisa soberanamente julgada em dois casos. A primeira é quando a ação rescisória não é intentada dentro do prazo de dois anos após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal, que entendeu pela inconstitucionalidade da lei ou ato que se funda o título executivo judicial, de acordo com os artigos 525, § 12 e 535, § 5º do CPC, oportunidade em que ocorre o esgotamento do prazo processual para intentar a ação (preclusão). A segunda hipótese é quando, apesar de oferecida a ação rescisória, dentro do prazo legal, a mesma é julgada improcedente. Nesse caso, ocorre a imutabilidade definitiva do julgado por não haver mais qualquer recurso cabível para desafiar o julgado.

Para Canotilho (2000, p. 264), a segurança jurídica é elemento essencial ao Estado de Direito e se pauta em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos Poderes Públicos, uma vez realizadas “não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes” (CANOTILHO, 2000, p. 264). Quanto ao segundo, refere-se à “exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos” (CANOTILHO, 2000, p. 264).

Nesse contexto, a segurança jurídica representa um dos princípios basilares de um sistema constitucional fundado em uma sociedade democrática, e consiste em assegurar ao cidadão a certeza e estabilidade das relações sociais, bem como trazer a paz e harmonia para a sociedade, visando ainda a um mínimo de confiabilidade do cidadão para com o Estado, e tal princípio pode sofrer duas interpretações sob duas óticas.

Primeiro, a que colide com o próprio CPC e STF, os quais se baseiam em uma decisão baseada no tempo cronológico, pois uma decisão judicial manifestamente contrária aos ditames constitucionais não pode produzir validamente efeitos e deve ser desconstituída, mesmo que transcorrido o prazo legal para a sua rescisão, pois se preza pela coisa julgada constitucional. Segunda, a que se fundamenta na visão da coisa julgada como sendo fornecedora de garantia, de segurança e não de justiça, sob o manto de que a segurança jurídica trazida pela coisa julgada material é manifestação do Estado Democrático de Direito.

O Código de Processo Civil juntamente com o Supremo Tribunal Federal, relacionando coisa julgada e segurança jurídica, aplicaram uma perspectiva cronológica na medida em que impuseram a limitação temporal da ação rescisória para desconstituir eventual coisa julgada inconstitucional, trazendo à tona o brocardo *direito não socorre quem dorme (dormientibus non succurrit jus)*. Na tensão entre os princípios de justiça e o da segurança, optaram, num determinado momento processual, pela segurança jurídica, e mais, os recursos colocados à disposição das partes que buscam o

valor e a justiça, e, uma vez esgotadas ou preclusas as vias recursais, o provimento judicial se estabiliza, dando-se preferência ao valor segurança. Até porque de acordo com Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 215), “não há justiça sem segurança jurídica”.

5 O direito fundamental à coisa julgada constitucional

O legislador da Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso XXXVI, trouxe o princípio da segurança jurídica que estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Impende ressaltar a incompatibilidade do debate teórico da segurança jurídica com o Estado Democrático de Direito, haja vista que o dogma da coisa julgada e o da segurança jurídica não podem ser vistos como parâmetros jurídicos para limitar o controle das instituições democráticas e dos provimentos estatais.

O que se pretende demonstrar é que, no Estado Democrático de Direito, a concepção teórica mais adequada sobre o instituto da segurança jurídica decorre do entendimento de que o critério para assegurar o trânsito em julgado de uma decisão judicial é a sua constitucionalidade, e não uma questão meramente cronológica e temporal.

A superação da possibilidade de convalidação de atos processuais nulos e inexistentes a partir da noção cronológica de coisa julgada é imprescindível para o aprimoramento do presente debate científico.

O instituto da ação rescisória, previsto expressamente no artigo 966 do Código de Processo Civil, é a exteriorização mais clara de que o instituto da coisa julgada funda-se em parâmetros cronológicos de compreensão do direito processual civil.

O processualista italiano Piero Calamandrei já estudava a possibilidade de o jurisdicionado buscar a qualquer tempo a declaração de nulidade de decisão judicial eivada de vício insanável de natureza constitucional¹², não ficando vinculado a remédios processuais marcados pela preclusão temporal, como a ação rescisória.

Segundo Calamandrei, a parte prejudicada pela nulidade absoluta, *ipso iure*, não poderá ter a Justiça negada para ter acesso à respectiva declaração de invalidade do julgado:

La verdad es que ninguna legislación, ni siquiera las dominadas por El principio germánico de la validez formal de la sentencia, ni tampoco las modernamente inspiradas en la aceleración del término de las litis y en AL alacanzar con mayor rapidez la certeza sobre el fallo, pueden sustraerse a las leyes de la razón y de la lógica; y en obediencia a éstas, debe la

¹² “El concepto de nulidad de la sentencia en el derecho romano era un concepto jurídico: esto es, la sentencia nula era jurídicamente inexistente” (SILVA apud CALAMANDREI, 1996). Tradução: “O conceito de nulidade da sentença no direito romano era um conceito jurídico: isto é, a sentença nula era legalmente inexistente”.

Entretanto, pondera Calamandrei, esta inexistência jurídica encontrava-se em oposição à existência material e sensível, no mundo exterior, de um provimento judicial com toda a aparência de uma sentença juridicamente válida. Criava-se, então, a necessidade de estabelecer-se um meio adequado de declarar que a sentença materialmente existente inexistia no plano jurídico. (SILVA apud CALAMANDREI, 1996).

Coisa soberanamente julgada: uma construção teórica advinda do processo sob a perspectiva cronológica a qual viola o direito fundamental à coisa julgada constitucional

*ciencia admitir, aunque se en la medida más restringida, que aun después de la preclusión de los medios de impugnación, subsistan sentencias afectadas por la nulidad insanable.*¹³ (1961, p. 463)

Para Calamandrei, diante desse tipo de julgado - *“il decorso del termine per sperimentare i mezzi di impugnazione non può avere l’effetto di sanare la nullità e di precludere l’esercizio della ordinaria azione dichiarativa della nullità insanabile”*¹⁴ (1951, p. 144).

Busca-se reforçar que a coisa julgada é e sempre será essencial ao Estado Democrático de Direito materializado pela Constituição Federal, porém, em casos excepcionais, como da coisa julgada inconstitucional a mesma pode e deve ser relativizada mesmo após o prazo da ação rescisória, sob pena de serem imortalizadas injustiças sociais.

O próprio Liebman (1947, p. 182) elucida que *“há, contudo, vícios maiores, vícios essenciais que sobrevivem à coisa julgada”*, afetando a eficácia de seus efeitos. Assim, contemplando vício grave – como verdadeiramente o é a inconstitucionalidade –, a *res iudicata* é *“coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico”* (LIEBMAN, 1947, p. 182).

Nessas hipóteses, dá-se o que a doutrina denomina nulidade *ipso iure*, *“tal que impede à sentença passar em julgado”*. E por isso que *“em todo tempo se pode opor contra ela”* (LIEBMAN, 1947, p. 182).

A inconstitucionalidade de uma decisão ou ato jurídico é tida como vício insanável, ou seja, é todo aquele de natureza transrescisória, o qual perpassa pelo esclarecimento jurídico de que, no momento em que a decisão judicial transitou em julgado, violou uma norma jurídica constitucional.

E assim o fundamento jus-filosófico anteriormente mencionado advém da impossibilidade de a Ciência do Direito reconhecer a convalidação jurídica de uma decisão judicial proferida em absoluto descompasso com a Constituição vigente, pois é certo que os vícios insanáveis (transrescisórios) não se convalidam com o decurso do lapso temporal marcado pelo tempo cronológico, conquanto as matérias violadas são de ordem pública, podendo ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, visando à preservação da segurança jurídica e do devido processo legal que foram afrontados pelos vícios transrescisórios que não se legitimam com o decurso do tempo.

¹³ Tradução: “A verdade é que nenhuma legislação, nem mesmo aquelas dominadas pelo princípio germânico da validade formal da sentença, nem aquela modernamente inspirada pela aceleração do prazo das leis e em alcançando mais rapidamente a certeza sobre a decisão, pode evitar as leis da razão e da lógica; e, em obediência a estes, a ciência deve admitir, embora seja na medida mais restrita, que, mesmo após a exclusão dos meios de contestação, subsistem juízos afetados pela nulidade insanável.”

¹⁴ Tradução: “O término do prazo para a experimentação dos recursos não pode ter o efeito de reparar a nulidade e impedir o exercício da ação declaratória ordinária da nulidade irrevogável”

Para Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2018, p. 224) mencionam o seguinte:

Em casos de extrema gravidade tendo a sentença ou acórdão sido o resultado de uma fraude muito grave ou transgredido direitos e valores de elevado nível político, social ou humano, parte da doutrina e da jurisprudência aceita que a autoridade da coisa julgada seja desconsiderada, com a possibilidade de propositura de uma demanda destinada a obter um resultado diferente do resultado ditado nessa sentença ou acórdão (relativização da coisa julgada). Em outras palavras: nessas hipóteses extremamente extraordinárias os tribunais preferem dar preponderância a esses valores consagrados na Constituição, permitindo que eles neutralizem a coisa julgada e com isso ponham em segundo plano a segurança jurídica fornecida por esta.

Dessa forma, a coisa julgada está no rol de direitos e garantias fundamentais, contudo vale lembrar que a coisa julgada inconstitucional não se convalida com o tempo, conforme preconizada pelo direito processual ao fundamento de que as relações jurídicas têm que se tornar imutáveis com base no princípio da segurança jurídica. Em verdade, ao contrário desse entendimento, tem-se que só alcança a imutabilidade de coisa julgada a coisa julgada constitucional, sendo que aquela jamais fará do “preto o branco, do quadrado o redondo”, já que pode sofrer a incidência da sua relativização além do prazo bienal da ação rescisória, com o intuito de sanar vícios que transgridam os direitos fundamentais.

5.1 A coisa julgada constitucional democrática rompendo com a segurança jurídica decorrente de preposições cronológico-temporais

Quando ocorre uma sentença, por consequência surge a coisa julgada, todavia a parte pode impugnar aquela no prazo decadencial de até dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que determinou a inconstitucionalidade.

Mas, após os dois anos do trânsito em julgado da sentença condenatória, o ordenamento jurídico brasileiro prefere a chamada segurança jurídica a ter que pensar na possibilidade de reabrir o caso e rediscutir o mérito indefinidamente.

A segurança jurídica possui diversas facetas, sendo estas observadas como um direito coletivo (a segurança pública como dever do Estado), direito individual (a não violabilidade dos direitos fundamentais) e a segurança jurídica no *stricto sensu* (o ato jurídico perfeito e a coisa julgada). De acordo com as ideias feitas alhures, a segurança jurídica é a possibilidade de assegurar à sociedade a estabilidade das relações sociais, trazendo paz e harmonia.

Contudo a relativização da coisa julgada não afronta a segurança jurídica, porque é um instituto essencial para o progresso social, pois admitir decisões que não são constitucionais proporciona dúvidas em relação à supremacia da Constituição e coloca em xeque a função jurisdicional. Nesse momento, é importante trazer a lume o pensamento do Dinamarco (2007, p. 249):

Não há uma garantia sequer, nem mesmo a coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo, etc... É imperioso equilibrar com harmonia as duas existências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável.

Devido à ideia da segurança jurídica, não se pode conceber que uma decisão judicial afronte a moralidade, a legalidade, a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal tem que estar em harmonia com a decisão e assim gerará a segurança. A segurança jurídica não possui como significado a não mutabilidade do direito, mas o aprimoramento legislativo e o jurisprudencial. Os fenômenos sociais têm que ser acompanhados pelo direito, não podendo ficar estanque na história, e assim comprometer a função do direito. As instituições jurídicas têm que ser defendidas, mas a evolução tem que ocorrer mediante as necessidades das sociedades, todavia o direito sempre terá como regência os princípios fundamentais.

6 Conclusão

A análise da coisa julgada é feita dentro da perspectiva do tempo cronológico, contudo essa cronologia passa a interferir na própria concepção do processo, uma vez que é o tempo que controla a máquina judiciária, sendo que a justiça, mesmo que rápida, deve sempre atentar aos princípios e garantias constitucionalmente revestidas e de incondicional aplicação ao processo, sob pena do Estado falhar pelo desejo de proteger os cidadãos da morosidade da Justiça.

Assim, entender que as nulidades se convalidam após o trânsito em julgado e o prazo da ação rescisória seria admitir e aceitar que o processo seria um fim em si mesmo. Aqui não se busca a efetiva prestação jurisdicional e a correta aplicação da lei para o jurisdicionado, em que o processo deve ser visto como espaço da jurisdição e não como instrumento, pois se esquece de que as nulidades absolutas devem ser alegadas a qualquer tempo, posto que, o próprio nome diz, são nulidades que contaminam o ato, que se perpetuam pela eternidade.

O objetivo com mutabilidade da coisa julgada inconstitucional não é institucionalizar ou defender a ideia de insegurança jurídica mediante a possibilidade de revisão judicial indiscriminada de qualquer decisão judicial transitada em julgado, muito pelo contrário, a finalidade é garantir a implementação do princípio da segurança jurídica ao impossibilitar a imutabilidade e a indiscutibilidade (trânsito em julgado) de uma decisão judicial que tenha violado diretamente dispositivo constitucional.

É certo que a premissa da coisa julgada, que é pôr fim a questões já decididas pelo poder judiciário, visando a garantir a segurança nas relações jurídicas e a paz social, só pode ser alcançada com a coisa julgada constitucional, pois não há como uma

coisa julgada inconstitucional se tornar um direito fundamental, devendo, nesse caso, o Estado permitir uma relativização da coisa julgada além da ação rescisória, pois não é possível conferir imutabilidade a uma sentença contrária à Constituição Federal.

Referências

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e funções. *In*: OLIVEIRA, C. A. Alvaro de (org.). *Eficácia e coisa julgada: atualizada de acordo com Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BIDART, Adolfo Gelsi. *El tiempo y el proceso*. v. 23. São Paulo: Revista de Processo, 1981.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de lei da Câmara n. 8.046, apresentado em 22 de dezembro de 2010: Código de processo civil*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 592.912 – RS*. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 03/04/2012 e publicado no DJE em 22/11/2012. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 730.462 – SP*. Plenário. Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 29/05/2015 e publicado no DJE em 25/06/2015. Acesso em: 11 mar. 2019.

Coisa soberanamente julgada: uma construção teórica advinda do processo sob a perspectiva cronológica a qual viola o direito fundamental à coisa julgada constitucional

CALAMANDREI, Piero. Sopravvivenza della *Querela di Nullità* nel Processo Civile Vigente. In: *Rivista di Diritto Processuale*, n. VI, 1951.

CALAMANDREI, Piero. Vicios de la sentencia y medios de gravamen. In: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: EJE, 1961.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JÚNIOR (org). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. Escritos de Direito Processual, Segunda Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Fabrício Veiga. Querela nullitatis insanabilis e segurança jurídica: um estudo crítico da coisa julgada material. *Revista Argumentum*, ISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 1, pp. 129-153, Jan.-Abr. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/383>. Acesso em: 28 jan.2019.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1976.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: RED Livros, 1966.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 202, p. 93-138, dez. 2011. Disponível em: http://www.academia.edu/741380/Querela_nullitatis_e_r%C3%A9u_revel_n%C3%A3o_citado_no_processo_civil_brasileiro. Acesso em: 10 fev. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. v. I. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 55-56, jan/dez 2001, São Paulo.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei nº .105, de 16 de março de 2015, e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.
- KOMATSU, Roque. *A invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.
- MARRAMAO, Giacomo. *La passione del presente*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*. RT 416/9. junho/1970. p. 1-9.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?. *Advocacia dinâmica: seleções jurídicas*, nº. 9, set. de 2004, p. 18-34.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sobrevivência da *querela nullitatis*. *Revista forense*. v. 333 (janeiro/ fevereiro/ março). Rio de Janeiro: Editora forense, 1996, p. 115-121.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 41. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*. vol. 1. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.