

RDJ

REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

ANO 52

V.108·nº1

JUL-DEZ 2016

TJDFT

PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL
E DOS TERRITÓRIOS



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

V. 108 N. 1 JUL-DEZ 2016

ISSN 0101-8868

FEVEREIRO 2017

BRASÍLIA – DF

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DO TJDF

TIRAGEM 550 EXEMPLARES



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO
FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

DESEMBARGADOR MARIO MACHADO VIEIRA NETTO
Presidente

DESEMBARGADOR HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Primeiro Vice-Presidente

DESEMBARGADOR JOSÉ JACINTO COSTA CARVALHO
Segundo Vice-Presidente

DESEMBARGADOR JOSÉ CRUZ MACEDO
Corregedor da Justiça

PRODUÇÃO

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA
Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa | Primeiro Vice-Presidente

Lizandro Garcia Gomes Filho | Juiz Assistente

Guilherme Valadares Vasconcelos | Chefe de Gabinete

SECRETARIA DE JURISPRUDÊNCIA E BIBLIOTECA – SEBI
Guilherme de Sousa Juliano

SUBSECRETARIA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA – SUDJU
Alice Maria A. de Affonso Fabre Figueiredo
Milene Adriana da Silva Gibson

NÚCLEO DE REVISTA JURÍDICA – NUREV
Adriana Salerno Re
Sandra Venâncio de Araújo



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

Revista de doutrina e jurisprudência / Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Vol. 1, n. 1 (1966) – Brasília : TJDF, 1966–.

Quadrimestral: 1966 – 2014. Semestral: 2015–.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2002:

<http://www.tjdf.jus.br/institucional/jurisprudencia/revistas/doutrina-e-jurisprudencia>

ISSN 0101-8868

1. Direito, Periódico. 2. Direito, Jurisprudência. I. Brasil, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)

CDD 340.05

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Desembargadores Titulares: Mário-Zam Belmiro Rosa (Presidente); Flavio Renato Jaquet Rostirola; João Batista Teixeira; Maria de Lourdes Abreu e James Eduardo da Cruz de Moraes Oliveira.

Desembargador Suplente: Diaulas Costa Ribeiro.

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Luís de Araújo Sales Ciarlini (IDP/DF); Carlos Ayres de Freitas Britto (UnICEUB/DF); Cristiano Chaves de Farias (Universidade Baiana de Direito/BA); Edgar Guimarães (Instituto de Direito Romeu Felipe Barcellar/PR); Fabrício Motta (UFG/GO); Fredie Didier (UFBA/BA); Geilson Salomão Leite (UFPB/PB); Geilza Fátima Cavalcanti Diniz (UnICEUB/DF); Héctor Valverde Santana (UnICEUB/DF); Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS); Jefferson Carús Guedes (UnICEUB/DF); Lígia Maria Silva Melo de Casimiro (URCA/FAP/CE); Luciano Ferraz (UFMG/MG); Maurício Leal Dias (UFPA/PA); Miguel Etinger de Araújo Junior (UEL/PR); Pablo Stolze (UFBA/BA); Paulo Afonso Cavichioli Carmona (UnICEUB/DF); Thiago Marrara (USP/SP); Cláudio Peneda Madureira (UFES/ES).

EDITORES ASSOCIADOS

André Macedo Oliveira (UnB/DF); Diaulas Costa Ribeiro (UCB/DF); Héctor Valverde Santana (UnICEUB/DF); João Batista Teixeira (UCB/DF); Lucas Rocha Furtado (UnB/DF); Marlon Tomazette (UnICEUB/DF); Marcus Alan Melo Gomes (UFPA/PA); Marcos Catalan (Unisinos/RS).

COMISSÃO EXECUTIVA

Adriana Salerno Re; Sandra Venâncio de Araújo e Alexandre da Silva Lacerda – NUREV/TJDFT.

PARECERISTAS

BAHIA: Daniel Ribeiro Silva (UNIFACS); Salomão Resedá (UFBA). **BRASÍLIA:** Alessandra Torres Vaz Mendes (Assessora Jurídica/MPF); Ana Cláudia Lóiola de Morais Mendes (IDP/DF); André Pires Gontijo (UnICEUB); Atalá Correia (IDP); Celso de Barros Correia Neto (UCB); Fabrício Castagna Lunardi (UnB); Fernando Antônio Calmon Reis (UnICEUB); Humberto Cunha (UnICEUB); Leonardo Gomes de Aquino (UNIEURO); Leonardo Pimentel Bueno (Advogado); Mariana Martins Juras (TJDFT); Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (UnICEUB); Norberto Mazai (IDP e IESB); Pedro Machado de Almeida Castro (UnB); Pedro de Araújo Yung-Tay Neto (UnB); Rafael Freitas Machado (UnICEUB e IDP); Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira (ATAME); Raquel Tiveron (UnICEUB); Renata Malta Vilas-Bôas (UnICEUB); Ricardo Rocha Leite (ESA/DF); Susana de Morais Spencer Bruno (UDF); Thiago Luís Sombra (UnB). **ESPÍRITO SANTO:** Thiago Felipe Vargas Simões (UVV). **GOIÁS:** Fernanda Heloísa Macedo Soares (FACEG). **MATO GROSSO:** Sarah Caroline de Deus Pereira (Universidade La Salle de Lucas); Simone Genovez (FASIP). **MATO GROSSO DO SUL:** Alexandre Raslan (Promotor de Justiça/MPMS). **MARANHÃO:** Vinícius Abdala (UNIBALSAS). **MINAS GERAIS:** Alex Fernandes Santiago (Promotor de Justiça/MPMG); Bruno Amaro Lacerda (Universidade Federal de Juiz de Fora); Emerson Andena (PUC/MG); Enio César Gonçalves Pimenta (PUC/MG); Leonardo

Barreto Moreira Alves (FESMPMG); Luciano J. Alvarenga (Universidade FUMEC). **PARÁ:** Luanna Tomaz (UFPA). **PARANÁ:** Eduardo Pottumati (PUC); Fabiano Augusto Piazza Baracat (ESA, OAB/PR); Francisco Emílio Baleotti (UEL); Gabriel Cardoso Galli (Instituto Superior do Litoral do Paraná); Patrícia Ayub da Costa Ligmanovski (UEL); Thaís Amoroso Paschoal Lunardi (UFP). **RIO DE JANEIRO:** Felipe Asensi (UERJ); João Carlos Castellar (UFRJ). **RIO GRANDE DO NORTE:** José Evandro Zaranza (UNI-RN). **RIO GRANDE DO SUL:** João Paulo Forster (Uniritter); Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu (UFRS). **SÃO PAULO:** Amauri Feres Saad (PUC); André Adriano do Nascimento da Silva (FMU); Bruno Dantas (PUC/SP); Christiany Pegorari (FMU); Christiano Cassetari (USP); Cláudia Maria Las Casas Brito Lamas (FSR/UNIESP); Guilherme Adolfo Mendes (FDRP/USP); Juliana Oliveira Domingues (USP); Murillo Giordan Santos (USP); Nicholas Merlone (Centro Universitário SENAC); Raul Miguel Freitas de Oliveira (FDRP/USP); Regina Célia Martinez (FMU); Sérgio Gabriel (Universidade Nove de Julho). **ALEMANHA:** Eduardo Viana Portela Neves (*Universität Augsburg*). **ARGENTINA:** Daniel Ribeiro Silva (UBA). **ESPAÑA:** Alberto Silva Santos (Universidade Pablo de Olavide de Sevilha). **FRANÇA:** Ruitemberg Nunes Pereira (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*). **PORTUGAL:** Andrea Wollman (Universidade de Coimbra).

PROCESSO EDITORIAL

Adriana Salerno Re; Sandra Venâncio de Araújo e Alexandre da Silva Lacerda – NUREV/TJDFT.

REVISÃO ABNT

Adriana Salerno Re; Sandra Venâncio de Araújo e Alexandre da Silva Lacerda – NUREV/TJDFT.

REVISÃO TEXTUAL

Ana Luiza de Azevedo dos Santos – GPVP/TJDFT.

Adriana Salerno Re, Alexandre da Silva Lacerda e Sandra Venâncio de Araújo – NUREV/TJDFT.

REDAÇÃO DAS NOTAS DE JURISPRUDÊNCIA

Ana Cláudia Nascimento Trigo de Loureiro; Cynthia de Campos Aspesi; Priscilla Kelly Santos Duarte Romeiro; Renata Guerra Amorim Abdala; Risoneis Álvares Barros e Ticiane Araújo Passos – NUPIJUR/TJDFT.

REVISÃO DAS NOTAS DE JURISPRUDÊNCIA

Ana Luiza de Azevedo dos Santos – GPVP/TJDFT.

Ana Cláudia Nascimento Trigo de Loureiro; Priscilla Kelly Santos Duarte Romeiro e Risoneis Álvares Barros – NUPIJUR/TJDFT.

PROJETO GRÁFICO

Coordenação de Serviços Gráficos – CSG

PRODUÇÃO GRÁFICA

Impressão e acabamento: Coordenação de Serviços Gráficos – CSG

Data de impressão: fevereiro/2017

Tiragem: 550 exemplares

Produção gráfica realizada pela Coordenação de Serviços Gráficos – CSG /SEG/ TJDFT

Publicação semestral da RDJ. Jul-Dez/2016. ISSN 0101-8868

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Fórum Milton Sebastião Barbosa, Bloco A, Sala 526 – CEP 70094-900

Telefones: (61) 3103-4642 e 3103-4644

E-mail: nurev@tjdf.jus.br

@Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida mediante autorização expressa do editor.

Solicita-se permuta/ Pídese canje/ On demande l'échange/ Si richiede lo scambio/ We ask for exchange/ Wir bitten um Austausch

EDITORIAL

Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa

*Primeiro Vice-Presidente do TJDF
e Editor-Chefe da RDJ*

Omnis homines qui de rebus dubiis consultant, ab odio et amicitia, ira atque misericordia vacuos esse decet.

Salústio, in A Conjuração de Catilnia, LI, 1

Com o intuito de incentivar a produção técnica e científica de magistrados, membros do Ministério Público, advogados, operadores e acadêmicos do Direito, bem como de promover o conhecimento e o amplo debate sobre questões de interesse jurídico, o TJDF faz chegar aos leitores o volume 108, n. 1, de sua Revista de Doutrina e Jurisprudência nas versões eletrônica e impressa.

Neste número, além de divulgar a jurisprudência da Casa, a RDJ apresenta nove artigos que em muito podem contribuir para a prática jurídica e para a formação intelectual dos que a eles tiverem acesso. São tratados temas como constitucionalidade das normas, atuação dos magistrados, assuntos recorrentes na prática jurídica ainda não regulamentados, transparência e controle social do Estado, propostas de temas atuais não inseridos no âmbito jurídico, mas que, em breve, acredito, o serão em virtude de sua atualidade e repercussão social.

No primeiro artigo, destaque desta edição, de autoria do Juiz Ricardo Rocha Leite – O Ônus da Prova no CDC: sua Diversidade e a Falsa Inversão –, é analisada a diversidade do ônus da prova do CDC em relação ao critério estático estabelecido pelo CPC. Esse estudo é justificado, segundo o autor, pela imprecisão que caracteriza o instituto do ônus da prova no CDC e pelos problemas práticos sobre o assunto, presentes no cotidiano forense. O Juiz apresenta o tema de maneira didática e esclarecedora, o que, certamente, contribuirá para enriquecer e elucidar a prática jurídica referente à relação de consumo, muito presente nos julgamentos. Vale a pena verificar esse excelente texto.

Em seguida, apresenta-se A Imparcialidade do Juiz, assunto que sem dúvida já preocupou grande parte, senão a totalidade, dos magistrados, no qual o autor afirma ser a imparcialidade valor ético de grande importância para o jurista, associado às ideias de justiça, igualdade e verdade. Afirma,

ainda, ser objetivo do artigo afirmá-la como dever dos julgadores. Limito-me a apontar o assunto sinteticamente, a fim de mais aguçar a curiosidade dos leitores. Após a leitura do texto, haverão de concordar com o historiador latino Salústio, 86-35 A.C., que assevera “Todos aqueles que devem deliberar sobre questões dúbias devem também se manter imunes ao ódio e à simpatia, à ira e ao sentimentalismo”. Em tempo, essa é a tradução da epígrafe deste editorial...

A respeito da transparência do Estado e da atuação dos agentes públicos, destaco a pertinente *Análise dos Modelos para Divulgar a Remuneração dos Agentes Públicos na Internet*, por meio do qual se examina a aplicação da Lei de Acesso à Informação como garantia da transparência dos gastos públicos relativos ao pagamento dos servidores nos âmbitos federal e estadual. O cotejo entre os vários modelos é bem interessante, e a constatação de que a Lei de Acesso à Informação tem sido cumprida nesse aspecto demonstra o avanço de uma democracia emergente.

Em *Adoção: Controvérsias a Respeito da Modalidade Intuitu Personae*, são revistos o instituto da adoção desde suas origens e seu procedimento conforme vigente na legislação brasileira, demonstrando que a modalidade *intuitu personae* de adoção, embora não prevista em lei, pode ser apreciada em analogia com o instituto da tutela, de modo que prevaleça o interesse do adotado e a afeetividade sobre a letra fria da lei.

Uma Proposta para o Sistema Policial relata a ineficiência do atual sistema policial de segurança pública e propõe a substituição deste por um modelo municipalizado, o qual, segundo o autor, por ser mais próximo da comunidade, permitiria a esta o controle da instituição, o que ajudaria a coibir a crescente violência policial contra aqueles que o sistema deveria proteger. Confirma essa proposta.

O *Uso de Drones em Procedimentos Criminais*, às fls. 96, apresenta os prós e os contras da utilização de Veículos Aéreos não Tripulados a serviço da Justiça, demonstrando que esse avanço

tecnológico pode contribuir, e muito, para o procedimento investigatório criminal; entretanto, pode representar, também, afronta a direitos constitucionais fundamentais, motivo pelo qual poderia ser considerado inviável para esse fim. É preciso informar-se sobre esse tema de grande atualidade.

Remeto o leitor, ainda, para o bem-escrito artigo *O Controle de Constitucionalidade Estadual: o Caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, em que é apresentado o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente aquele realizado pelos tribunais de Justiça estaduais, e apontados os instrumentos jurídicos que têm sido utilizados para tanto na prática jurídica do TJDF, nos últimos anos. Elucidativo e extremamente didático, esse artigo se encontra às páginas 108.

Quanto ao texto *A Maternidade de Substituição e o Conflito de Presunção de Maternidade Certa: Estudo de Casos*, nele se verifica a relatividade da presunção de maternidade certa em virtude de a ciência, no atual estágio em que se encontra, possibilitar outras maneiras de concepção que não a tradicional; logo, sugere-se que o tema seja regulamentado mediante cláusulas abertas, mas de tal modo que se possa decidir conforme o melhor para a criança, o que é exemplificado com a apresentação de dois casos icônicos.

Por fim, o controle social das instituições é incentivado no artigo *Tipologia e Propositura da Ação Popular e a Via Paralela e Salutar da Ação de Improbidade Administrativa*, em que se comparam as duas ações e se demonstra qual delas é mais adequada para o exercício do controle do cidadão sobre os agentes públicos que praticam atos lesivos ao patrimônio comum. Essas informações são mais do que oportunas para o efetivo exercício da cidadania, princípio fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil, principalmente diante do momento delicado pelo qual passa a democracia brasileira.

Esses são os valorosos artigos que a RDJ apresenta aos seus leitores neste volume.

Boa leitura e até a próxima edição!

10 DESTAQUE

O ÔNUS DA PROVA NO CDC: SUA DIVERSIDADE E A FALSA INVERSÃO

THE BURDEN OF PROOF IN THE BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION

CODE (CDC): YOUR DIVERSITY AND THE FALSE REVERSE

Ricardo Rocha Leite 10

30 ARTIGOS

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

THE IMPARTIALITY OF THE JUDGE

Bruno Amaro Lacerda 30

LEI 12.527, DE 2011 – ANÁLISE DOS MODELOS PARA DIVULGAR A REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS NA INTERNET

LAW 12.527/2011 – ANALYSIS OF MODELS FOR DISCLOSURE

OF GOVERNMENT EMPLOYEE'S WAGES ON THE INTERNET

Fábio Lima Quintas e Dijeison Tiago Rios Nascimento 44

ADOÇÃO: CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA MODALIDADE INTUITU PERSONAE

ADOPTION: CONTROVERSIES ABOUT THE MODALITY INTUITU PERSONAE

Ricardo Alves de Lima e Adrielli Marques Braidotti 64

UMA PROPOSTA PARA O SISTEMA POLICIAL

A PROPOSAL FOR THE POLICE SYSTEM

Júlio Lopes Hott 82

USO DE DRONES EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

DRONE'S USE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Milene Mauricio, Rodrigo Olhiara da Silva,

Caroline Bussoloto de Brum e Yuri Bastos 96

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL: O CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

JUDICIAL REVIEW IN THE STATES COURTS: THE CASE OF THE

FEDERAL DISTRICT AND TERRITORIES COURT

Paulo Alves Santos 108

171 JURISPRUDÊNCIA

CONCESSÃO DE INDULTO PLENO PARA OS CONDENADOS PELO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES CUJA PENA CORPORAL SEJA SUBSTITUÍDA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

171

COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A MULTIRREINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE

173

CONCESSÃO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA MEDIANTE SIMPLES AFIRMAÇÃO NA PETIÇÃO INICIAL

174

DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA

– CRIME DE DESOBEDIÊNCIA X CONDUTA ATÍPICA . . . 177

FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A PACIENTE NECESSITADO – DEVER DO ESTADO

179

INTERNAÇÃO DE PACIENTE EM UTI PARTICULAR – OBRIGATORIEDADE DO ESTADO EM VIRTUDE DA

INEXISTÊNCIA DE VAGAS EM HOSPITAL PÚBLICO . . . 180

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E O CONFLITO DE
PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE CERTA: ESTUDO DE CASOS

SURROGACY MATERNITY AND THE CONFLICT OF CERTAIN

MATERNITY ASSUMPTION: CASE STUDY

Caroline Rocha Pereira Teixeira 132

TIPOLOGIA E PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR E A
VIA PARALELA E SALUTAR DA AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

TYPOLOGY AND BRINGING OF THE POPULAR ACTION AND THE

UITABLE AND SALUTARY ADMINISTRATIVE MISCONDUCT LAW

Cecília Teresa de Menezes Oliveira 152

MENOR DE 18 ANOS APROVADO EM VESTIBULAR
– MATRÍCULA EM SUPLETIVO 181


PROTESTO DE CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA 183

PENHORA DE VERBAS DE NATUREZA SALARIAL
– HIPÓTESES EXCEPCIONAIS 184

REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL APÓS A
ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CPC. 186

TRATAMENTO NA MODALIDADE HOME CARE
– OBRIGATORIEDADE EM VIRTUDE
DE INDICAÇÃO MÉDICA. 187

NORMAS EDITORIAIS 189



O ÔNUS DA PROVA NO CDC: SUA DIVERSIDADE E A FALSA INVERSÃO

Ricardo Rocha Leite

THE BURDEN OF PROOF IN THE BRAZILIAN CONSUMER PROTECTION
CODE (CDC): YOUR DIVERSITY AND THE FALSE REVERSE

RESUMO

Este trabalho busca analisar a diversidade do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – CDC em relação ao critério estático estabelecido como paradigma no Código de Processo Civil – CPC. Essa peculiaridade é evidenciada nos casos que envolvem a discussão da responsabilidade civil do fornecedor, seja em decorrência do fato ou do vício do produto e do serviço, seja em virtude de matéria afeta às práticas comerciais. Esses critérios, que reduzem as exigências de produção da prova pelo consumidor, não excluem a aplicação da regra estática, pois são empregados em situações específicas. Sustenta-se que nenhum desses casos se reporta à inversão do encargo probatório, porquanto o que há, na verdade, é a incidência de presunção legal relativa, a imposição de fato constitutivo ao fornecedor e o reconhecimento pelo juiz de algum fato alegado pelo consumidor como verdadeiro. Este estudo justifica-se pela imprecisão que norteia o instituto do ônus da prova bem como pelos problemas de ordem prática que são constatados no cotidiano forense.

» PALAVRAS-CHAVE: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. ASPECTOS PROCESSUAIS. ÔNUS DA PROVA. DIVERSIDADE. FALSA INVERSÃO.

ABSTRACT

This study aims to analyze the diversity of the burden of proof in the Brazilian Consumer Protection Code (CDC) regarding the static criterion established as a paradigm in the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC). This feature is evident in cases concerning the civil liability of a supplier due to the fact or defect of a product or service, or due to commercial practices. These criteria lower the requirements for consumers to produce evidences, but do not exclude the application of the static law, because they operate in specific situations. None of these cases relates to the reverse burden of proof, because, actually, it is the application of a relative legal presumption; it is the imposition of a constitutive fact to the supplier, and the acknowledgement, by a judge, of a fact alleged by a consumer. The justification for this study lies on the imprecision that guides the principle of the burden of proof and the practical issues faced in the legal environment.

» KEYWORDS: CONSUMER PROTECTION. PROCEDURAL ASPECTS. BURDEN OF PROOF. DIVERSITY. FALSE REVERSE.

INTRODUÇÃO

A ideia central do Código de Defesa do Consumidor – CDC é a proteção de um grupo determinado de pessoas, os consumidores. Ao destacar certo grupo da sociedade, o Estado intervém na tentativa de igualar a desigualdade. Ao mesmo tempo em que preserva a liberdade dos indivíduos para contratar e a sua vinculação ao instrumento contratual para que os pactos sejam respeitados, pode flexibilizar a autonomia da vontade na hipótese em que ficar evidenciada situação jurídica que aponte a necessidade de sua interferência.

A diferenciação desse microsistema é destacada logo no artigo 1º da Lei n. 8078/1990, ao prever que o CDC é uma norma de ordem pública.

Essa qualificação norteia sua aplicação e constitui importante mecanismo de maior alcance da justiça distributiva, a qual estava desamparada no direito privado clássico. A igualdade material almejada é vista como discriminação positiva e gera solidariedade do mercado, pois, na sociedade atual, o risco é elemento constante, e o princípio do *favor debilis* pode ser aplicado na relação de consumo. É preciso dar especial atenção à parte que está em desvantagem de condições.

Essa visão repercute no processo civil, porque o CDC estabelece mecanismos específicos quanto ao Código de Processo Civil – CPC. Ao mesmo tempo, não se pode descurar dos aspectos gerais que são traçados pela legislação processual civil. O diálogo das fontes é técnica de interação que deve ser empregada para melhor solução das situações que retratem a relação de consumo. Especificamente sobre a prova e a distribuição do seu ônus, são utilizados institutos e conceitos do CPC, tais como os fatos jurídicos que devam ser comprovados pelas partes, as presunções e as máximas de experiência.

Discute-se se o ônus da prova é sempre de quem alega. O tratamento específico apresentado pelo CDC problematiza sua aplicação, pois há variações dentro do próprio microsistema. Essa situação demonstra que o ônus da prova não é sempre de quem alega. Contudo, deve ser observado que o critério estático previsto como regra no artigo 333 do CPC de 1973 e mantido no artigo 373 do vigente CPC não pode ser desconsiderado pelo juiz na solução do caso concreto. Em algumas hipóteses, ele ainda será utilizado.

Dentre as situações específicas estabelecidas pelo CDC, há a possibilidade de o magistrado inverter o ônus da prova a favor do consumidor, desde que preenchidos os requisitos legais. Outro problema que advém dessa disposição legal é discutir se se trata tecnicamente de inversão. Além dessa hipótese abordada expressamente pela legislação, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram outros dois casos que foram denominados de inversão legal do encargo probatório. O trabalho também questiona o conceito empregado.

Ao autor compete a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu, a comprovação de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Esse método de distribuição é preestabelecido pela legislação e constitui a regra no sistema jurídico. A utilização de critérios diferenciados requer situações específicas e justificadas. A relação de consumo, por toda sua principiologia, legitima esse tratamento e utiliza preceitos vaticinados na legislação processual civil que reduzem as exigências probatórias. As presunções demonstram a assertiva, pois atuam como facilitadores processuais à parte que é beneficiada pela sua aplicação. Essa situação é vivenciada durante a etapa de produção da prova.

O ônus da prova, instituto de direito processual, deve ser analisado em conjunto com o direito material deduzido em juízo. A visão de que o ônus da prova se vale somente da posição jurídica da parte no processo está superada há tempos. Cabe ao magistrado realizar a análise de forma contextualizada e não se ater somente ao fato de ser a parte autora ou ré. O processo é instrumento para a obtenção do direito material, e seu ideal de efetividade requer necessariamente um olhar

panorâmico sobre a relação jurídica. Essa interpretação coordenada das regras processuais à luz do direito material fomentou os critérios estabelecidos no CDC.

Este trabalho tem por escopo identificar e discutir os problemas relacionados ao ônus da prova na relação de consumo. A aplicação do ônus da prova assume, ainda hoje, contornos imprecisos na sua utilização prática pelos operadores do direito, e a análise do caso concreto é imprescindível, pois há situações diferenciadas para cada modalidade de responsabilidade civil estabelecida pelo CDC, além de outras hipóteses que surgem em decorrência do aumento quantitativo de demandas e das situações que são geradas pelo alargamento do consumo.

1 OS ASPECTOS PONTUAIS DO ÔNUS DA PROVA

1.1 A PROVA

A prova é uma constante em diversas áreas do conhecimento. No campo jurídico, tradicionalmente, é empregada em três dimensões: como atividade, meio e resultado. A primeira variação compreende a ação de provar de acordo com os critérios de distribuição do ônus da prova. A segunda retrata os instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico para se provar determinado fato, tais como os meios de prova testemunhal, documental ou pericial. A prova como resultado tem por escopo a formação do convencimento judicial, “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo” (CHIOVENDA, 2002, p. 109).

O conhecimento de determinado fato pelo juiz pode ocorrer de forma direta ou indireta. De acordo com essa concepção, encontram-se o objeto de prova e os meios de prova. Aquele é constituído pelas alegações das partes em relação aos fatos controversos, relevantes e determinados existentes no processo, cujo núcleo é o denominado *thema probandum* ou fato probando. Os meios de prova são os listados na legislação processual e os necessários para o deslinde da causa. Além das provas típicas, há as provas atípicas, as quais não estão especificamente previstas em lei.

O direito à prova encontra limites que devem ser justificados de forma racional pelo legislador e pelo juiz. A restrição é amparada pelo princípio da proporcionalidade, que fomenta o juízo de sua admissibilidade com vistas à proteção de outros valores. Nesse ramo, amoldam-se as provas ilícitas, previstas expressamente na CF como inadmissíveis no processo (art. 5º, LVI), as quais não podem integrar a esfera de convencimento do julgador. Há também o juízo lógico da relevância e da pertinência, direcionado à economia e à celeridade processuais no raciocínio desenvolvido pelo juiz que entende pela desnecessidade da produção de determinado meio de prova.

O contato do juiz com a prova ocorre em três momentos processuais: o da determinação ou da admissibilidade da prova, o da realização da prova e o da valoração da prova. O segundo momento, de produção da prova, tem por finalidade reconstruir a afirmação dos fatos apresentados pelas partes, observados os critérios metodológicos previstos na legislação processual. Ao proferir a

sentença, o juiz utiliza o discurso justificativo de sua decisão, o qual possibilita o controle das partes acerca da racionalidade empregada. Nesse ponto, com base nos meios de prova produzidos no processo, o magistrado explicitará a valoração ao conjunto probatório que embasou sua convicção.

O estudo da valoração das provas no ordenamento jurídico remonta à existência de três principais sistemas: o da prova legal ou tarifada, em que a lei já reconhece, de forma apriorística, o valor de cada meio de prova segundo critérios próprios; o do livre convencimento puro, que confere ao julgador ampla liberdade para apreciar e valorar a prova sem a necessidade de motivação, e, por fim, o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, adotado pela legislação processual, que também assegura ao juiz a liberdade de apreciar e valorar a prova, porém com a necessidade de expor as razões do seu convencimento.

1.2 O ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova transmite a ideia de distribuição de riscos e de autorresponsabilidade¹ das partes. A doutrina comumente divide o ônus da prova em objetivo e subjetivo. Esse é analisado sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção da prova, aquele é visto como uma regra de julgamento para ser aplicada pelo juiz no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente, com vistas a afastar o *non liquet*. Logo, o ônus da prova é, ao mesmo tempo, regra de conduta das partes e regra de julgamento e, nesse caso, está calcada no estado de dúvida cognoscitiva do julgador.

Trata-se de um ônus imperfeito. Nem sempre a ausência de produção da prova pela parte a coloca em situação de desvantagem processual. O juiz, como destinatário da prova, pode determinar a produção de certo meio de prova no curso do processo. Além do mais, segundo o princípio da aquisição ou da comunhão da prova, a prova produzida pela outra parte pode beneficiar a parte que não a produziu. É indiferente a proveniência da prova, se adveio da parte a quem competia o ônus de produzi-la ou da parte adversária.

O ônus da prova objetivo tem caráter consequencial. Se uma afirmação relevante da parte não for suficientemente demonstrada, o magistrado proferirá sentença de acordo com o critério da distribuição do ônus da prova previamente estabelecido pelo legislador para o caso concreto. Todavia, a regra deve ser aplicada de forma residual, pois o processo civil moderno assegura iniciativa probatória ao juiz na busca de sanar eventual lacuna no material probatório produzido pelas partes. Essa postura é salutar para melhor elucidação dos fatos diante da possível insuficiência dos meios de prova produzidos durante a instrução processual.

O ônus da prova possui autonomia conceitual e está vinculado à ideia de carga, de encargo atribuído a determinada parte para que dele possa se desincumbir. Caso a parte responsável por esse peso não o cumpra, sofrerá a consequência de poder não obter sua pretensão, ou se encontrará em estado que não desejava. Nessa perspectiva, o ônus atua como instituto motivador da parte que lhe incumbe, para que obtenha situação favorável ao seu interesse. Ao mesmo tempo, o efeito jurídico gerado pelo

descumprimento do encargo não implica o reconhecimento do direito da parte adversária, mas sim a situação jurídica de desvantagem para a parte que não se desincumbiu do ônus que lhe competia.

1.3 OS CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Em regra, vigora, no processo civil, o critério estático (art. 333 do CPC de 1973 e art. 373 do CPC vigente). Cabe à parte autora demonstrar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Esse comando é dirigido ao juiz no caso de, encerrada a fase instrutória, ainda restar a dúvida². É possível afirmar, também, que é direcionado às partes, ou seja, é uma regra de conduta, porquanto tem o condão de informar previamente a quem compete o ônus da prova. A racionalidade da norma é que a parte deve provar aquele fato que lhe beneficia e não o fato prejudicial.

O ônus da prova é antecedido pelo ônus da afirmação ou ônus da alegação. Primeiro a parte deve alegar e, posteriormente, comprovar o fato. A afirmação de um fato feita pelo autor e a resistência do réu tornam os fatos controvertidos e constituem o objeto de prova. Esses fatos relevantes fixam os contornos de atuação do juiz no processo e delimitam o provimento judicial que será prolatado. Mesmo nos fatos notórios, que prescindem de prova, não há dispensa de sua afirmação, porquanto a parte visa obter uma consequência advinda da sua ocorrência. Da mesma forma, os fatos confessados pela outra parte, incontroversos, e em cujo favor milite alguma presunção legal de existência ou veracidade.

As principais teorias acerca dos critérios de distribuição do ônus da prova estão embasadas em três pontos: o primeiro está ligado à natureza dos fatos que fundamentam a pretensão das partes (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos); o segundo ponto está alicerçado nos pressupostos de fato que embasam a norma jurídica, cabendo a cada parte provar aquilo que lhe é favorável e, por fim, o terceiro se reporta à posição da parte em relação ao efeito jurídico desejado.

À luz dessas teorias, é possível inferir sua importância e compatibilidade com a legislação processual civil brasileira, que adotou, como regra, o caráter distributivo do ônus da prova em observância à natureza dos fatos e à posição jurídica ocupada pelas partes. Todavia, esse critério não é suficiente para a resolução de todos os casos. A massificação e a complexidade das demandas judiciais desencadearam a necessidade da construção de novos métodos de distribuição do ônus da prova para solução de casos pontuais, tais como a teoria da distribuição dinâmica prevista no art. 373, §1º, do CPC e as situações específicas estabelecidas no CDC.

» 1.3.1 OS FATOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS

O legislador utilizou a classificação dos fatos em quatro critérios para a repartição do ônus da prova. Devem ser vistos como fatos jurídicos, pois suas existências no mundo fático amoldam-se à descrição de uma regra jurídica. Essa visão reporta-se à concepção de que os fatos que constituem o

objeto de prova estão circunscritos ao processo de aplicação do direito material. Há também a visão processual, a qual pontua a necessidade de se observar a posição jurídica da parte quanto à pretensão deduzida em juízo.

Nessa acepção de junção do direito processual com o material para a distribuição do ônus da prova, os fatos constitutivos são o “conjunto de fatos que compõe o suporte fático suficiente para a formação do fato jurídico, descrito pelo autor na petição inicial, com fundamento na situação jurídica cuja titularidade é pleiteada” (XAVIER, 2004, p. 140). O fato impeditivo, no primeiro momento, torna incontroversa a existência do fato constitutivo para, em seguida, impedir a sua plena aplicação. Analisado sob a ótica do fato jurídico, o fato impeditivo ratifica a existência do fato constitutivo, mas obstrui a sua validade e/ou eficácia.

O fato impeditivo se opõe ao efeito do fato constitutivo. Por isso, devem ser provados os seus pressupostos pelo réu que não deseja uma situação desfavorável. É possível afirmar que são fatos impeditivos os vícios do consentimento em ação judicial que tenha como pretensão o cumprimento de cláusula contratual do negócio jurídico. Por outro lado, na ação anulatória de negócio jurídico, sob o fundamento do vício do consentimento, passa-se a fato constitutivo, porquanto cabe àquele que alega comprovar sua existência.

Da mesma forma, os fatos modificativos têm como pressuposto o fato constitutivo afirmado pelo autor. Contudo, a modificação não atinge a validade ou eficácia do fato, mas “a amplitude ou pertinência subjetiva dos efeitos pleiteados pelo autor, em virtude da ocorrência de fato posterior ao constitutivo” (XAVIER, 2004, p. 155). Essa alteração pode se dar em relação aos sujeitos da relação jurídica ou ao seu conteúdo. Exemplos desses fatos são encontrados nas cessões de crédito e nas assunções de dívida, modalidades de transmissão das obrigações que alteram os sujeitos da relação obrigacional.

Os fatos extintivos se contrapõem aos fatos constitutivos e rompem o nexo entre o direito e seu titular, pois são aptos a “promover a incidência de regras jurídicas ou cláusulas negociais que possibilitam a extinção, objetiva ou subjetiva, da situação jurídica cuja titularidade é pleiteada pelo autor” (XAVIER, 2002, p. 163). Dessa forma, para contextualizar e ilustrar a incidência desses fatos numa situação hipotética, se o autor pleiteia o pagamento de uma dívida e o réu se opõe à pretensão, alegando que houve o parcelamento e somente lhe pode ser exigida a parcela correspondente, o fato alegado pelo réu é modificativo; se o réu alega o pagamento, o fato é extintivo e, se o réu formula uma defesa indireta de mérito com fundamento na exceção do contrato não cumprido, o fato trazido é impeditivo.

1.4 AS PRESUNÇÕES, AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA OU AS REGRAS DE EXPERIÊNCIA E A VEROSSIMILHANÇA

A dificuldade na produção da prova de determinados fatos levou o legislador a prever hipóteses de utilização de mecanismos que atenuem o rigor da sua obtenção. Esses casos repercutem na distribuição do ônus da prova, seja em decorrência da própria lei, que, no seu comando, estipula

alteração na carga probatória, seja na faculdade concedida ao juiz. É possível afirmar que, nas presunções, nas máximas de experiência e na verossimilhança, há a redução das exigências de prova.

» 1.4.1 AS PRESUNÇÕES

A presunção é a ilação, ou processo lógico de raciocínio, que se obtém do fato conhecido e secundário, geralmente indício, para se provar a existência de fato desconhecido.³ As presunções são políticas processuais empregadas para facilitar a produção de determinada prova, pois parte-se da premissa de que é mais difícil provar a ocorrência do fato do que a sua não ocorrência. Ao mesmo tempo, tem por escopo, em algumas hipóteses, diminuir a atividade do juiz na apreciação e na valoração das questões fáticas pertinentes, ao substituí-la por critério previamente estabelecido na lei. As presunções são divididas pela doutrina em legais, que são subdivididas em relativas e absolutas, e judiciais ou simples.

As presunções se diferem das chamadas ficções jurídicas, pois essas são criadas pelo legislador sem o juízo de probabilidade presente naquelas. As ficções jurídicas contrariam até mesmo a própria verdade material de um fato e a normalidade desempenhada pela relação lógica gerada na presunção⁴. No âmbito do direito penal, ao tratar do concurso de crimes nas modalidades do crime formal e do crime continuado, o indivíduo pratica dois ou mais crimes, mas o cálculo da sua pena é fixado com base em crime único. Nesse caso, não há de se falar em qualquer critério de probabilidade no emprego dessa técnica legislativa, ao contrário do que ocorre na presunção. No âmbito do direito civil, é mencionada a atribuição de personalidade às pessoas jurídicas como uma forma de ficção legal.

O Código Civil – CC, no artigo 212, inciso IV, repete a redação do artigo 136, inciso V, do CC de 1916 e trata a presunção como meio de prova, pois é listada juntamente com a confissão, o documento, a testemunha e a perícia. Esse enquadramento é criticado pela doutrina⁵ sob o argumento de que a presunção é “um processo de elaboração mental” (CAMBI, 2006, p. 360) e o que é provado é o fato-base, por meio do qual, por dedução lógica, se chega à presunção. O argumento utilizado para excluir a presunção do rol dos meios de prova é o mesmo utilizado em relação aos indícios.

Quanto às presunções legais, a maior parte da doutrina processual entende que a diferença está no fato de que a presunção legal absoluta não admite prova em contrário. Na verdade, o que as difere é a relevância e a utilidade da produção da prova em sentido contrário. Na presunção absoluta, a produção de determinado meio de prova em nada influenciará a formação da convicção do juiz. Exemplo pode ser extraído da usucapião de bem imóvel prevista no artigo 1238 do CC. Essa modalidade de aquisição da propriedade requer o critério objetivo do prazo de quinze anos bem como o *animus domini* do possuidor, sem a necessidade de justo título e boa-fé.

Com isso, é possível inferir que a hipótese transcende o direito processual e repercute diretamente na esfera do direito material, pois dispensa dois requisitos previstos na legislação civil que sequer precisam ser provados no processo. Essa modalidade de usucapião é equiparada a outra, que

exige os requisitos para fins de aquisição da propriedade imóvel. A equiparação do ponto de vista da eficácia do instituto é tratada por Barbosa Moreira (1977, p. 64): “[...] a lei imprime ao esquema a+b a mesma eficácia que teria o esquema a+b+c ou a+b+c+d, e assim por diante. Em uma palavra: atribui efeitos iguais a diferentes esquemas de fato”.

Nas presunções legais relativas, apesar da ocorrência do fato secundário, é possível a produção da prova de que o fato principal objeto de prova não ocorreu. Nesse caso, como a própria nomenclatura evidencia, a presunção tem relativa eficácia, pois ela vigora enquanto não desconstituída por prova em contrário. A parte que é beneficiada está dispensada da comprovação do fato principal, que é objeto de prova, mas não do fato secundário, que desencadeia sua ocorrência. O artigo 374, inciso IV, do CPC dispõe sobre a dispensa de prova do fato que milita a favor da presunção legal de existência ou de veracidade.

Exemplo dessa modalidade de presunção é extraído do artigo 322 do CC: “quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. Na espécie, que trata do instituto das obrigações no direito civil, a presunção da quitação da dívida atua em favor do devedor, porquanto a normalidade é que o credor não aceite receber o valor de determinada parcela, se as anteriores não estiverem adimplidas. Se o fato for alegado e provado pelo devedor, ao credor compete desconstituir essa presunção.

A presunção legal relativa independe da posição jurídica assumida pela parte no processo, ou seja, ela pode beneficiar o autor ou o réu, dependendo do caso. Na previsão legal acima descrita, o legislador tornou o fato extintivo do pagamento da última parcela um fato constitutivo do direito do devedor e transferiu ao credor o ônus de desconstituí-lo. Parte da doutrina reporta a presunção relativa como uma espécie de inversão legal do ônus da prova. Essa discussão será analisada de forma pormenorizada mais adiante.

Hernando Devís Echandía (1993, p. 699), valendo-se do raciocínio lógico empregado pelo silogismo, assevera que, nas presunções legais, o julgador pode utilizar tão somente o critério da conclusão. No caso, a premissa maior, a qual é constituída pela regra geral contida na norma jurídica, e a premissa menor, que é o princípio da identidade que serve de base à norma, são dispensáveis. Exemplifica por meio da presunção de paternidade oriunda da concepção do filho na constância do casamento.

As presunções simples ou judiciais, também conhecidas por presunções *hominis*, são aquelas em que o raciocínio é empregado pelo órgão judicial com base naquilo que ordinariamente acontece⁶. Cambi (2006, p. 377) aponta a existência de três fases para a sua consolidação: “[...] i) a colheita dos indícios; ii) a dedução das presunções e iii) a apreciação (valoração) dessas presunções”. Com base nesse conceito, é possível verificar a estreita relação existente entre as presunções judiciais, as regras ordinárias de experiência e a verossimilhança. Não pode ser tratada como presunção simples a chamada *presumpum de presumpum* (presunção da presunção, presunção de segundo grau ou presunção secundária), pois, nesse caso, o juiz já não parte de fato certo, mas sim de fato incerto ou presumido⁷.

» 1.4.2 AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA OU AS REGRAS DE EXPERIÊNCIA

Os estudos acerca do tema despontaram na Alemanha, e Friedrich Stein formulou um conceito⁸. A problemática que fomentou o início das discussões acerca desse instituto tratava da proibição de o juiz invocar, em suas razões de decidir, conhecimentos extraprocessuais e atrelados ao seu conhecimento privado dos fatos⁹. Desde então, era analisada a inviabilidade de valer-se de critérios pessoais para julgar, mas, ao mesmo tempo, era reconhecida a impossibilidade de o magistrado, no exercício de sua função, abster-se completamente dos valores que foram assimilados ao longo de sua vida e que integram sua identidade.

As máximas de experiência não são meios de prova e atuam como juízo de probabilidade daquilo que acontece de forma corriqueira, com generalidade e abstração¹⁰. O magistrado formula um raciocínio dedutivo pautado por fatos que acontecem de forma repetida no contexto em que vive¹¹. Estas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e são divididas em comuns e técnicas. Essas integram diretamente o conhecimento científico acerca de determinado fato. Interessam para este estudo as regras de experiências ditas comuns, pois, mais adiante, será demonstrada sua aplicabilidade no CDC.

No campo probatório, as regras de experiência atuam como instrumento de apuração dos fatos e auxiliam o magistrado na formação das presunções simples. Cabral (2008, p. 296) assevera o seguinte “[...] as regras da experiência formam a premissa maior e, conjugada com a premissa menor, formada pelo fato-base ou indício, tem-se uma conclusão denominada presunção judicial *praesumptiones hominis*”. Esse juízo que advém da subsunção do indício ou do fato-base à regra geral de experiência deve ser feito com cautela pelo juiz, pois, caso incida em erro nessa etapa, sua conclusão também estará equivocada. Como se trata de presunção judicial, a produção de prova em contrário pode afastar a sua incidência.

As máximas de experiência, no âmbito da prova, atuam na sua valoração pelo juiz e são inseridas mediante raciocínio do magistrado na elaboração da decisão. A situação retrata um juízo de avaliação que é realizado com respaldo no livre convencimento motivado. Pode o juiz, no caso concreto, com base no conhecimento angariado durante todo o exercício de sua atividade, atribuir maior valor probatório a determinado documento em detrimento de outro, ou mais credibilidade a um depoimento de testemunha do que a um depoimento pessoal¹².

Nesse contexto de valoração da prova, vale o registro histórico que consta na Bíblia Sagrada sobre o Rei Salomão, o qual recebeu de Deus o dom da sabedoria para julgar seu povo. Em determinado episódio, intitulado A Sentença de Salomão, duas mulheres que moravam na mesma casa e tiveram filhos em um intervalo de três dias se apresentaram ao Rei com versões contraditórias. Um dos filhos havia falecido e ambas alegavam que o filho vivo era seu. Diante dessa situação, o Rei ordenou que lhe trouxessem uma espada para dividir o filho vivo ao meio, e uma delas consentiu que o filho fosse entregue à outra para não ser morto. O Rei concluiu que essa seria a verdadeira mãe, pois o sentimento

materno visa à proteção de sua prole, e ela expressou o desejo de que o filho não morresse. O acontecimento ilustra a utilização das máximas de experiência para solução do caso concreto.

Além de atuar nessa seara probatória e de permear os meios de prova, há a possibilidade de utilização das regras de experiência para interpretação das normas jurídicas e dos conceitos jurídicos indeterminados. A tendência das normas jurídicas é se tornarem cada vez mais abertas, pois não conseguem acompanhar todas as situações fáticas vivenciadas no meio social. Ciente da situação, Barbosa Moreira (1978, p. 15) dizia que o legislador tem atribuído mais liberdade interpretativa ao juiz no momento em que é realizada a subsunção do fato à norma. O CDC, no artigo 6º, inciso VIII, prevê, como critério judicial, a utilização das regras de experiência como instrumento de fixação dos conceitos jurídicos indeterminados da verossimilhança e da hipossuficiência.

As regras de experiência, ainda que imbricadas com o senso comum, devem ser justificadas. Há a necessidade de que elas sejam relatadas e demonstradas na motivação da decisão judicial, segundo os critérios da idoneidade e da oportunidade de sua utilização. Esse mecanismo é imprescindível para o regular controle das partes, notadamente da parte que se encontra em situação desfavorável, pois somente com a correta identificação da argumentação racional empregada pelo juiz é que poderá desconstituir o argumento¹³.

As máximas de experiência, da mesma forma que os fatos notórios, integram o conhecimento privado do juiz, porquanto são obtidas pelos conhecimentos adquiridos fora do processo. Apesar de serem espécies do mesmo gênero, apresentam pontos distintos. Os fatos notórios são acontecimentos singulares que guardam pertinência direta com o *thema probandum* e não dependem de prova, porque, geralmente, são conhecidos (artigo 374, I, do CPC). As regras de experiência são acontecimentos semelhantes que vão se repetindo no cotidiano e passam a integrar determinado contexto social. Segundo Aroca (1996, p. 57), os fatos notórios não dispensam o ônus da afirmação, ao contrário das máximas de experiência, cujos fatos não necessitam de alegação pelas partes.

O conhecimento do fato notório é difundido no meio social em que vive o juiz e, ainda que não tenha conhecimento direto, a informação lhe é acessível, porquanto independe de conhecimento técnico especializado. A notoriedade do fato pode ficar circunscrita a determinada localidade. Em um país multicultural como o Brasil, a regionalidade de um fato não afasta o seu enquadramento como notório¹⁴. As máximas de experiência vêm previstas no artigo 375 do CPC. Há também previsão sobre elas na Lei n. 9099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, artigo 6º; na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, artigo 852-D, e, ainda, no artigo 6º, VIII, do CDC.

» 1.4.3 A VEROSSIMILHANÇA

A verossimilhança está relacionada com as máximas de experiência e retrata a qualidade do que é verossímil, ou seja, daquilo que se apresenta como verdadeiro. Verossímil é o que possui semelhança com a verdade. Apesar do conceito singelo, esse instituto detém uma “multifuncionalidade” em

nosso sistema jurídico, pois atua em momentos distintos do processo (FLACH, 2009, p. 109). No campo probatório, funciona na distribuição do ônus da prova e no momento de constatação dos fatos por meio da sua valoração pelo juiz. Nesse primeiro momento, o CDC prevê a possibilidade de o juiz admitir algum fato alegado pelo consumidor como verdadeiro no processo. Em um segundo momento, atua valorando a prova, seja de forma provisória nas tutelas de urgência, seja de forma definitiva na sentença de mérito.

Há casos em que a produção da prova é limitada, e o juiz deve se contentar com o juízo de probabilidade ou de verossimilhança. Nas tutelas provisórias, há a limitação da produção da prova pelo legislador, e a decisão é baseada na convicção do provável, ou seja, há a cognição sumária. Além dessa hipótese inicial, o juiz pode valer-se da verossimilhança em cotejo com as regras de experiência para alterar o critério estático do ônus da prova, o que é admitido pela legislação consumerista.

2 O ÔNUS DA PROVA NO CDC

O ônus da prova no CDC apresenta tratamento diferenciado em relação à legislação processual civil. Esse microsistema autônomo trabalha, em vários pontos, com a redução das exigências de prova por meio de presunções, máximas de experiência, verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor. Além dessas hipóteses, não se pode negar a existência de outros mecanismos que visam tornar ainda mais excepcional a aplicação da regra de julgamento, caso, encerrada a instrução, o juiz ainda permaneça no estado da dúvida.

2.1 OS CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC E A FALSA INVERSÃO

O CDC estabelece hipóteses de aplicação de presunções na produção da prova. As presunções existentes na legislação consumerista são as legais relativas e as simples. Não há, nesse microsistema, hipótese de presunção legal absoluta. Acerca do direito material, a responsabilidade do fornecedor é baseada no vício ou no fato do produto ou serviço. Em torno dessas modalidades é que gravita o sistema de responsabilidade civil do CDC, o que não afasta a incidência da teoria geral da responsabilidade civil para outras situações em que se enquadrem em uma relação jurídica de consumo, pois é direito básico do consumidor a reparação integral dos danos¹⁵.

O CDC traça critérios distintos de distribuição do ônus da prova em relação ao fato e ao vício do produto ou do serviço, bem como quanto à publicidade. O Código vai ao encontro do entendimento que vislumbra, no ônus da prova, um vínculo com o direito material discutido em juízo. Surge, nesse cenário, a denominada inversão do ônus da prova. Deve ser ressaltado que esse método não se opõe ao critério estático estabelecido como regra na legislação processual civil, pois trata de situações específicas. O critério de alteração do paradigma pode ser convencional, quando decorre de acordo entre as partes antes ou no curso do processo; legal, aprioristicamente previsto em lei e judicial, hipótese em

que cabe ao juiz, no caso concreto, verificar o preenchimento dos requisitos legais. Com base nesse entendimento, o CDC prevê hipóteses de inversão legal e judicial do ônus da prova.

A inversão legal está prevista nos chamados acidentes de consumo (artigos 12, e 14) e, também, nas práticas comerciais (artigo 38). Por outro lado, a judicial é prevista como direito básico do consumidor no artigo 6º, inciso VIII. Essa hipótese ocorre no curso do processo, a critério do juiz, observados os requisitos legais. Não obstante a grande utilização dessa terminologia, entende-se que não há, em nenhuma das situações acima elencadas, qualquer inversão em relação ao critério estático.

O primeiro ponto para a análise de sua ocorrência é a utilização do critério estático. Se o legislador atribui ao fornecedor o ônus de comprovar algum fato constitutivo, haveria uma mudança de posição sob a ótica da atribuição da regra geral. Contudo, essa estipulação é prévia e não haveria propriamente inversão, mas tão somente modificação por critérios de política legislativa. Ainda, se ocorre no curso do processo e não no seu início, há a redistribuição ou a distribuição diferenciada do encargo probatório para aquele caso concreto.

Do ponto de vista conceitual, a inversão é um conceito relativo, que remete à ideia da mudança de posição jurídica bilateral, ou seja, ao fornecedor caberia a prova do fato constitutivo e ao consumidor, a prova do fato modificativo, impeditivo ou extintivo¹⁶. Nessa visão, não haveria no CDC nenhuma hipótese desse instituto, seja legal, seja judicial. As alterações do ônus da prova expressamente previstas têm o intuito de reconhecer a ocorrência de algum fato constitutivo do direito do autor ou de transferir a prova desse fato constitutivo ao fornecedor.

» 2.2.1 O ÔNUS DA PROVA NO ACIDENTE DE CONSUMO

A responsabilidade civil decorrente de um fato do produto ou do serviço dispensa a comprovação do elemento culpa. Nesse ponto, é importante abordar o conceito criado pela doutrina de acidente de consumo que está voltado para a proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor. É a tutela de sua saúde e segurança, cujos defeitos de concepção, produção ou informação atuam em desconformidade com a legítima expectativa. Em regra, o defeito ocorre nos produtos ou nos serviços de periculosidade adquirida, que são aqueles que, por falha na produção ou na comercialização, tornaram-se defeituosos.

Os elementos da responsabilidade civil que devem ser comprovados pelo consumidor na hipótese de acidente de consumo são o nexo de causalidade e o dano (ROCHA, 2000, p. 92), pois, em relação ao defeito, há a presunção legal relativa de sua ocorrência¹⁷. O fornecedor do produto ou do serviço somente não será responsabilizado se comprovar que não colocou o produto no mercado de consumo; que o defeito alegado inexistiu, ou, ainda, que o fato é exclusivo de terceiro ou da vítima (artigo 12, §3º, e artigo 14, §3º). Além dessas hipóteses expressamente previstas no CDC, a doutrina e os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm admitido outras, tais como a prescrição, o caso fortuito e a força maior.

Dessa forma, na hipótese de acidente de consumo, compete ao consumidor a prova do dano e do nexo de causalidade. O defeito, que é um fato constitutivo do direito do autor, decorre de uma presunção legal relativa. Não se trata propriamente de inversão, pois o fato constitutivo do direito não é atribuído ao fornecedor. Da mesma forma, essa determinação legal é prévia e retrata uma presunção estabelecida em lei, em que não há qualquer modificação do critério de distribuição do ônus da prova, mas tão somente a dispensa de o consumidor comprovar o fato que, em regra, lhe é imposto.

» 2.2.2 O ÔNUS DA PROVA NA CORREÇÃO DA INFORMAÇÃO OU DA COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA

O artigo 38 do CDC atribui o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou da comunicação publicitária ao fornecedor. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 8º, define a publicidade e a propaganda como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como a promover instituições, conceitos ou ideias. A publicidade e a propaganda são institutos distintos, pois aquela tem um fim comercial, e essa possui um desiderato mais ideológico.

O CDC estabelece princípios específicos para o regular desempenho dessa atividade de persuasão para o consumo. Dentre eles, vale citar a fácil e imediata identificação da publicidade e a vinculação do fornecedor àquilo que foi ofertado. É possível inferir que ambos decorrem do direito básico do consumidor à informação clara e adequada, pois a publicidade constitui técnica de incremento da informação para estimular a aquisição de produtos ou serviços pelos consumidores. O privilégio da detenção dessa informação atribui ao fornecedor o ônus de comprovar a adequação e a correção da publicidade que a veiculou¹⁸.

De acordo com a redação do dispositivo, é possível constatar que cabe ao consumidor tão somente o ônus da afirmação de que a informação ou a comunicação publicitária são inverídicas ou incorretas, para que recaia sobre o fornecedor o ônus da comprovação da prova em contrário. Nesse caso, o fato constitutivo do direito não é presumido, da forma como ocorre no fato do produto ou do serviço. Também a carga não é atribuída ao autor, pois o legislador, previamente, já distribuiu esse ônus ao fornecedor. Não cabe ao fornecedor comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, mas sim o fato constitutivo consistente na veracidade ou na correção da informação publicitária.

O CDC utiliza conceitos distintos para a publicidade enganosa e a abusiva. Na primeira, emprega o mesmo critério do vício do consentimento do erro sobre o objeto previsto no CC (artigo 139, inciso II), pois o fornecedor utiliza-se de artilagem capaz de induzir o consumidor a acreditar nas características de determinado produto ou serviço. Não há qualquer distinção quando a publicidade é tratada sob a ótica do ônus da prova. Além do mais, equipara-se ao consumidor aquele que é exposto a essa prática (artigo 29 do CDC), ou seja, nesse conceito, é visto como um sujeito potencial. Exigir a comprovação de fato constitutivo do seu direito quando a própria lei não exige é realizar

uma interpretação desfavorável, o que vai de encontro à principiologia desse sistema protetivo. A publicidade abusiva atenta contra valores éticos da sociedade e revela comportamentos que induzem o consumidor à possível prática de atos contrários à sua saúde e segurança. O consumidor também não necessita demonstrar a aquisição do produto ou serviço, pois basta a exposição à prática da publicidade.

Da mesma forma que ocorre no acidente de consumo, é utilizada a terminologia inversão legal do ônus da prova para essa modalidade diferenciada de distribuição do ônus da prova. Mais uma vez, entende-se de forma diversa. Apesar de essa hipótese atribuir o encargo probatório do fato constitutivo ao fornecedor, o que retrata uma alteração do critério estático estabelecido como regra, a estipulação é realizada de forma prévia e sem a atribuição de qualquer carga ao consumidor acerca da prova, pois basta-lhe o ônus da afirmação. Essa alteração da carga probatória ao fornecedor ocorre somente quando este figura no polo passivo da ação. Caso seja o autor da ação com o objetivo de comprovar a veracidade de sua publicidade, o que é possível, seguirá a regra de comprovar o fato constitutivo do seu alegado direito¹⁹.

» 2.2.3 O ÔNUS DA PROVA NOS VÍCIOS DO PRODUTO E DO SERVIÇO E NOS DE MAIS CASOS QUE ENVOLVAM RELAÇÃO DE CONSUMO

As hipóteses de vícios do produto ou do serviço estão previstas, respectivamente, nos artigos 18 e 20 do CDC, e podem ser de qualidade ou de quantidade. Os primeiros encontram-se em desconformidade com a adequação e, na segunda espécie, há disparidade em relação ao peso ou à medida. Nos vícios de qualidade, há uma diversidade do produto ou do serviço, a redução do seu valor ou a informação prestada não se mostra clara e adequada. Em regra, nessas hipóteses, deve ser observado o critério estático do ônus da prova previsto no artigo 373 do CPC. Além das hipóteses de vício, essa garantia processual conferida ao consumidor pode também ocorrer em outros casos, desde que não retratem acidente de consumo ou envolvam matéria afeta à publicidade²⁰.

Essa impossibilidade decorre, no acidente de consumo, da incidência de uma presunção legal, pois o legislador se antecipou e entendeu pela dificuldade de o consumidor provar o defeito do produto ou do serviço. Não faz sentido o juiz realizar um juízo de probabilidade sobre o que já foi previamente dispensado de prova. Na publicidade, o ônus da prova da veracidade ou da correção da comunicação publicitária foi atribuído ao fornecedor. Não há como se defender a possibilidade de aplicação desse critério, previsto no artigo 6º, VIII, do CDC, quando o próprio Código já abordou a distribuição de forma mais favorável ao consumidor.

Em determinados casos, com vistas à ampliação do acesso à justiça pelos consumidores, notadamente no aspecto da dificuldade na produção da prova, o CDC assegurou como direito básico a inversão do ônus da prova pelo juiz, desde que observados os requisitos legais. É um critério *ope judicis* utilizado em virtude das circunstâncias existentes no caso concreto. Não detém aplicabilidade imediata e indiscriminada, porquanto a própria legislação estabelece filtros que devem ser

observados pelo magistrado. Além do mais, a sua ocorrência não implica necessariamente a procedência dos pedidos formulados pelo consumidor.

2.2.3.1 OS REQUISITOS E OS EFEITOS

O CDC prevê a necessidade da verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor segundo as regras ordinárias de experiência do juiz, razão pela qual, por disposição legal, os critérios são alternativos. Há posicionamento contrário a essa orientação sob o argumento de que, com a alternatividade dos requisitos, bastaria ao consumidor comprovar sua hipossuficiência, sem que sua alegação fosse dotada de qualquer verossimilhança. Todavia, prevalece o entendimento de que a interpretação do dispositivo deve ser realizada de forma literal, ou seja, basta a presença de um dos requisitos. Ao mesmo tempo, não se pode admitir a alegação diante de fato inverossímil, pois as regras de experiência atuam como limite desse requisito da verossimilhança, e, nesse contexto, mostra-se contraditório o juiz admitir a prova de fato enganoso.

A verossimilhança relaciona-se com a ideia da aparência de verdade do fato alegado e está vinculada ao conceito de máximas de experiência. Independe de qualquer elemento de prova, pois a sua análise é realizada com base nesse critério judicial, que dispensa a produção de prova pelo consumidor. A hipossuficiência leva em consideração a situação do consumidor no processo e não fica restrita ao aspecto econômico, pois, na maioria das vezes, está embasada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes, ou seja, na falta de conhecimento do consumidor sobre determinado produto ou serviço. A sua finalidade é tornar mais acessível para o consumidor a defesa dos seus direitos. A hipossuficiência é tratada no CDC sob o ponto de vista processual e é aferível no caso concreto pelo juiz²¹. E, segundo Pacífico (2011, p. 193-194), na hipótese de o consumidor alegar mais de um fato que constitua objeto de prova, é possível o juiz reconhecer a hipossuficiência em relação a somente algum ou alguns deles²².

Caso o juiz, segundo as regras ordinárias de experiência, entenda que os fatos específicos alegados pelo consumidor preenchem os requisitos legais, reconhecê-los-á como verdadeiros. Ao dispensar a prova do fato constitutivo pelo consumidor, coloca-o em uma situação de vantagem processual. Não há de se falar em inversão, pois o que há é isenção do ônus da prova do fato constitutivo pelo consumidor, sem que ocorra alteração dos critérios de distribuição em relação ao fornecedor, ao qual continua competindo a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

É possível inferir que o CDC, no artigo 6º, inciso VIII, elegeu as máximas de experiência como fonte para a formação da convicção do julgador. Há um fato conhecido e alegado pelo consumidor, que, dotado de verossimilhança ou de hipossuficiência²³, aliado às regras de experiência como critério interpretativo desses conceitos, permite ao juiz entender que esse fato está provado. Esse método reduz a exigência da prova de um ou de mais fatos constitutivos do direito do autor em razão da sua dificuldade de produção, motivo pelo qual a realização dessa operação o torna dispensado de sua efetiva produção.²⁴

Esse critério é expressamente reconhecido pelo CDC como uma hipótese de inversão do ônus da prova, diferentemente das outras duas hipóteses que decorrem de criação doutrinária e jurisprudencial. O microsistema nos conduz à interpretação de que a terminologia utilizada reporta à ocorrência do acontecimento no curso do processo. No entanto, entende-se que não se pode falar em inversão quando não há, sequer, a redistribuição do ônus da prova pelo juiz durante o trâmite processual, mas somente a admissão de alguns fatos controversos como verdadeiros.

CONCLUSÃO

A proteção do consumidor prevista como direito fundamental na CF é o ponto de início para toda a interpretação da relação jurídica de consumo. Essa constatação constitucional da necessidade de tratamento diverso irradia seus efeitos no CDC. O diálogo das fontes demonstra a abertura desse microsistema, o qual abarca a legislação civil, processual, administrativa e penal, além da tutela coletiva. Por se tratar de norma de ordem pública, é cogente e interessa mais diretamente à sociedade como um todo do que aos particulares.

A questão probatória vai ao encontro dessa visão protecionista. O ônus da prova necessita de estudos aprofundados em virtude da interdisciplinaridade dos institutos, pois não há uma teoria geral da prova no CDC. Ao mesmo tempo, o aumento quantitativo e a diversidade de temas nas lides de consumo requerem dos operadores do direito a análise sistemática e, ao mesmo tempo, específica. A responsabilidade civil no CDC atende o princípio da reparação integral da vítima previsto como direito básico do consumidor. Apesar de compartimentada em vício do produto ou do serviço e fato do produto ou do serviço, esse sistema, em regra, dispensa a prova da culpa e, em casos determinados, mitiga a prova plena do dano e do nexo de causalidade, pois leva em consideração o direito material discutido.

O CDC ora utiliza a presunção legal, ora a imposição da prova de fato constitutivo ao fornecedor e, ainda, reconhece como verdadeiro o ônus da afirmação do consumidor. Nesse último caso, o critério é judicial e está condicionado ao preenchimento de requisitos legais. Esses instrumentos atuam no momento da produção das provas em juízo e ocorrem em hipóteses pontuais. Contudo, em nenhuma delas há verdadeiramente uma inversão do encargo probatório, e a utilização dessa terminologia, apesar de corriqueira, não retrata a melhor técnica processual.

Conforme exposto ao longo deste trabalho, o CDC utiliza, no caso do fato do produto ou do serviço, uma presunção legal relativa do defeito. De antemão, o fornecedor já sabe que não será aplicado o paradigma do critério estático, pois a prova do defeito, que, em regra, competiria ao autor da ação, é reconhecida como existente, e o fornecedor tem o encargo de desconstituir essa norma jurídica que vincula certas premissas a determinadas consequências sob pena de se instalar uma situação desfavorável a ele no processo.

Acerca do ônus da prova na correção da comunicação ou da informação publicitária, de forma diversa, o legislador previamente optou por impor ao fornecedor a prova do fato constitutivo do

direito, consistente na veracidade da informação divulgada. Nesse caso, também não há qualquer inversão, pois a situação das partes é aprioristicamente estipulada em lei. Além do mais, o ônus atribuído ao consumidor é somente a alegação de que a comunicação ou a informação publicitária veiculada é inverídica.

O CDC ainda prevê mais um critério específico na distribuição do ônus da prova. De forma residual, ou seja, nas situações que não se enquadrem nas duas hipóteses acima tratadas, o legislador facultou ao juiz, de acordo com as regras de experiência, isentar o consumidor da prova de algum ou de alguns fatos constitutivos do seu direito, desde que demonstrada sua hipossuficiência ou a verossimilhança do alegado. A legislação retrata expressamente essa modalidade como inversão do encargo probatório.

O modelo utilizado é o critério estático previsto como regra na legislação processual civil. Essa hipótese é verificada no curso do processo, o que remete à ideia de uma redistribuição do ônus. Contudo, não se trata de inversão nem de redistribuição, pois, no caso concreto, o juiz, reconhecendo os requisitos legais, reputa como verdadeiros os fatos controvertidos alegados pelo consumidor e, a partir de então, ele está desincumbido do seu ônus, passando ao fornecedor o risco pela não produção de alguma prova que venha a desconstituir a pretensão do autor.

Aprovado: 10/11/2016. Recebido: 05/9/2016.

NOTAS

¹ Segundo o entendimento de Carlos Furno: “[...] Y resulta que ‘principio dispositivo’, en su quintaesencia, significa ‘principio de responsabilidad’ (o de autoresposabilidad) de las partes, en el sentido de que cada una de ellas ha de sufrir las consecuencias de lo que afirme o no afirme, de lo que niegue o admita, de lo que pruebe o no pruebe, de lo que diga o calle, en resumen: de su conducta procesal”. (FURNO, Carlos. *Teoría de la prueba legal*. Trad. Sérgio Gonzalez Collado. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, p. 71-72).

² Leonardo Greco denomina como “[...] regras de fechamento do sistema probatório, apenas aplicáveis em caso de dúvida [...]”. (GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; Yarshell, Flávio Luiz (Org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 571).

³ Segundo Michelle Taruffo: “[...] la presunción resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar (el ‘hecho ignorado’) partiendo de un hecho ya conocido o probado (el ‘hecho conocido’), que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo basado en máxima de experiencia”. (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 471).

⁴ Leo Rosenberg vislumbra na ficção um meio de simplificar a técnica legislativa e “[...] son preceptos jurídicos que transfieren la consecuencia jurídica determinada para el estado de cosas a al estado de cosas b, equiparando el estado b al estado a, al decir, por ejemplo, que b es considerado como a”. (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956, p. 191).

⁵ A classificação é rechaçada por José Carlos Barbosa Moreira: “Parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido de que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, v.g., um documento ou o depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato x, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato y, não se afigura assimilável à atividade de instrução, em que se visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio ‘se ocorreu x, deve ter ocorrido y’, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente. A atividade probatória realizou-se antes, e terá produzido frutos na medida em que permitiu estabelecer-se a ocorrência do fato x”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova. Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57) (“destaque do original”).

⁶ Francisco Rosito destaca a distinção entre as presunções legais e as presunções simples: “Ambas comportam estrutura própria e perseguem diferentes valores. As presunções legais dizem respeito ao direito material, conquanto se conectem à teoria da prova. Porém não chegam a proporcionar elementos de prova, senão dispensam de prova aqueles em cujo benefício funcionam, dando por certos determinados fatos. Por serem previstas na lei, as presunções legais possuem um número mais restrito. Já as presunções simples dizem respeito ao direito probatório, visto que atuam no procedimento indutivo e na prova indireta. Por sua natureza, as presunções simples são potencialmente ilimitadas, dados que são vinculadas aos fatos humanos”. (ROSITO, Francisco. *Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 95).

⁷ Essa modalidade de presunção está baseada em um indicío de segundo grau. Sua utilização é rechaçada pela maioria da doutrina processual, pois para o reconhecimento do indicío há a necessidade de um fato certo. Danilo Knijnik exemplifica: “[...] se uma testemunha afirma ter visto alguém danificando um objeto, bastará ao juiz concluir, por força da credibilidade do depoente, que foi a pessoa mencionada que danificou o objeto; se, porém, a testemunha afirmar que viu alguém deixando o local do dano, portando um instrumento contundente, será necessária uma ‘inferência de segundo grau’: o juiz emprestará credibilidade à testemunha, tomará por verdade o que ela diz (primeira inferência) e considerará que, por ter sido visto o objeto cortante, a pessoa indicada foi quem danificou o bem (segunda inferência)”. (KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59).

⁸ *Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*. (STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Trad. Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999, p. 27).

⁹ Adroaldo Furtado Fabrício cita o exemplo do magistrado que, antes de julgar uma demanda que envolvia acidente automobilístico, comparece sozinho ao local para melhor compreensão da dinâmica do fato. Neste caso, não lhe era lícito fazê-lo, salvo sob a forma de inspeção judicial e sob as garantias do contraditório. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Fatos notórios e máximas de experiência**. **Revista Forense** v. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3).

¹⁰ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, as máximas de experiência: “[...] refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”. (MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Forense** v.261. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 13). João Batista Lopes ressalta “[...] que as máximas de experiência não conferem certeza lógica, não valem como postulados científicos, mas são marcadas pela relatividade”. (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69).

¹¹ Danilo Knijnik assevera que as máximas de experiência estão presentes em todos os juízos de fato elaborados pelo magistrado dentro do processo: “Com efeito, se está em causa a prova judicial de um fato, está em causa uma máxima de experiência. Ela é onipresente [...]”. (KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68).

¹² João Batista Lopes cita o seguinte exemplo: “Assim, ao colher o depoimento pessoal das partes e das testemunhas, o juiz, observando suas reações, poderá, baseado no *id quod plerumque accidit*, extrair conclusões importantes para o deslinde da causa”. (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70).

¹³ Juan Montero Aroca destaca a necessidade da motivação da decisão quando o juiz faz uso das máximas de experiência: “*Hemos llegado a donde pretendíamos: las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de proeba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero si hán de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados*”. (AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 1996, p. 343).

¹⁴ José Carlos Barbosa Moreira formula os seguintes exemplos: “[...] o de que certa data se comemora a independência do país, o de que determinada cidade é sede do governo, o de que em tal ocasião a estrutura política nacional foi modificada por força de um movimento revolucionário [...]”. (MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Forense** v. 261. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 13).

¹⁵ Adroaldo Furtado Fabrício exemplifica uma possível implicação processual da regionalidade do fato notório: “Pode suceder que a notoriedade do fato exista, mas restrinja-se ao âmbito local, de tal sorte que, conquanto admitida corretamente pelo juiz de primeiro grau, não se alargue ao lugar da sede do órgão recursal. Em tal hipótese, poderá tornar-se necessária a conversão do julgamento em diligência para a produção da prova respectiva (a saber, prova da notoriedade ou prova do próprio fato). Note-se, entretanto, que esse não será o caso quando a parte em cujo desfavor se afirma o fato não tenha impugnado sua notoriedade na primeira oportunidade que se lhe seja aberto de fazê-lo: sendo assim, ter-se-á tomado incontroverso o ponto, razão por si suficiente para a dispensa da prova (art. 334, III, do CPC). (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Fatos notórios e máximas de experiência**. **Revista Forense** v. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5).

¹⁶ Michelle Tarufo assevera que o significado de verossimilhança “[...] equivale sustancialmente al de ‘normalidad’, en la medida que se considera ‘verosímil’ aquello que se corresponde com el funcionamiento normal de las cosas, es decir, al *id plerumque accidit* o las denominadas máximas de experiencia” (TARUFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002, p. 505).

¹⁷ A situação da indevida inscrição do nome do consumidor nos bancos de dados não se enquadra na responsabilidade do fornecedor pelo vício ou pelo fato do serviço, contudo é assegurada indenização ao consumidor com base na teoria geral da responsabilidade civil e no direito básico da reparação integral do dano.

¹⁸ No Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva, a inversão “é a ação de inverter ou mudar uma coisa em outra”. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.776). Segundo Sérgio Cruz Arenhart: “[...] A inversão conduziria a que se impu-tasse ao réu a prova do fato constitutivo do direito do autor (em verdade a ausência deste), e ainda ao autor a prova da ausência de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão por ele mesmo deduzida. Obviamente, não é isso que ocorre. Em verdade, o que a legislação autoriza é a distribuição diferenciada do ônus da prova, de modo a facilitar a defesa do consumidor em juízo, atribuindo ao fornecedor o ônus da prova de fatos que, normalmente, não lhe competiriam”. (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 285-286).

¹⁹ Esta presunção legal é tratada por parte da doutrina e alguns julgados do STJ como uma inversão legal do ônus da prova. Este é o entendimento de Paulo de Tarso Sanseverino. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 356). Para Érico Pina Cabral há uma inversão legal indireta (CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor**. São Paulo: Método, 2008, p. 340).

²⁰ Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci: “É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o seu esforço para a prova dos fatos alegados. Ora, informação, na conjuntura social moderna, é sinônimo de poder. Daí porque, por simples questão de lógica é que o autor fica, em princípio, dispensado de provar, carregando-se tal ônus ao produtor, que é quem possui o monopólio dos dados atinentes ao processo de informação”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Código de Defesa do Consumidor e Processo Civil. Aspectos polêmicos Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 191).

²¹ Neste sentido, Antônio Gidi: “Não nos afigura de boa técnica processual considerar essa norma como uma inversão legal do ônus da prova. Não há nenhuma possibilidade de inversão a ser operada pelo juiz ou pela lei: o ônus é sempre do fornecedor. A lei não inverte o ônus: atribui-lhe ao fornecedor. É bem verdade que, antes da vigência do Código do Consumidor, o fornecedor não tinha esse encargo: era o consumidor-autor quem devia provar a enganiosidade, como fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I). O legislador ‘inverteu’ a ordem anterior e atribuiu ao fornecedor encargo novo. Isso não é, tecnicamente, caso de inversão processual (legal ou judicial) do ônus da prova. Trata-se, apenas de uma alteração da diretriz política adotada pelo direito positivo. É posição política do legislador, é atividade pré-processual e, de um certo modo, pré-jurídica”. (GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-40).

²² No mesmo sentido, Carlos Roberto Barbosa Moreira. (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 191).

²³ Consoante o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni: “[...] Por hipossuficiência, aqui, deve-se entender a impossibilidade de prova – ou de esclarecimento da relação de causalidade – trazida ao consumidor pela violação de uma norma que lhe dá proteção, por parte do fabricante ou do fornecedor [...]”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). **Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório**. São Paulo: Método, 2009, p. 266).

²⁴ Luiz Guilherme Marinoni entende da seguinte forma: “Essa convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova. Mas o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor alude expressamente à possibilidade de inversão do ônus da prova quando a alegação for verossímil. Na verdade, quando esse código mistura verossimilhança com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante, embora chame a técnica da verossimilhança preponderante de inversão do ônus da prova”. (in MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). **Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório**. São Paulo: Método, 2009, p. 266).

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 1996.
- CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor**. São Paulo: Método, 2008.
- CAMBI, Eduardo. **A prova civil. Relevância e Admissibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial. Tomos I e II**. 4. ed. Medellín: Dike, 1993.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense**. v. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FURNO, Carlos. **Teoría de la prueba legal**. Trad. Sérgio Gonzalez Collado. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1954.
- GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor** n. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; Yarshell; Flávio Luiz (Org). **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord). **Provas. Aspectos Atuais do Direito Probatório**. São Paulo: Método, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de Direito Processual Civil: primeira série**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Forense**. v. 261. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: EJE, 1956.
- ROSITO, Francisco. **Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Trad. Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999.
- TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Código de Defesa do Consumidor e Processo Civil. Aspectos polêmicos. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ricardo Rocha Leite

*Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.
Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos - BH.
Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
Examinador em Bancas de Concursos Públicos para o cargo de Juiz de Direito Substituto organizados pelo CESPE/CEBRASPE: TJDFT (2014 e 2015), TRF1 (2015), TJES (2012), TJPB (2015) e TJAM (2015).
Atuou como Professor Substituto no Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) nas disciplinas de Direito Civil e Direito Processual Civil e na Pós-Graduação em Processo Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Escola Superior da Advocacia do Distrito Federal (ESA/DF).
Autor de artigos jurídicos.*

*Juizado Itinerante de Brasília
Fórum Desembargador José Julio Leal Fagundes
SMAS Trecho 4, lotes 6/4, bloco 3 - 2º andar
Brasília/DF
CEP 70610-906
rrochaleite@gmail.com*

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Bruno Amaro Lacerda

THE IMPARTIALITY OF THE JUDGE

RESUMO

A imparcialidade é um valor ético de grande importância para os juristas, normalmente associado às ideias de justiça, igualdade e verdade. Este artigo objetiva mostrá-la como um dever que exige a postura sensível e ativa do juiz, diferenciando-a da neutralidade ou da indiferença quanto ao resultado do processo, mas destacando que a atuação imparcial deve ocorrer nos limites do ordenamento, sem subordinação a valores extrajurídicos oriundos de convicções políticas do julgador. Rejeitam-se, com isso, as propostas de ativismo judicial que defendam ações exageradas de igualação ou mesmo a parcialidade “positiva” do juiz como método de solução das desigualdades sociais existentes.

» PALAVRAS-CHAVE: JUSTIÇA. IMPARCIALIDADE. NEUTRALIDADE. ATIVISMO.

ABSTRACT

Impartiality is an ethical value of great importance to the lawyers, usually associated with the ideas of justice, equality and truth. This paper intends to show it as a duty that requires a sensitive and active attitude of the judge, differentiating it from neutrality or indifference to the outcome of the judicial process, but also making clear that the impartial conduct should occur in the limits of the law, without subordination to extrajudicial values derived from political convictions of the judge. I reject, therefore, judicial activism that defends exaggerated actions of equalization or even “positive” partiality of the judge as a solution method of social inequalities.

» KEYWORDS: JUSTICE. IMPARTIALITY. NEUTRALITY. ACTIVISM.

INTRODUÇÃO

A imparcialidade é um valor tradicionalmente estimado pelos juristas, já que a ideia de um juiz parcial, que prefira indevidamente uma das partes no processo, soa contraditória. Afinal, como alguém poderia assumir a tarefa de decidir um conflito, substituindo a vontade dos litigantes, predisposto a favorecer um deles? O reconhecimento do valor, contudo, não torna sua realização tarefa fácil. Pelo contrário: a imparcialidade é um dever de difícil prática, pois cada juiz possui caracteres, vivências e preferências que o aproximam mais de determinados grupos de pessoas do que de outros, fato que gera o incessante perigo de aproximações e favorecimentos. Há que se ter, portanto, humildade diante da tarefa.

Este artigo, tendo em vista essa dificuldade, objetiva não só investigar o que é a imparcialidade e quais são suas principais características, mas também discutir uma questão que vem sendo proposta por alguns

estudiosos contemporâneos: os juízes deveriam assumir alguma forma de parcialidade no processo? Certas situações sociais justificariam uma postura mais ativa do julgador, impondo-lhe o comprometimento especial com uma das partes?

Justifica-se a investigação, porque, sem o esclarecimento do problema proposto, não se pode chegar a compreender corretamente a atuação do juiz, pensada não em seus aspectos técnicos, mas em relação aos valores que devem guiá-la. Questões de ética judicial nunca são despiciendas, pois, como observa Antoine Garapon, a ética não é para o juiz um valor agregado, como o é para outras profissões. Não é algo que se possa acrescentar à sua atuação profissional, porque, sendo o magistrado alguém encarregado de julgar condutas e de assegurar direitos, “ela é a essência mesma de sua ação” (GARAPON, 1992, p. 135).

1 JUSTIÇA, IGUALDADE E VERDADE

A característica essencial da jurisdição, como lembra Gian Franco Ricci (2012, p. 8), é a condição de “terceiro” (*terzietà*) do juiz, cuja função é tutelar direitos, pondo-se acima do conflito, em uma posição superpartes. E quem está acima, logicamente, não pode tomar parte na contenda, não pode ser parcial, pois essa atitude indicaria que, para o julgador, um dos litigantes é mais importante do que o outro, em clara afirmação da sua desigualdade. A imparcialidade, nesse sentido, é um “corolário da igualdade de direitos” afirmada já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (COMMARET, 1998, p. 262) e, atualmente, um direito consagrado em declarações e pactos internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo art. 10 prescreve: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, que sua causa seja julgada equitativamente por um tribunal independente e imparcial [...]” (DECAUX, 2008, p. 24).

Essa ligação entre igualdade e imparcialidade é destacada também por Otfried Höffe, para quem a proteção jurídica dos seres humanos depende da aplicação do preceito “casos iguais devem ser tratados de modo igual”, o qual exige que os litígios sejam resolvidos sem consideração às particularidades das pessoas envolvidas, tanto em sua forma negativa (proibição do arbítrio) quanto em sua forma positiva (garantia da imparcialidade). Não importa se o jurisdicionado é homem ou mulher, rico ou pobre, poderoso ou fraco, a imparcialidade impõe que cada um receba “um tratamento igual consoante a regra correspondente: todos são iguais perante a lei” (HÖFFE, 2003, p. 12).

Discorrendo sobre a justiça, Sergio Cotta elenca como seus elementos estruturais, dentre outros, a paridade dos sujeitos em sua condição humana (que impõe que ninguém seja tratado como simples meio para fins alheios), a simetria (pela qual o que um sujeito reivindica para si em uma dada situação deve também reconhecer para o outro em situação similar) e a imparcialidade do juízo, uma garantia de ordem processual:

Se a justiça quer ser medida objetiva que não privilegia ninguém nem comporta aceitação de pessoas, a controvérsia exige um exame imparcial. Porque, em primeiro lugar, ninguém pode ser *iudex in causa propria* e, em segundo lugar, o juiz não pode favorecer nenhuma das partes (COTTA, 1983, p. 108).

Michele Taruffo, seguindo outra via, sustenta que a imparcialidade não é apenas condição prévia para o deslinde do processo, mas elemento constitutivo da própria ideia de verdade. Um juiz parcial, condicionado por fatores estranhos aos fatos *sub judice* (como interesse pessoal na causa ou preconceito em relação a uma das partes), não teria como realizar uma leitura adequada das provas e terminaria por se afastar da justiça. Além disso, o autor explica que não basta ao juiz respeitar as vedações à parcialidade previstas nas leis processuais (como o impedimento e a suspeição), mas é preciso também que ele se oriente continuamente por um escopo fundamental: o processo justo. Assim, não é suficiente a mera “correção do procedimento”; deve-se aspirar a uma aproximação da verdade real, capaz de embasar a melhor decisão (TARUFFO, 2009, p. 117).

Desse modo, pode-se dizer que a imparcialidade é um valor decorrente das noções de igualdade, justiça e verdade. Como os jurisdicionados são iguais em sua condição pessoal, precisam que suas alegações e provas sejam examinadas por um juiz que não menospreze um em benefício do outro, pois somente assim o que é verdadeiramente devido a cada um (o direito, objeto da justiça, consoante a definição clássica) poderá ser efetivamente amparado, e o conflito instalado, enfim, encontrar boa solução.

2 IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE

A imparcialidade, no entanto, não deve ser confundida com indiferença quanto ao resultado do processo. Daí os esforços da doutrina para elaborar a distinção entre imparcialidade e neutralidade do juiz. Em obra dedicada à imparcialidade, Isabel Trujillo explica que esta implica a posição “ativa” no julgamento, ao contrário da neutralidade, que comporta a abstenção ou a omissão. O julgamento “consiste precisamente em tomar partido em um conflito de partes, sob determinadas condições, a favor de uma ou de outra” (TRUJILLO, 2007, p. 71), o que é diferente de “preferir uma das partes”. Trata-se simplesmente de dar razão à parte cujo direito se mostra merecedor de tutela no caso concreto. O juiz imparcial, assim, atua para favorecer o melhor direito; abstendo-se de agir, há o risco de que esse direito não seja devidamente amparado.

Taruffo, por sua vez, explica que o juiz imparcial não é o que se mantém alheio ao que ocorre no processo, mas o que, valendo-se dos poderes instrutórios que o ordenamento lhe disponibiliza, emprega-os de modo imparcial para atingir os conhecimentos fáticos necessários para a melhor decisão. As provas, mesmo quando produzidas por determinação do juiz e não por iniciativa de uma das partes, se indicarem que se deva dar ganho de causa a um dos lados, não podem ser confundidas com parcialidade, se o contraditório foi respeitado. Não se pode confundir o juiz ativo, que busca a verdade dos fatos, com o juiz parcial, que propositalmente se afasta da verdade: “Portanto, para ser imparcial, o juiz não é obrigado a ser passivo e neutral no âmbito do processo: ser imparcial não significa não tomar posição (isto é: permanecer neutro)” (TARUFFO, 2009, p. 122).

Entre os brasileiros, José Carlos Barbosa Moreira, ressaltando que a imparcialidade é condição indispensável para o exercício legítimo da jurisdição, afirma que o juiz imparcial é aquele que conduz o processo “sem inclinar a balança”, assegurando às partes a igualdade de tratamento preconizada na lei processual, não permitindo, assim, que uma delas tenha “oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha” (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 12-13).

Disso, porém, não se segue que o juiz deva ser neutro ou indiferente à justiça no processo: “Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito” (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 13). Logo, deve o juiz valer-se de todos os meios processuais que estiverem ao seu alcance, para que a verdade apareça e para que se ampare, então, a parte que detém a posição jurídica de vantagem.

O que não significa que o julgador possa desejar a vitória de uma das partes por “traços e circunstâncias pessoais” (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 13). O juiz, portanto, é imparcial, mas não é neutro, pois, embora não possa favorecer a parte como tal, deve favorecê-la quando possuir o melhor direito. Com isso, percebe-se que um juiz interessado (isto é, não neutro) tem de, necessariamente, ser imparcial: se não o fosse, tenderia a beneficiar uma das partes por circunstâncias alheias à consideração dos direitos em disputa e não estaria, assim, comprometido com o desfecho justo do processo.

A distinção é comum entre outros processualistas brasileiros, como mostra esta passagem das Lições de Alexandre Câmara:

Não se deve achar, porém, que a exigência de imparcialidade esteja ligada a uma suposta exigência de neutralidade do juiz. Em primeiro lugar, tal neutralidade é absolutamente impossível, uma vez que o juiz, como qualquer ser humano, exerce seu trabalho embasado em razão e emoção [...]. Em segundo lugar, a neutralidade poderia levar o juiz a uma posição passiva, de mero expectador do processo, esperando que as partes se digladiassem para, só após, e com base estritamente nos elementos trazidos ao processo pelas partes, proferir sua decisão. Tal neutralidade, porém, não está de acordo com as exigências do processo moderno, em que se quer um juiz dirigente e participativo, capaz de guiar o processo em busca da verdade, com poderes reais de instrução do processo, podendo – por exemplo, determinar de ofício a produção de provas que entender necessárias [...] (CÂMARA, 2014, p. 54).

Mas nem sempre os termos “imparcialidade” e “neutralidade” se apresentam em clara oposição. Para Antonio Cabral, por exemplo, a imparcialidade é a tradução de um estado de espírito, de uma convicção. É uma virtude ligada ao psiquismo de certos atores processuais, como juízes, membros do Ministério Público e peritos. Nesse sentido, diz o autor, “imparcialidade é sinônimo de neutralidade, que impõe um ‘mandado de distanciamento’ (*Distanzgebot*) para certas figuras, como o magistrado” (CABRAL, 2007, p. 342). Do que decorre a necessidade de impessoalidade e de trato igual, que não se confundem, todavia, com desinteresse:

Assim ocorre, por exemplo, com a imparcialidade do juiz: deve ele tratar os demandantes de forma impessoal, alheio aos interesses controversos, descomprometido com a vitória de uma ou outra parte, o que é estampado no brocardo secular do direito romano: *nemo iudex in causa sua*. Não significa, entretanto, que o juízo deva ser totalmente descompromissado: o magistrado deve ter a responsabilidade com a decisão correta, dando razão à parte que deve, segundo o ordenamento jurídico, sagrar-se vencedora (CABRAL, 2007, p. 343).

O que o autor quer dizer é que o juiz deve estar comprometido com a decisão que efetivamente irá amparar o direito ameaçado ou violado e, por tal razão, não é e nem pode se pretender neutro ou indiferente. O que é bastante diferente de se compromissar com uma das partes *a priori* antes da análise das provas e das alegações de direitos. A imparcialidade, portanto, exige o distanciamento dos jurisdicionados, mas não a insensibilidade quanto aos seus direitos. O juiz “não deve ver” quem são as partes (com suas condições, peculiaridades, circunstâncias e diferenças) para que possa “ver melhor” quem possui o direito ou outra posição jurídica de vantagem. É este o sentido da venda que, há alguns séculos, cobre os olhos das imagens da justiça (LACERDA, 2010); (FRANCA FILHO, 2011).

Luiz Fernando Coelho, tratando do “princípio da subsunção”, que determina que as decisões judiciais se apresentem racionalmente como um silogismo lógico garantidor da “neutralidade do juiz”, observa que uma decisão judicial não é propriamente neutra, pois o juiz “é portador de valores, crenças e preconceitos de toda ordem, conscientes ou não, herdeiro de um passado teórico que interfere no resultado decisório” (COELHO, 2011, p. 77). O juiz não é, nesse sentido, alguém afastado da política e, por essa razão, não pode ignorar os impactos que sua decisão trará para as partes e, em muitas situações, também para a sociedade como um todo. Essa “condição política”, porém, não o impede de ser imparcial:

O que se procura estabelecer é a diferença entre *imparcialidade* e *neutralidade* do juiz, submetendo-se à evidência de que, nas decisões judiciais, se o magistrado deve ser imparcial em relação aos interesses *sub judice*, ele não deve ser neutro em relação aos problemas que a aplicação das normas jurídicas só suscitar no meio social (COELHO, 2011, p. 77-78).

Essa passagem vai além do que os autores anteriores afirmam. Coelho não está apenas dizendo que o juiz não deve ser neutro, porque tem de buscar tutelar o melhor direito, mas algo diverso: que o juiz não é neutro, porque deve se preocupar com o impacto das suas decisões na vida social. Mas até onde deve ir essa preocupação? Basta que se contente em ser ativo e imparcial, protegendo os direitos previstos no ordenamento, ou deve ir mais longe, buscando atender expectativas sociais não previstas na legislação? Em que medida considerações de ordem política (como aspirações e reclamos da sociedade) devem se compatibilizar ou mesmo se sobrepor às de justiça, vinculando sua atuação?

3 ENTRE JUSTIÇA E POLÍTICA

Para responder a essa pergunta, Piero Calamandrei, em ensaio publicado em 1939, compara a atuação do juiz à do historiador, cuja missão também é revelar o que aconteceu no passado e estabelecer a verdade dos fatos. Mas, enquanto o historiador escolhe o objeto de sua investigação, delimitando a questão para a qual buscará resposta, o juiz tem de resolver o problema estabelecido pela demanda de outrem, da qual ele não pode se afastar, sob risco de julgar *extra petita*. Assim, a “curiosidade” do historiador, que pode levá-lo a explorar questões sem se preocupar com delimitações de tempo e de extensão, não existe para o juiz. Na atuação deste, em razão do princípio dispositivo e de sua importância para o processo moderno, se valoriza menos a curiosidade e mais a “passividade”,

entendida não como indolência ou insensibilidade, mas como a atitude de manter-se vinculado às leis e ao pedido formulado pelo autor em sua demanda. Atitude que é “a garantia suprema da sua imparcialidade” (CALAMANDREI, 1939, p. 110).

Mas não seria melhor que o juiz fosse mais “curioso” e se dispusesse a resolver problemas sem se prender às limitações processuais e materiais, deixando de lado o formalismo e decidindo de acordo com suas impressões ou convicções políticas? Isso não decorreria da compreensão da sentença como um ato não somente intelectual, mas também *volitivo*?

Para Calamandrei, não. A independência da justiça em relação à política é um postulado fundamental dos ordenamentos jurídicos modernos, para os quais a lei abstrata e impessoal é um *prius* e a sentença, um *posterius*. Nessas ordens jurídicas, os momentos de elaboração e de aplicação das normas não se confundem, e a função legislativa se encontra separada da judiciária. As coisas, todavia, passam-se diversamente nos ordenamentos cuja formulação jurídica é inteiramente remetida ao juiz, “o qual, para encontrar o direito do caso concreto, não deve ter outro guia a não ser a sua consciência” (CALAMANDREI, 1939, p. 121). Como exemplos, ele cita a ordem jurídica russa de sua época, que autorizava os juízes a julgar segundo a “política geral do governo”, e a alemã, que conferia poderes aos magistrados para decidirem de acordo com o “são sentimento do povo”. Segundo o autor, são amostras do triunfo prático da teoria do “direito livre”, elaborada na virada do século XIX para o XX, a qual deve ser rechaçada por todos que acreditam no valor da legalidade.

Nos ordenamentos que valorizam a lei, esta preexiste à sentença, e o juiz não pode agir retificando-a ou ignorando-a, para consagrar sua própria opinião ou para favorecer uma das partes. A posição pessoal do juiz, decorrente de uma visão ideológica, jamais pode ser o critério de sua decisão. Por isso, é melhor que ele se veja como historiador limitado do que como filósofo ou político.

Sua função, segundo os critérios consagrados em leis preexistentes, é qualificar fatos ocorridos que, provados, justificarão sua sentença. Logo, para a manutenção “do supremo bem que é, no Estado, a certeza dos direitos e dos deveres individuais e o igual tratamento dos casos similares” (CALAMANDREI, 1939, p. 125), só se pode admitir um juiz atado aos fatos e ao ordenamento, que se mantenha dentro dos limites da demanda e não ceda à tentação de impor seus padrões em detrimento daqueles estabelecidos juridicamente. O juiz que, a pretexto de alcançar uma justiça mais perfeita que a consignada legalmente, decidisse politicamente, correria o grande risco de ser parcial e, nesse caminho, de frustrar sua missão.

Em estudo dedicado à imparcialidade do juiz, Elio Fazzalari considera os reclamos por uma proteção judicial especial do “litigante mais frágil” um *slogan* destituído de fundamento, já que o juiz deve permanecer fiel aos valores constitucionais e legais resguardados pela ordem jurídica, sem pretender introduzir outros provenientes de suas visões pessoais ou políticas. A “discricionariedade interpretativa” deixada ao julgador pelas normas postas é, em geral, restrita, e de modo algum pode

servir como motivo para transgredir a “vocação de ser fiel às leis, isto é, aos valores do ordenamento” (FAZZALARI, 1972, p. 195).

É verdade que os ordenamentos instituem medidas de compensação de certas “fragilidades sociais”, como quando, por exemplo, reconhecem a deficiência de meios de alguns litigantes ou atribuem um tratamento que, embora favoreça uma determinada categoria, é justificável e previsto em lei. Essas medidas, porém, não são frutos de uma escolha do juiz, mas determinações jurídicas que antecedem e vinculam sua ação. Elas jamais se equiparam a uma opção de parcialidade do julgador. Uma coisa é a própria ordem jurídica reconhecer certas diferenças e dar-lhes tratamento diverso constitucional ou legal; outra, bem diferente, é o juiz, ao arrepio dos valores jurídicos, escolher outros mais ao seu agrado:

[...] se, ao invés, a norma substancial não contempla ou não supre aquela fragilidade, o juiz não pode, em sede de julgamento de direito, abandonar-se à dúvida ou ceder à tentação de escolher, como medida de julgamento, outro valor (ou, mais simplesmente, a própria valoração pessoal) (FAZZALARI, 1972, p. 199).

Se as partes possuem o direito de participar da formação do provimento jurisdicional por meio da simétrica paridade que constitui o contraditório, o juiz não pode favorecer o litigante mais frágil em situações não previstas no ordenamento. A paridade no processo resulta da atribuição às partes de poderes, faculdades e deveres simétricos, isto é, de uma “igual possibilidade de agir e reagir” (FAZZALARI, 1972, p. 200), que, de modo algum, se confunde com uma proteção especial de fragilidades sociais não encampadas pela ordem jurídica. A atuação da espada, lembra Falazzari, simbolizando o momento de “comando” da sentença, deve ser precedida pelo manejo da balança, com a qual metaforicamente representa-se a ação do juiz de, em conformidade com os valores jurídicos (e não com base nos próprios), ponderar os interesses envolvidos para, de modo superpartes e desapassionado, finalmente dar razão ao melhor direito. Uma justiça parcial, ideia por si só desconcertante, poderia, caso levada a sério, tornar possível que o juiz, também por razões arbitrárias, viesse a favorecer o “mais forte”. O esforço constante para ser imparcial constitui, portanto, em figura de linguagem, “a dobradiça da justiça” (FAZZALARI, 1972, p. 200), sem a qual não se pode, legitimamente, “abrir as portas” para uma adequada jurisdição.

Norberto Bobbio, por seu turno, explica que o juiz deve ser independente, apolítico e imparcial. Independência e apoliticidade são “faces da mesma moeda”, a primeira protegendo o juiz contra influências indevidas dos outros poderes de Estado e a segunda, “de condicionamentos políticos que provenham da sociedade civil” (BOBBIO, 1971, p. 270). A primeira é a condição externa da imparcialidade e a segunda, a interna. Mas, adverte, “apolítico” não significa afastamento da vida social e de seus problemas, meta impossível e indesejável para o julgador, mas tão somente um acatamento dos “valores políticos dominantes” (BOBBIO, 1971, p. 272), consagrados nas normas constitucionais e legais.

Apoliticidade, portanto, é um compromisso constante de não permitir que as discussões políticas, comuns em uma democracia, impeçam que os casos concretos sejam apreciados e decididos

em conformidade com os padrões prefixados pela ordem jurídica, postulado que exige que o Judiciário respeite e realize a vontade legislativa que, nos ambientes democráticos, é a principal responsável pela inovação jurídica (BOBBIO, 1971, p. 271). O juiz “político”, que se afasta dos padrões do ordenamento, para realizar outras pretensões, desliga-se da garantia constitucional da separação dos poderes e assume uma função que é potencialmente perigosa no Estado de Direito. Por mais que as leis positivas, como expressões da vontade humana, possam ser falhas, são “sempre preferíveis ao arbítrio” (BOBBIO, 1971, p. 270).

4 A PARCIALIDADE DO JUIZ: UMA TENDÊNCIA CONTEMPORÂNEA?

Nos últimos anos, levantaram-se algumas vozes na doutrina brasileira, sustentando que o juiz deve ser parcial, se não sempre, pelo menos em determinadas circunstâncias, ou que ele deve “desequilibrar a balança” e, até mesmo, que a justiça é, por essência, parcialidade, e não imparcialidade. Baseando-se em uma ideologia igualitária, de luta pela superação das desigualdades econômicas, esses autores compõem o amálgama entre justiça e política e apresentam como proposta um modelo de juiz não meramente ativo, mas ativista. Não deixa de ser interessante observar que, atentos ao fato de que as imagens, por vezes, representam melhor uma ideia do que as palavras, esses autores criticam e até sugerem modificações nos famosos atributos figurativos pelos quais a justiça é conhecida: a balança, a espada e a venda nos olhos. Vejamos alguns exemplos.

Para Fábio Konder Comparato, a ideia de justiça passou a ser pensada na modernidade como “puro ente de razão”, desconectada da “sensibilidade valorativa” que os antigos romanos chamavam de *prudentia*. Sua representação simbólica, diz o autor, revela esse distanciamento da sensibilidade, quando se apresenta “sob a forma de uma personagem cega e neutra, de gênero indefinível, implacável e marmórea em sua fria impassibilidade” (COMPARATO, 1995, p. 283). A venda que lhe cobre os olhos é símbolo de “não conhecimento” e “insensibilidade”, e sua altivez entronada, de “frieza”, “distanciamento” e “implacabilidade”. Para Comparato, essa representação está muito distante da verdade: “A verdadeira justiça, muito ao contrário, é sempre parcialíssima. Ela não se coaduna com equidistâncias formais nem se contenta com equilíbrio de circunstância” (COMPARATO, 1995, p. 283).

O autor não diz mais do que isso, deixando algumas dúvidas para seus leitores. Quando afirma que a justiça é “parcialíssima”, quer simplesmente reforçar, com o uso do superlativo, a não neutralidade do juiz ou, ao contrário, pretende mesmo dizer que o juiz deve ser parcial e preferir uma das partes na contenda? Uma justiça não mais entronada “desceria” em direção aos jurisdicionados, mas não correria o risco, deixando seu posto superpartes, de se aproximar indevidamente de um dos litigantes? Sem a venda, poderia enxergar, mas para ver o quê? Os direitos estatuídos no ordenamento? Ou a fragilidade social de uma das partes?

Rui Portanova, por sua vez, afirma que a aplicação do princípio da isonomia exige que os indivíduos estejam em uma situação real de igualdade. Quando isso não acontece, “impõe-se promover certa igualização” (1995, p. 39). A ideia de uma lei abstrata e impessoal, expressa no preceito “todos são iguais perante a lei”, não é suficiente para promover a igualdade de indivíduos e grupos, acabando “por gerar mais desigualdades e propiciar injustiça” (PORTANOVA, 1995, p. 39). Por essa razão, limitar-se à aplicação formal do princípio da isonomia é uma postura injustificável, que deve ser substituída pela atitude de “investigar os desequilíbrios existentes entre as partes e, depois, agir de forma concreta e efetiva para equilibrar as posições dos interessados” (PORTANOVA, 1995, p. 40).

O juiz deve realizar essa tarefa, a “igualização”, porque também ao Judiciário, e não somente ao Executivo e ao Legislativo, compete lutar contra as “contradições criadas pela produção capitalista” e evitar “a exploração desmesurada e o lucro exagerado” (PORTANOVA, 1995, p. 45). No processo civil, essa “igualização” se realiza por meio de um juiz próximo, atento às diferenças entre as partes e às circunstâncias do caso concreto. Embora a imparcialidade seja um dever, uma “condição primordial para que o juiz atue”, não pode servir de “capa” para que “se volte à ideia de um juiz acomodado, asséptico, acrítico, neutro e distante da realidade” (PORTANOVA, 1995, p. 79). O juiz não pode ser apenas a *longa manus* do legislador, pois, nesse caso, escapar-lhe-iam as diferenças e as distorções que a lei, em sua generalidade e abstração, não tem como captar de antemão. A simbologia tradicional, para Portanova, parece respaldar essa visão antiquada:

Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada na mão e a balança equilibrada na outra. Contudo, não há negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas vezes a balança está desequilibrada. Logo, o mais correto é manter os olhos da Justiça bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las (PORTANOVA, 1995, p. 79).

O que não fica claro é o alcance da “igualização” proposta por Portanova. Essa atividade deve servir apenas para suprir eventuais lacunas e para adaptar a lei às circunstâncias do caso ou também para “corrigir” a lei, estabelecendo distinções que o ordenamento não previu? Considerando a proposta de abrir os olhos da Justiça e a afirmação de que a imparcialidade não pode ser “capa” para perpetuar explorações sociais, a aposta na segunda opção parece mais plausível.

Artur César de Souza, por fim, defende o que chama de “parcialidade positiva” do juiz, um “ativismo judicial” baseado no reconhecimento da “alteridade do outro”, em especial daqueles que são pobres ou socialmente fragilizados (2008, p. 226). A função do juiz, afirma, é realizar os princípios fundamentais da Constituição, espelhos da unidade axiológica que dão sentido à juridicidade. Esses princípios, como a dignidade humana e a busca por uma sociedade livre, justa e solidária, possuem duas funções: uma negativa, que veda certos comportamentos, e outra positiva, que vincula o Poder Público à prática de certas ações.

A atuação do magistrado, para o autor, está também informada por essa função positiva, de modo que, no curso da relação jurídico-processual, devem ser levados em consideração “os aspectos

instrumentais necessários para a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, econômicas, culturais etc.” (SOUZA, 2008, p. 233-234).

Valendo-se de categorias da “ética da libertação” de Enrique Dussel e da filosofia de Emmanuel Lévinas, Souza acredita que os juízes devem se libertar de seu “sono” e de sua “subjetividade egoística”, deixando o conforto de sua imparcialidade pensada como neutralidade para alcançarem “o outro”, o “excluído”, o “pobre”, que lhes são completos desconhecidos. O juiz que se pauta pelo ordenamento jurídico e se mantém firme na postura de aplicá-lo como tal, mesmo que dessa aplicação resulte “prejuízo” para a parte socialmente mais fraca, é um tipo que deve ser superado e substituído pelo magistrado que “tem uma responsabilidade ética pré-originária à totalidade do sistema jurídico dominante” (SOUZA, 2008, p. 254).

Percebe-se que, para o autor, o reconhecimento do outro em sua fragilidade é exigência ética que se impõe aos órgãos jurisdicionais mesmo em caso de conflito com exigências jurídico-positivas. O Judiciário, desse modo, é “instrumento dessa ética existencial” (SOUZA, 2008, p. 240) que exige que as decisões sejam vistas como algo mais do que meras aplicações de uma racionalidade jurídica prévia que deve apenas ser conhecida e não também criada. A decisão jurídica, portanto, não é apenas ato de conhecimento, mas também de vontade, de escolha ou opção do julgador pelos menos favorecidos: “[...] o juiz deve abandonar sua subjetividade solipsista de apenas realizar um ato de conhecimento no âmbito de atividade jurisdicional, para, por meio de sua sensibilidade, reconhecer a exterioridade das vítimas, das diferenças sociais, econômicas e culturais” (SOUZA, 2008, p. 254).

Assim, além da parcialidade “negativa” que as leis processuais combatem, há também a parcialidade “positiva” que os juízes devem assumir como guia de sua ação, buscando, a todo tempo, favorecer o jurisdicionado cuja debilidade social seja expressiva, mesmo que, para isso, tenham que sacrificar as proporcionalidades e as equidistâncias fixadas pela ordem jurídica. O juiz que o autor deseja não tem os olhos vendados, pois “quer ver” quem são as partes e quais são suas carências, elementos que poderão mesmo levá-lo a “desequilibrar a balança” em prol do litigante socialmente mais frágil. Daí sua proposta de modificação do símbolo da justiça:

A venda da deusa da Justiça necessita ser retirada para que se possa reconhecer no processo a *racionalidade do outro*, a sua diferença sociocultural-político-econômica. A balança, diante da realidade latino-americana, deve ser desequilibrada, a fim de representar as desigualdades sociais, econômicas e culturais existentes num continente regrado por injustiças sociais. E a espada, por fim, deveria ser substituída por uma “lupa”, para que se possam avistar as concepções ideológicas que existem por detrás de um determinado ordenamento jurídico de cunho capitalista e neoglobalizante (SOUZA, 2008, p. 255).

Em que pesem as boas intenções do autor, essa proposta é um abandono da imparcialidade. É verdade que, como visto, o juiz não é neutro, pois deve sempre buscar o desfecho justo para o processo. Um julgador distante, insensível e passivo não mais se justifica, se é que algum dia se justificou. Esse fato, contudo, não autoriza o juiz a passar ao largo do ordenamento jurídico, “desequilibrando a balança” e preferindo antecipadamente uma das partes.

Miguel Reale, em estudo dedicado à ética do juiz, reconhece que a decisão não pode ser reduzida a simples juízo lógico, pois traz em si um elemento valorativo: a participação do julgador na vida de outros, os jurisdicionados, cujas pretensões a sentença substituirá. Mas adverte que a “jurisdição” (*iuris dicere*) não é propriamente “dizer o direito”, mas declarar o que é “de direito”. É a atividade por meio da qual o juiz, valendo-se dos modelos e das fontes que constituem a juridicidade vigente, põe fim à dinâmica dialética que constitui o processo. Nessa tarefa, seu guia são os parâmetros preestabelecidos, não os próprios: “O juiz declara o que é ‘de direito’. É por isso que a palavra está no genitivo *iuris* que quer dizer ‘de direito’” (REALE, 1994, p. 139).

Reale explica que, embora a atuação do juiz deva ser ética e prudencial, atenta às circunstâncias do caso, jamais pode abandonar o ordenamento jurídico vigente, pois, se o fizesse, adentraria a perigosa via do arbítrio, incompatível com a segurança e a previsibilidade que o Estado de Direito busca assegurar:

Ninguém postula a atividade de um juiz passivamente situado na e perante a ordem jurídica, mas é pretensão desmedida apresentar o próprio entendimento pessoal como alternativa, exposta como verdade cientificamente demonstrada e fundada, para substituir os modelos jurídicos considerados em conflito com a justiça devida [...] (REALE, 1994, p. 145).

Concordando com as observações de Reale, pode-se também dizer que propostas como a de Souza parecem não harmonizar os preceitos constitucionais, reivindicando alguns, como a dignidade humana, mas deixando de lado outros, como a legalidade (um direito individual). Pode-se, por isso, perguntar: quando o juiz favorece o litigante “pobre” ou “excluído”, dando-lhe um tratamento benéfico não previsto nas normas positivas, está respeitando direitos constitucionais do outro litigante (como a legalidade e a segurança jurídica)? A resposta é negativa. Assim, uma decisão que escapa à legalidade, que abandona os critérios jurídicos para impor preferências de ordem política, não pode se pretender democrática e justa. Como aponta Taruffo, só há processo justo, quando se interpreta e se aplica adequadamente a norma utilizada como critério de decisão, pois “não se pode considerar justa uma decisão que [...] não esteja embasada no direito, em atenção ao princípio da legalidade” (2009, p. 118).

É importante destacar, para encerrar, que a “sujeição do juiz à lei” ou o compromisso com a legalidade não implica uma atitude legalista, tampouco uma adesão ao literalismo. Como pontua Gustavo Zagrebelsky (1992, p. 206), juízes não são “*êtres inanimés*” (seres inanimados), imunes aos métodos interpretativos e ao juízo de equidade (que adapta a norma às peculiaridades do fato), de modo que o que se procura evitar não é a compreensão da lei em função do caso, algo normal para o juiz ativo e não neutro, mas a sua *torção* ou *abandono* com o objetivo preestabelecido de beneficiar uma das partes por condições que a própria lei, por qualquer via que se a interprete, não contempla.

Se o juiz não é um aplicador autômato de leis, também não pode ser, como observa Eduardo García de Enterría (1997, p. 51), “o senhor do Direito em uma sociedade livre e igualitária”, pois a democracia (com seu processo constitucional de produção de leis e outras normas) é incompatível com “juízes pretensamente redentores ou iluminados, autoinvestidos como representantes de

qualquer ideologia, doutrina ou tradição histórica” (1997, p. 50). Ou, nas palavras de Michael Stolleis, se ninguém mais admite o juiz “boca da lei”, mero “matemático de condições”, também não se aceita aquele que julga como se fosse um “rei judiciário”, porque “ninguém deseja as sentenças puras do juiz desligadas do cumprimento da lei” (2009, p. 32).

Mesmo autores amplamente favoráveis à criatividade ou à discricionariedade do juiz, como Mauro Cappelletti, têm o cuidado de destacar que, ainda que se admita que o juiz possa escolher um dos sentidos da lei revelados na interpretação, esse fato “não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete”, pois discricionariedade não é arbitrariedade, e o juiz não está “completamente livre de vínculos” (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24). Ao contrário: está sujeito a certas limitações processuais, como “uma atitude processual de imparcialidade, neutralidade e distanciamento” que o possibilitará manter “um comportamento de equânime tratamento (*‘fairness’*) das partes no processo, no sentido de que deve garantir a todas elas adequada oportunidade de fazer valer as próprias razões” (CAPPELLETTI, 1999, p. 82-83).

O que implica não beneficiar nenhuma delas, mantendo “a balança equilibrada”. Seu desequilíbrio proposital, em última análise, seria um equívoco, porque converteria o juiz em justiceiro, afastando-o de sua nobre missão: “a busca da justiça não pode ser feita à custa de desequilibrar a balança, pondo em pior posição uma das partes ou substituindo o papel de imparcialidade que lhe cabe pelo do ativismo beligerante ou do juiz justiceiro [...]” (URBANO CASTRILLO, 2005, p. 452). Logo, a “parcialidade do juiz” é uma tendência teórica que não merece prosperar, para o bem das garantias do cidadão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, pode-se afirmar que a ideia de neutralidade judicial, entendida como insensibilidade ou indiferença ao resultado do processo, não se justifica e, de modo algum, pode ser confundida com imparcialidade. Esta exige um juiz atuante, ativo, preocupado com o desfecho justo do processo, imbuído em buscar uma tutela efetiva dos direitos subjetivos e não somente a correção formal dos procedimentos.

Como visto, essa postura ativa se dá nos quadrantes do ordenamento, respeitando os valores juridicamente fixados. Não deve ser substituída por um “ativismo” dissociado do dever de imparcialidade, pelo qual o juiz, deixando de ofertar tratamento equânime às partes, viesse a tutelar especialmente o litigante “socialmente mais frágil”, o “pobre” ou o “excluído”.

Os objetivos fundamentais da República, elencados no art. 3º da Constituição brasileira, dentre os quais a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não podem ser implementados à custa de direitos individuais. Seria pretender realizar preceitos constitucionais contra a própria Constituição. E se configuraria também um desvio ético, pois o litigante que tivesse sua pretensão processual preterida (embora juridicamente resguardada) em razão

da preferência política do julgador pela outra parte, mais pobre ou “frágil”, perderia a confiança no Judiciário e se sentiria legitimamente desamparado como cidadão. Pode-se, portanto, concluir que o juiz cuja ideologia se converte em parcialidade, mesmo que “positiva”, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Aprovado: 1º/12/2016. Recebido: 30/8/2016.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Revista Jurídica*, v. 250, p. 5-13, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Quale giustizia, quale legge, quale giudice. Quale giustizia*, n. 8, p. 268-274, 1971.
- CABRAL, Antonio. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, v. 149, p. 339-363, 2007.
- CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico. Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. XVI, p. 105-128, 1939.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- COELHO, Luiz Fernando. *Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito*. Curitiba: Bonijuris e JM Livraria, 2011.
- COMMARET, Dominique Noëlle. *Une juste distance: ou réflexions sur l'impartialité du magistrat. Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 27º cahier, p. 262-264, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Papel do jurista num mundo em crise de valores*. *Revista dos Tribunais*, v. 713, p. 277-283, 1995.
- COTTA, Sergio. *Perché il diritto*. 2. ed. Brescia: La Scuola, 1983.
- DECAUX, Emmanuel. *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*. Paris: La Documentation Française, 2008.
- FAZZALARI, Elio. *La imparzialità del giudice. Rivista di Diritto Processuale*, v. XXVII, p. 193-203, 1972.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A cegueira da justiça*. Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *L'impartialité du juge. Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 6º cahier, p. 53-57, 1999.
- GARAPON, Antoine. *Le juge et son éthique. Esprit*, n. 10, p. 133-136, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La democracia y el lugar de la ley*. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El derecho, la ley y el juez*. Dos estudios. Madrid: Civitas, p. 23-62, 1997.
- HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- LACERDA, Bruno Amaro. Ver ou cegar-se? Considerações sobre a origem e o sentido da venda da justiça. In: LACERDA, Bruno Amaro; LOPES, Mônica Sette. *Imagens da justiça*. São Paulo, LTr, p. 23-39, 2010.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- REALE, Miguel. *A ética do juiz na cultura contemporânea*. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 130-146, 1994.
- RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2012.
- SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008.
- STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: BARBAS HOMEM, António Pedro et al. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, p. 21-34, 2009.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*. México, D.F.: UNAM, 2007.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de. *Deontología judicial: El arquetipo de juez de nuestra época. Ética del juez y garantías procesales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 397-466, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Legge diritto giustizia. Torino: Einaudi, 1992.

Bruno Amaro Lacerda

Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG.

Professor Adjunto na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Rua Padre Café 138, Caixa Postal 20035

Juiz de Fora/MG

CEP 36016-970

brunoamarolacerda@gmail.com

LEI 12.527, DE 2011

ANÁLISE DOS MODELOS PARA DIVULGAR A REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS NA INTERNET

Fábio Lima Quintas

Dijeison Tiago Rios Nascimento

LAW 12.527/2011 – ANALYSIS OF MODELS FOR DISCLOSURE
OF GOVERNMENT EMPLOYEE'S WAGES ON THE INTERNET

RESUMO

O presente artigo analisa os modelos de aplicação da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, também conhecida como Lei de Acesso à Informação, no que se refere a divulgar a remuneração dos agentes estatais de forma individual e nominada na internet. Examinaram-se os modelos adotados em âmbitos federal e estadual, abrangendo o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União. A pesquisa indica que há certa uniformidade no tratamento do tema, não obstante surjam leituras distintas e pontuais em virtude do exercício das supostas discricionariedade e da autonomia do Poder Público, ao implementar essa obrigação legal de divulgar dados relativos à remuneração de agentes estatais.

» **PALAVRAS-CHAVE:** LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO. REMUNERAÇÃO DE AGENTES ESTATAIS. DIVULGAÇÃO. FEDERALISMO.

ABSTRACT

This article analyzes models of implementation of the Law nº 12,527 of November 18th, 2011, also known as the Information Access Act, regarding the individual disclosure of government employee's wages on the internet. The models currently adopted were examined at federal and state level of the Brazilian Federation, considering the Executive, the Legislative and the Judiciary branches, and also the Attorney General's Office and the Federal Court of Accounts. The research indicates that there is a certain uniformity in the interpretation and application of the law. However, different branches of Government use their alleged autonomy to propose a distinct and specific reading to implement this legal obligation established by the federal law.

» **KEYWORDS:** ACCESS TO INFORMATION ACT. GOVERNMENT EMPLOYEE'S WAGE. DISCLOSURE. FEDERALISM.

INTRODUÇÃO

A consolidação da cidadania participativa é de absoluta importância para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. De fato, quando o cidadão participa, de forma ativa, da gestão da coisa pública, as ações dos governantes tendem a ser mais transparentes e legítimas (BRANCO & MENDES, 2014, p. 848). Para André Brombini da Silva:

[...] uma democracia aberta, transparente, é algo que só se pode almejar se houver acesso à informação, se o cidadão, detentor do poder, conforme se lê em nossa Carta Política, tiver acesso às informações do Estado, de forma que possa, realmente, participar do poder e exercer sua cidadania, materialmente falando (SILVA, 2015, p. 38).

É nesse contexto de fomento da participação popular na gestão da coisa pública que se insere a Lei Federal nº 12.527, de 2011, também conhecida como Lei de Acesso à Informação – LAI, que criou obrigações de

transparência ativa para o Estado brasileiro com a finalidade de aperfeiçoar o controle social sobre as ações governamentais. Como adverte André Brombini da Silva:

O acesso às informações produzidas e em poder do Estado possibilita a fiscalização das decisões tomadas pelos governantes e que afetam diretamente a vida em sociedade. O controle social é essencial para que se crie uma barreira à implementação de políticas sociais embasadas em desígnios pessoais ou privados (SILVA, 2015, p. 45).

A Lei nº 12.527, de 2011, além de viabilizar o efetivo direito do brasileiro de acesso às informações produzidas pelos órgãos e instituições que integram os diversos Poderes da República, deixou registrado, de forma bastante clara e objetiva, o seu campo de abrangência e seu potencial, demonstrando que a efetiva vontade do legislador foi a de viabilizar o acesso às informações públicas em todos os níveis federativos. Como se vê, essa lei procurou conferir efetividade ao mandamento constitucional de acesso à informação, previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição da República de 1988, que preconiza:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Foi o que se observou, por exemplo, quando da elaboração e da aplicação dos critérios de divulgação da remuneração dos agentes estatais no âmbito das diversas esferas federativas, assunto que despertou grande interesse da sociedade (em busca de transparência nos gastos estatais) e resistência por parte dos agentes públicos. Nessa seara, a partir de então, estabeleceu-se acirrado embate hermenêutico sobre a aplicação dos princípios da publicidade, no que se refere aos assuntos públicos, e da intimidade da esfera privada dos agentes do Estado. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Wallace Paiva Martins Junior:

O princípio da publicidade administrativa consiste, no sentido positivo, na obrigação de divulgação oficial dos atos da Administração Pública e, no sentido negativo, na interdição de atos ou procedimentos secretos ou sigilosos salvo as exceções normativas ditadas pela proteção do interesse público ou de qualificados interesses particulares (DI PIETRO & MARTINS JUNIOR, 2015, n.p.).

Assim, os diversos órgãos e Poderes da República passaram a elaborar suas regulamentações internas para dar cumprimento e efetividade a essa nova orientação legislativa, sendo certo que, a partir desse momento, diferentes modelos foram concebidos, aperfeiçoados e implantados nas distintas esferas dos Poderes.

Diante do panorama inicial traçado, o presente estudo expõe, inicialmente, alguns dos modelos adotados por diversos órgãos/poderes que integram a República Federativa do Brasil, no que se refere à divulgação das informações públicas, em especial no tocante à publicidade da remuneração dos agentes estatais. Para tanto, na pesquisa, foram estabelecidos os seguintes parâmetros: 1) fez-se uma descrição dos modelos para divulgar as informações referentes à remuneração dos agentes estatais nos sítios da internet dos seguintes órgãos públicos: Supremo Tribunal Federal,

Ministério Público Federal, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Tribunal de Contas da União, Poder Executivo Federal e Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público estaduais e do Distrito Federal; 2) verificou-se, nos modelos, a existência de obrigatoriedade de identificação e de registro dos dados do requerente para obter as informações públicas; e 3) analisou-se o posicionamento do Ministério Público Federal e o do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal e Justiça Federal – a respeito do acesso à informação e do conflito entre princípios constitucionais quando da apreciação de casos concretos enquadrados nessa temática.

Desse modo, é possível observar a leitura que diferentes instituições fazem desse novo marco legal e verificar o grau de autonomia que o Poder Judiciário tem conferido ao Poder Público na sua implantação.

1 O DEVER DE DIVULGAR A REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Logo após editada a Lei de Acesso à Informação, surgiu viva controvérsia sobre a necessidade de os órgãos públicos divulgarem informações relacionadas à remuneração dos agentes públicos e sobre a forma de fazê-lo.

O Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a matéria na Suspensão de Segurança nº 3.902 AgR–segundo/SP, de relatoria do ministro Ayres Britto. Foi objeto de debate, na análise do citado processo, se a remuneração dos agentes públicos em lista nominal violaria o direito individual à intimidade e à privacidade dos agentes públicos e se essa divulgação seria constitucionalmente adequada para concretizar o princípio da publicidade.

Os representantes dos agentes estatais alegaram, na referida Suspensão de Segurança, que:

[...] a divulgação de lista com os nomes completos, cargos-base, cargos em comissão, remunerações brutas e unidades de lotação dos servidores, aliada a uma simples pesquisa em ferramentas de busca na internet e em sítios de companhias telefônicas, permite que em poucos minutos qualquer pessoa elabore uma ficha completa com os dados pessoais e financeiros do servidor (STF, 2011, p. 2).

Apesar dos questionamentos apresentados, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser esse o preço que o cidadão paga, ao optar pela carreira pública em um Estado verdadeiramente republicano; e defendeu que o princípio da publicidade administrativa, presente na Carta Maior, é um dos mais importantes modos de concretizar a República enquanto forma de governo (art. 37 da Constituição Federal da República). Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève e Julia Ávila Franzoni defendem que:

A publicidade não é uma questão de escolha do administrador público. No Estado Democrático de Direito brasileiro, derivando o poder do povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal), os assuntos do Estado a todos interessam. Nesse sentido, a Lei de Acesso à Informação merece todos os aplausos (CLÈVE & FRANZONI, 2013, p. 36).

O STF, no mesmo julgamento, reconheceu a existência de conflito entre os importantes princípios da moralidade e da publicidade em relação aos direitos fundamentais das pessoas à intimidade, à vida privada, ao sigilo de dados e ao direito à segurança. Entretanto, para o caso em análise, decidiu pela legitimidade de o Poder Público divulgar as informações referentes à

remuneração dos agentes estatais. De acordo com o voto do ministro Ayres Britto, seguido pelos demais membros da Corte:

[...] 16. Por ora, vocalizo a ideia de que o princípio da publicidade administrativa (*caput* do art. 37) significa o dever estatal de divulgação dos atos públicos. Dever eminentemente republicano, porque a gestão da “coisa pública” (República é isso) é de vir a lume com o máximo de transparência. Tirante, claro, as exceções também constitucionalmente abertas, que são “aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (inciso XXXIII do art. 5º). Logo, respeitadas que sejam as exceções constitucionalmente estampadas, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade [...]”, conforme a 1ª parte redacional do mesmo art. 5º. Com o que os indivíduos melhor se defendem das investidas eventualmente ilícitas do Estado, enquanto os cidadãos podem fazer o concreto uso do direito que a nossa Constituição lhes assegura pelo §2º do seu art. 72, *verbis*: “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

17. De outra vertente, a situação dos servidores públicos cai sob a regência da 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que sua intimidade, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem a segurança do conjunto da sociedade. [Grifo nosso].

Apreciando a Suspensão de Segurança nº 3.902 em outra oportunidade, o ministro Ricardo Lewandowski reafirmou o posicionamento outrora firmado pela Corte Constitucional, argumentando que:

[...] o entendimento assentado nas diversas decisões proferidas por esta Suprema Corte aponta que é de interesse geral a divulgação da remuneração e nome dos servidores públicos, não havendo, nestes casos, violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal (STF, 2015, p. 1).

Para o Supremo Tribunal Federal, portanto, não há dúvida de que divulgar a remuneração dos agentes públicos por meio de lista nominal não ofende direitos individuais à intimidade e à vida privada dos agentes públicos e constitui medida absolutamente compatível com o dever de publicidade estatal.

Não foram objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, os modelos de divulgação dessas informações. Ou seja, o Supremo Tribunal não se pronunciou, por exemplo, sobre a legitimidade de exigir prévia identificação do requerente como requisito obrigatório para se obter a informação desejada.

Nesse campo, portanto, ainda estariam abertas diversas possibilidades de implementação desse novo regime de acesso à informação.

Em virtude disso, os órgãos públicos instituíram diversos modelos de divulgação de remuneração de seus agentes. É o que se passa a descrever.

2 UMA DESCRIÇÃO DE DISTINTOS MODELOS PARA DIVULGAR A REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

2.1 O MODELO ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O modelo implantado pelo Supremo Tribunal Federal – STF está descrito na Resolução nº 528/2014. O STF decidiu disponibilizar, em sua página na internet, informações relacionadas às suas ações em um ambiente denominado Acesso à Informação. Nesse espaço, é possível consultar, de forma abrangente e sem maiores embaraços, uma série de informações sobre a remuneração dos agentes estatais lotados na Corte. De acordo com o disposto no artigo 3º da Resolução nº 528/2014:

Art. 3º As informações de interesse geral são divulgadas no sítio eletrônico do Tribunal, independentemente de requerimento.

[...]

X – subsídio dos membros do Tribunal; benefícios pagos aos magistrados auxiliares e instrutores; e remuneração dos servidores ativos, inativos e pensionistas.

Para realizar a consulta, o usuário deve escolher um período de referência, indicando-o nos campos relativos ao mês e ao ano de interesse, e o tipo de folha de pagamento que deseja consultar, normal ou suplementar, conforme o caso. Após a realização dos procedimentos apontados, são disponibilizadas ao consulente as informações financeiras, de forma categorizada, por: servidores ativos; servidores inativos e pensionistas; ministros ativos; ministros inativos; e juízes.

O módulo de pesquisa elaborado pelo STF disponibiliza para os interessados informações básicas sobre o valor remuneratório de cada agente público vinculado à Corte sem a necessidade de preenchimento de qualquer espécie de cadastro prévio. São elas: o nome completo do agente estatal (servidor/membro) em ordem alfabética; o cargo ocupado; o cargo comissionado ocupado (se for o caso); o valor bruto da remuneração; e, por fim, o valor líquido da remuneração recebida no mês referenciado.

2.2 O MODELO ADOTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O modelo para divulgar a remuneração dos agentes estatais (servidores e membros) adotado pelo Ministério Público Federal – MPF foi instituído pela Resolução nº 89/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pelas Resoluções nº 100/2013 e nº 115/2014. A forma de disponibilização das informações é bastante semelhante à utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. O artigo 7º da referida Resolução nº 89/2012 prevê que:

Art. 7º Cada Ministério Público deverá disponibilizar, em seus respectivos sítios eletrônicos, em campos facilmente acessíveis, sem necessidade de cadastro prévio, e em linguagem de fácil compreensão, sem prejuízo do disposto na Resolução CNMP nº 86, de 21 de março de 2012, informações de interesse coletivo ou geral que produzam ou tenham sob sua responsabilidade, dentre elas:

[...]

VII – remuneração e proventos percebidos por todos os membros e servidores ativos, inativos, pensionistas e colaboradores do órgão, incluindo-se as indenizações e outros valores pagos a qualquer título, bem como os descontos legais, com identificação individualizada do beneficiário e da unidade na qual efetivamente presta serviços, na forma do Anexo I.

O MPF desenvolveu um ambiente virtual denominado Portal da Transparência. Nele, são disponibilizadas as diversas informações sobre a gestão administrativa da instituição. No campo Contracheque, é possível recuperar, em forma de planilha, todas as informações necessárias para que se tenha conhecimento sobre a remuneração dos diversos agentes estatais do Ministério Público Federal sem a necessidade de cadastro prévio do requerente.

A opção do MPF por disponibilizar as informações no formato de planilha facilita a elaboração de relatórios e possibilita um estudo analítico com as diversas variáveis.

As informações (nome do servidor, cargo ocupado, lotação, remuneração básica, remuneração eventual ou temporária, rendimento bruto, descontos, indenizações e o rendimento líquido auferido pelo agente estatal) são apresentadas independentemente de solicitação.

2.3 O MODELO ADOTADO PELO SENADO FEDERAL E PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS

O modelo para divulgar a remuneração dos agentes públicos adotado no Senado Federal foi implantado com base no Ato da Comissão Diretora nº 9/2012 e no Ato do 1º Secretário nº 10/2012.

Em um primeiro momento, o Senado Federal optou por fazer a divulgação dos dados sobre a remuneração dos seus agentes de forma restrita e mediante a identificação do requerente por meio do preenchimento de um formulário com suas informações pessoais, conforme dispõe o artigo 2º do Ato nº 10/2012 do 1º Secretário:

Art. 2º A consulta aos dados remuneratórios individuais será feita a partir de listagem inicial contendo a relação de nomes ou cargos, em ordem alfabética, dos senadores e servidores ativos constantes da folha de pagamento de pessoal do Senado Federal.

Parágrafo único. As informações individuais da remuneração de senador ou servidor serão automaticamente disponibilizadas mediante prévia identificação do interessado, conforme previsto no art. 10, § 1º, da Lei nº 12.527, de 2011. [Grifo nosso].

O modelo para divulgar a remuneração dos agentes públicos da Câmara dos Deputados também procurou adotar essa mesma sistemática.

Entretanto, em janeiro de 2016, em virtude de decisão provisória proferida pela 20ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados foram compelidos a mudar seus modelos e passaram a divulgar a remuneração dos seus agentes públicos de forma ampla e irrestrita, sem a necessidade de prévia identificação do demandante.

Com efeito, entendendo que o modelo do Poder Legislativo importava em restringir, de forma indevida, o acesso aos dados remuneratórios dos servidores, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública na Justiça Federal do Distrito Federal, por meio do Processo nº 0045409-91.2015.4.01.3400, em curso na 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Nessa ação, o *Parquet* defendeu que a Lei nº 12.527 determinou que informações relativas a despesas com pessoal devem ser disponibilizadas de maneira individualizada e ampla pelo Estado

(transparência ativa), facilitando o acesso dos cidadãos a tais dados sem a necessidade de qualquer tipo de requerimento prévio. Por esse motivo, o MPF requereu:

A condenação da União à obrigação de fazer, consistente em divulgar, no sítio da Internet das Casas Legislativas, de forma **ativa e irrestrita, independentemente de requerimento e qualquer identificação de interessado**, a lista nominal do seu quadro de pessoal e Parlamentares, que deverá indicar a remuneração e subsídios recebidos por ocupantes de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, nos termos da Lei nº 12.527 (art. 1º, 3º, 6º e 8º). [Grifo nosso].

Em sua defesa, a União argumentou que, no artigo 8º da Lei nº 12.527, não há menção a membros e servidores, portanto, estes não são objeto da transparência ativa. Desse modo, o procedimento de divulgação dos dados remuneratórios dos servidores deve levar em consideração o comando exposto no artigo 10º da LAI, ou seja, a transparência passiva, de modo que o cidadão deve apresentar sua demanda acompanhada de prévia identificação, conforme pode ser observado no texto do referido artigo:

Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, **devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida**. [Grifo nosso].

A União também argumentou que o Senado Federal e a Câmara dos Deputados possuem competência para dispor sobre sua própria organização e funcionamento, sendo que os modelos adotados constituiriam o exercício legítimo do poder de regulamentação da LAI.

Em decisão provisória, apreciando o pedido de tutela antecipada formulado pelo *Parquet*, o Juiz Federal entendeu que o modelo mais restritivo de divulgação dos dados remuneratórios dos agentes estatais não se mostrava compatível com os princípios da moralidade administrativa, da publicidade, da transparência, da lealdade e da boa-fé, bem como afrontava o disposto no artigo 8º da Lei nº 12.527, de 2011, que tem o seguinte teor:

É dever dos órgãos e entidades públicas promover, **independentemente de requerimentos**, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º – Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo: I – registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II – registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III – registros das despesas; [Grifo nosso].

E assim concluiu:

Logo, é de se concluir que, **não sendo matéria de sigilo, a informação de interesse geral e coletivo deve ser divulgada sem qualquer condicionante, isso porque a lei de regência determina que os órgãos e as entidades públicas devem promover a informação dessa natureza independentemente de requerimento**.

Dessa forma, a condição imposta pelo Senado Federal e da Câmara dos Deputados, consistente na identificação do nome e endereço do interessado, incluindo o endereço de IP (identificação virtual do terminal de acesso na rede mundial de computadores), resulta em violação à legislação da informação (vide fl. 36v, fl. 37 e fl. 60), causando indevido mecanismo de inibição.

Illegítimos, pois, os atos questionados, pelo que tem razão a parte requerente quando assevera que **“Não há, portanto, direito que ampare a recusa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados em publicar os dados citados independentemente de identificação do solicitante”** (fl. 6).

Vale lembrar, ainda, que **não há justificativa plausível para a “barreira” imposta pelas Casas Legislativas, uma vez que o procedimento de divulgação de dados relativos**

à remuneração, subsídio e demais vantagens já é adotado em todo o funcionalismo público, não existindo norma que autorize o tratamento diverso no âmbito do Poder Legislativo.

[...]

Pelo exposto, DEFIRO A MEDIDA DE URGÊNCIA, para determinar à União (Senado Federal e Câmara dos Deputados) que forneça, no prazo de 10 dias, as informações relativas a gastos com agentes e servidores públicos (incluindo qualquer forma de retribuição de pessoal, ativo e inativo), independentemente de qualquer tipo de condicionante, inclusive sem exigência de identificação do interessado e seu respectivo endereço, físico ou virtual (identificação virtual do terminal de acesso na rede mundial de computadores por meio de IP), sob pena de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para cada dia que sobejar o prazo acima. [Grifo nosso].

Essa decisão foi desafiada por agravo de instrumento interposto no Tribunal Regional Federal, até o momento não apreciado. Não houve ainda o julgamento definitivo do processo.

De todo modo, em virtude dessa decisão, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados alteraram seu modelo para divulgar a remuneração de seus agentes. Por meio do módulo de gestão de pessoas e recursos humanos, constantes do Portal da Transparência, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, respectivamente, passaram a permitir o acesso a vários dados pormenorizados sobre a remuneração dos seus servidores (nome, vínculo, situação – ativo ou aposentado), entrada em exercício, cargo, padrão, especialidade, função e lotação). A remuneração dos agentes estatais, que outrora só era disponibilizada mediante cadastro prévio do usuário, agora está detalhada e acessível de forma irrestrita.

2.4 O MODELO ADOTADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O direito de acesso à informação foi regulamentado pelo Tribunal de Contas da União por meio da Resolução nº 249/2012.

Os dados remuneratórios dos agentes públicos vinculados ao TCU estão disponíveis no ambiente virtual denominado Transparência, Institucional e Gestão, no qual são disponibilizadas as diversas informações sobre a gestão administrativa da instituição. No campo Gestão de Pessoas, é possível encontrar informações relativas à gestão de pessoal na Corte de Contas, nos seus mais diversos aspectos, quais sejam: listagem de servidores e autoridades, quadro de pessoal, cargos em comissão, funções de confiança, estrutura remuneratória, remuneração de autoridades e servidores, auxílio-alimentação, assistência pré-escolar e valores básicos mensais para o ressarcimento de despesas com assistência à saúde.

Em seu módulo de pesquisa sobre a remuneração de autoridades e servidores, o TCU optou por disponibilizar os dados independentemente de qualquer cadastro prévio, sendo repassado ao usuário, de forma clara e objetiva, o nome do servidor, o cargo ocupado, o nível na carreira, o exercício de função de confiança ou de cargo comissionado, o total dos vencimentos e vantagens, a gratificação por encargo de curso, as férias, a antecipação de gratificação natalina, os auxílios e benefícios, as horas extras, as indenizações, o abono de permanência, o abate-teto, os descontos e o total líquido.

2.5 MODELO ADOTADO PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL

No âmbito federal, o Poder Executivo foi o primeiro a disponibilizar os dados remuneratórios dos seus agentes para o grande público, e sua ação serviu de paradigma para diversas instituições republicanas.

Na Administração Pública Federal, o acesso à informação foi regulamentado pelo Decreto nº 7.724/2012, cumulado com a Portaria Interministerial nº 233/2012.

Conforme preceitua o artigo 7º do Decreto nº 7.724/2012:

Art. 7º É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei no 12.527, de 2011. [...]

VI – remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Após a regulamentação da LAI, o Poder Executivo passou a disponibilizar a remuneração de parte considerável dos seus agentes na internet. Contudo, com base no artigo 5º, §1º, do Decreto nº 7.724/2012, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas pela União que atuam em regime de concorrência não estão obrigadas a publicar a remuneração dos seus agentes, tendo em vista a possibilidade de dano à competitividade entre as empresas públicas e as particulares:

A divulgação de informações de **empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuam em regime de concorrência**, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários. [Grifo nosso].

Outra exceção à publicidade da remuneração no âmbito do próprio Executivo é a referente à remuneração dos agentes estatais vinculados à Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, que precisam ter suas identidades preservadas por motivo de segurança nacional.

Por fim, verifica-se que, para os servidores não enquadrados nas exceções apresentadas, a divulgação das informações sobre a remuneração no Portal da Transparência do Poder Executivo é feita levando-se em consideração os seguintes campos: nome, alguns dígitos identificadores do CPF, mês de referência, remuneração básica, remuneração eventual (gratificação natalina, férias, outras remunerações eventuais), deduções obrigatórias, total da remuneração após deduções e verbas indenizatórias.

2.6 OS MODELOS ADOTADOS NOS ESTADOS

No âmbito dos estados-membros, a pesquisa se limitou a verificar se há a divulgação dos dados remuneratórios dos agentes públicos de forma individualizada na internet e se há necessidade de realizar qualquer tipo de cadastro prévio para ter acesso aos referidos dados.

Os dados coletados no portal dos Poderes de cada estado e do Distrito Federal foram inseridos na tabela abaixo. Cabe considerar a seguinte legenda: **SIM** – é feita a divulgação de dados remuneratórios dos agentes estatais sem a necessidade de cadastro prévio (transparência ativa); **NÃO** – só é possível obter dados remuneratórios dos agentes estatais mediante solicitação com prévia identificação/cadastro do requerente (transparência passiva).

| ESTADO DISTRITO FEDERAL | PODER EXECUTIVO | PODER LEGISLATIVO | PODER JUDICIÁRIO | MINISTÉRIO PÚBLICO |
|---|--------------------|----------------------|---------------------|-----------------------|
| ACRE | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| ALAGOAS | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| AMAPÁ | SIM | SIM | SIM | SIM |
| AMAZONAS | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| BAHIA | NÃO | NÃO | SIM | SIM |
| CEARÁ | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| DISTRITO FEDERAL | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| ESPÍRITO SANTO | SIM | SIM | SIM | SIM |
| GOIÁS | SIM | SIM | SIM | SIM |
| MARANHÃO | NÃO | NÃO | SIM | SIM |
| MATO GROSSO | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| MATO GROSSO DO SUL | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| MINAS GERAIS | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| PARÁ | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| PARAÍBA | NÃO | NÃO | SIM | SIM |
| PARANÁ | SIM | SIM | SIM | SIM |
| PERNAMBUCO | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| PIAUÍ | SIM | SIM | SIM | SIM |
| RIO DE JANEIRO | SIM | SIM | SIM | SIM |
| RIO GRANDE DO NORTE | SIM | SIM | SIM | SIM |
| RIO GRANDE DO SUL | SIM | SIM | SIM | SIM |
| RONDÔNIA | SIM | SIM | SIM | SIM |
| RORAIMA | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| SANTA CATARINA | SIM | SIM | SIM | SIM |
| SÃO PAULO | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| SERGIPE | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| TOCANTINS | SIM | NÃO | SIM | SIM |
| DIVULGAM AS INFORMAÇÕES DE FORMA LIVRE | 88,88% | 37,03% | 100% | 100% |

Fonte: Tabela elaborada com dados retirados do portal dos Poderes de cada Estado e do Distrito Federal (2016).

A tabulação dos dados apresentados indicou que **11,12%** do Poder Executivo dos Estados não divulgam informações sobre a remuneração dos seus agentes de forma individualizada e sem necessidade de cadastro prévio. No caso dos Poderes Legislativos estaduais, **62,97%** optaram por não divulgar as informações dos seus agentes de forma individualizada e sem a solicitação de cadastro prévio. Em relação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, foi encontrada uniformidade em relação ao modelo adotado, o que se justifica em função da atividade regulamentadora/fiscalizadora do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP: todos os órgãos analisados disponibilizam os dados remuneratórios dos seus agentes de forma individualizada e sem a imposição de preenchimento de qualquer tipo de cadastro, inclusive para consulta aos dados remuneratórios de juízes, desembargadores, promotores e procuradores.

ESTADOS-MEMBRO | TRANSPARÊNCIA ATIVA PARA OS DADOS REMUNERATÓRIOS DOS AGENTES ESTATAIS

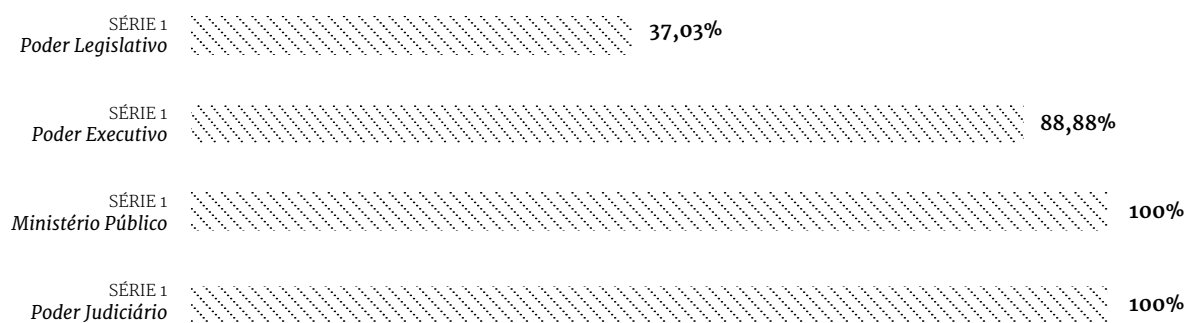


Gráfico 1: Percentual da transparência ativa para os dados remuneratórios nos Estados-membros (2016).

2.7 ANÁLISE DOS MODELOS DOS DIVERSOS ENTES FEDERADOS

A pesquisa realizada no âmbito da União concluiu que, apesar da tentativa de utilizar um modelo diferenciado por parte da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para divulgar os dados remuneratórios dos seus agentes, houve, no ano de 2016, em virtude de decisão judicial, mudança de orientação e convergência para adoção de um modelo de aplicação da LAI mais alinhado ao encampado pelos Poderes Executivo e Judiciário, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, em que os dados remuneratórios dos agentes estatais são disponibilizados livremente, de forma individualizada, sem a necessidade de cadastro prévio.

Essa convergência no âmbito da União direciona os Poderes Públicos a permitir o livre acesso às informações relativas às despesas referentes à remuneração dos seus agentes, dando ênfase ao princípio constitucional da publicidade.

Em relação aos estados-membros, os dados tabulados e apresentados na Tabela 1 apontam não haver a mesma convergência de procedimentos: apenas **37,03%** das casas legislativas decidiram divulgar os dados remuneratórios dos seus agentes de forma aberta, individualizada e sem qualquer tipo de cadastro prévio. Ou seja, **62,97%** adotam o modelo de divulgação mais restritivo e bastante

individualizada do beneficiário e da unidade na qual efetivamente presta serviços, na forma do Anexo I. [Grifo nosso].

Como se vê, a edição desses normativos por parte do CNJ e do CNMP contribuiu bastante para sistematizar a divulgação dos dados remuneratórios por meio da internet, tendo em vista que unificou a atuação dos órgãos do Judiciário e do Ministério Público espalhados pelo Brasil, ditando, inclusive, o modelo que deve ser adotado.

CONCLUSÃO

Considerando que o STF não se manifestou sobre a forma de implantação do dever de divulgar as informações relativas à remuneração dos agentes públicos, era natural que surgissem diferentes modelos, para dar cumprimento a essa exigência legal e constitucional. Em função disso, poder-se-ia entender que diferentes soluções fossem concebidas pelo Poder Público, para dar efetividade à Lei de Acesso à Informação no que se refere, em particular, à divulgação da remuneração percebida pelos seus agentes.

No âmbito federal, no entanto, observa-se certa uniformidade e padronização nos modelos para divulgar as informações relativas à remuneração dos agentes públicos, os quais dispensam quaisquer exigências prévias para que se tenha acesso a esse tipo de informação.

Deve-se observar, no entanto, que o modelo de divulgação originalmente concebido pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal exigia, para dar acesso à informação, que o requerente fosse previamente identificado por meio do preenchimento de formulário virtual com seus dados pessoais, com fundamento no art. 10 da LAI. Em virtude, no entanto, de decisão provisória proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0045409-91.2015.4.01.3400, ajuizada pelo Ministério Público Federal e em curso na 20ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília, determinou-se a imediata divulgação dos dados remuneratórios dos agentes do Legislativo federal.

No âmbito dos estados-membros, há entes federados que ainda defendem, no exercício de alegada discricionariedade, valendo-se de sua autonomia administrativa, o sigilo das informações dessa natureza ou condicionam o seu acesso à prévia solicitação do interessado.

Aprovado: 21/11/2016. Recebido: 05/9/2016.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. **Ato da Comissão Diretora nº 9 de 17 de maio de 2012**. Regulamenta, no âmbito do Senado Federal, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso aos dados, informações e documentos de interesse da sociedade e do Estado. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/transparencia/leg/pdf/normas/ATC92012_compilado.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. **Ato do 1º Secretário nº 10 de 30 de julho de 2012**. Dispõe sobre a forma de divulgação no Portal da Transparência do Senado Federal das informações relativas ao subsídio e à remuneração recebidos por senado-

res e servidores ativos, respectivamente. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/transparencia/leg/pdf/normas/ato-do-10-secretario-no-10-de-2012.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012**. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 18 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

BRASIL. **Resolução nº 89, de 28 de agosto de 2012**. Regulamenta a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/cessoainformacao/legislacao/Resolucao89.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

_____. **Resolução nº 215, de 16 de dezembro de 2015**. Dispõe, no âmbito do Poder Judiciário sobre o acesso à informação e a aplicação da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolu-n215-16-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. **Resolução nº 249, de 02 de maio de 2012**. Dispõe sobre o acesso à informação e a aplicação da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, no âmbito do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DDA8CE1014DDF9523635889>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. **Resolução nº 528, de 03 de junho de 2014**. Regulamenta a aplicação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que versa sobre o acesso à informação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO528-2014.PDF>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3.902 AgR-Segundo**. Decisão Referente à Petição nº 0073431, de 1º de março de 2011. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=3c732f348fbc6c623ffb6f52b32156cf&trf1_captcha=p2m5&enviar=Pesquisar&proc=00454099120154013400&secao=DF>. Acesso em: 2 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3.902 AgR-Segundo**. Décima Quarta Extensão na Suspensão de Segurança 3.902 São Paulo, de 17 de março de 2015. Disponível em: <[file:///C:/Users/user/Downloads/texto_15320977143%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/texto_15320977143%20(1).pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Civil Pública nº 0045409-91.2015.4.01.3400**, 17 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2688865>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. **Transparência**. Disponível em: <http://www.al.ba.gov.br/transparencia/AlbaTransparencia.php>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.al.pb.gov.br/transparencia>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.al.al.leg.br/transparencia/recursos-humanos/efetivos/efetivo.pdf/view>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://al.go.leg.br/transparencia/prestacaocontas/quadropessoalremuneracao>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. **Transparência**. Disponível em: https://www.almg.gov.br/acompanhe/prestacao_contas/index.html?aba=js_tabDespesa. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.ale-pe.gov.br/#>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. **Acesso à Informação do Poder Legislativo Estadual**. Disponível em: <<http://200.140.171.27:8080/SIPLE/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de Roraima. **Acesso à Informação**. Disponível em: <<http://www.al.rr.leg.br/transparencia/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

- _____. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. **Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.alesc.sc.gov.br/servidores.php>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/alesp/folha-de-pagamento/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.al.se.gov.br/remuneracao-dos-servidores/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado de Tocantins. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.al.to.gov.br/transparencia>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Acre. **Portal da Transparência**. Disponível em: <http://www.al.ac.leg.br/transparencia/?page_id=318#>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. **Portal da Transparência**. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/transparencia/index.php?pg=buscar_servidor>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. **Transparência**. Disponível em: <http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/Tabela_Vencimentos.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br/index.php/transparencia/portal-da-transparencia>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. **Transparência**. Disponível em: <http://www.al.es.gov.br/appdata/anexos_sptl/salarios/2013/janeiro/01-DetalhamentoFolhaPagamentoRemuneracaoMensal-janeiro-2013.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. **Transparência**. Disponível em: <http://www.al.ma.leg.br/transparencia/gd_consulta.php>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia.al.ms.gov.br/pages/index.php/consultaservidores>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. **Portal da Transparência/SIC**. Disponível em: <http://www.al.mt.gov.br/conteudo/transparencia/?id=3&id_assunto=7>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Pará. **Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.ale-pa.pa.gov.br/dServidor.php>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.alep.pr.gov.br/transparencia/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Piauí. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://ccheque.hospedagemdesites.ws/transparencia/portalthtransparencia.php?idMenu=31>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Acesso à Informação**. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/leideacesso/default.asp>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.al.rn.gov.br/portal/transparencia>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Transparência no Legislativo**. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/transparenciaalrs/Gest%C3%A3odePessoas/Consulta%C3%A0Remunera%C3%A7%C3%A3o/tabid/5945/Default.aspx>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Câmara dos Deputados. **Transparência**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/transpnet/consulta>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Câmara Legislativa do Distrito Federal. **Transparência**. Disponível em: <http://www.cl.df.gov.br/cs/tabelas-de-remuneracao/-/document_library_display/n8Bv/view/4579823/35112?_110_INSTANCE_n8Bv_redirect=http%3A%2F%2Fwww.cl.df.gov.br%2Fcs%2Ftabelas-de-remuneracao%3Fp_id%3D110_INSTANCE_n8Bv%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3D118_INSTANCE_3a15__column-1%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2&_110_INSTANCE_n8Bv_groupId=5670661>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Acre. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.mpac.mp.br/index.php/arquivo/961>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. **Portal da Transparência – Consulta Remuneração**. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/transparencia/index.php?item=remuneracao&resp=REMUNERACAO>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

- _____. Ministério Público do Estado da Bahia. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://portalantigo.mpba.mp.br/lai/index.asp>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado da Paraíba. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/gestao-de-pessoal>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado de Alagoas. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://sis.mp.al.mp.br/transparencia/folha>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/sistemas/index.php/transparencia>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado de Pernambuco. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.mppe.mp.br/transparencia/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado de Rondônia. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.mpro.mp.br/web/mp-transparente/contracheque>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado de Roraima. **Transparência**. Disponível em: <<https://www.mpr.ror.br/web/transparenciaNovo>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://portal.mp.sc.gov.br/portal/servicos/portal-da-transparencia--versao-antiga.aspx>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Transparência**. Disponível em: <<https://wwwj.mpsp.mp.br/portalVencimentos/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado de Sergipe. **Transparência**. Disponível em: <<https://sistemas.mp.se.mp.br/2.0/PublicDoc/PublicacaoDocumento/Transparencia.aspx>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado de Tocantins. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<https://mpto.mp.br/web/transparencia/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Amapá. **Transparência**. Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/transparencia/index.php?pg=painel_contracheque>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Amazonas. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.mpam.mp.br/index.php/portaldatransparencia+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Ceará. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://portaltransparencia.mp.ce.mp.br/index.php/relatorio-remuneracao>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. **Transparência**. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/transparencia/Informacoes_a_partir_09_2015/Gestao_de_Pessoas/index.asp>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Goiás. **Transparência**. Disponível em: <https://www.mpg.go.br/transparencia/gestao_pessoas/detalhamento_folha>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Maranhão. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.mpma.mp.br/index.php/contracheque>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.mp.ms.mp.br/contracheque>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Mato Grosso. **Transparência**. Disponível em: <https://www.mpmt.mp.br/index_les.php?sid=322>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Pará. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/index.php?action=MenuOrgao.showMenu&id=5351&oOrgao=55>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Paraná. **Transparência Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.transparencia.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=39>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Piauí. **Transparência**. Disponível em: <http://www.mppi.mp.br/internet/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=350&Itemid=152>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/web/novo-portal-transparencia/contracheque>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. **Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.mprn.mp.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/transparencia>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Ministério Público Federal. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Distrito Federal. **Siga Brasília**. Disponível em: <<http://www.sigabrasilia.df.gov.br/Remuneracao/PorServidor>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado da Bahia. **Transparência Bahia**. Disponível em: <<http://www.transparencia.ba.gov.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado da Paraíba. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.joaopessoa.pb.gov.br/servidores>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado de Alagoas. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.al.gov.br/pessoal/consulta-avancada/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. **Portal da Transparência do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www.transparencia.mg.gov.br/estado-pessoal/remuneracao-dos-servidores?view=estado_remuneracao>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado de Pernambuco. **Transparência Governo de Pernambuco**. Disponível em: <<http://www2.transparencia.pe.gov.br/web/portal-da-transparencia/76>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado de Rondônia. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia.ro.gov.br/remuneracao.aspx>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado de Roraima. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.boavista.rr.gov.br/portal/?Pages=servidor>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado de Santa Catarina. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.sef.sc.gov.br/transparencia/gasto-publico>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado de São Paulo. **Portal da Transparência Estadual**. Disponível em: <<http://www.transparencia.sp.gov.br/busca-agentes.html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado de Sergipe. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia-sergipe.se.gov.br/setp/index.html#>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado de Tocantins. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.to.gov.br/pessoal/?opt=3>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado do Acre. Acesso à Informação. Disponível em: <<http://acessoainformacao.ac.gov.br/wps/wcm/connect/8608b7004bb13378addoed08c2af94bf/LAI-Ativos-Janeiro+2016.pdf..pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado do Amapá. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia.ap.gov.br/consulta/3/41/pessoal/folha-de-pagamento-por-servidor>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado do Amazonas. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://salarios.transparencia.am.gov.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado do Ceará. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.ce.gov.br/static/modelo-de-governanca/informacoes-servidores>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado do Espírito Santo. **Transparência**. Disponível em: <http://www.transparencia.es.gov.br/menu_pessoal/Servidores_PorNome.asp?tipo=mensal>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado do Goiás. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia.goias.gov.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado do Maranhão. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia.ma.gov.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado do Mato Grosso do Sul. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia.ms.gov.br/#/Servidores>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Poder Executivo do Estado do Mato Grosso. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia.mt.gov.br/index.php/remuneracoes-2015>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

- _____. Poder Executivo do Estado do Pará. **Transparência Pública**. Disponível em: <<http://www.sead.pa.gov.br/demonstrativos>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Poder Executivo do Estado do Paraná. **Transparência Estado do Paraná**. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=5>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Poder Executivo do Estado do Piauí. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://folha.transparencia.pi.gov.br/index.php>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. **Portal Transparência**. Disponível em: <<http://www.consultaremuneracao.rj.gov.br/pages/welcome.jsf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.transparencia.rs.gov.br/webpart/system/ConsultaDadosFiltro.aspx?x=IOpor7XC1%2FBTsxXoqEheSU%2BQLcAW5weoCOuLyBbvYb9C6cRMmq39SQbG%2BQ%2F%2Bj9jy>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Poder Executivo Federal. **Portal da Transparência Governo Federal**. Disponível em: <<http://transparencia.gov.br/servidores/Servidor-ListaServidores.asp>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Senado Federal. **Transparência**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/transparencia/rh/servidores/nova_consulta.asp>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Acesso à Informação**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/remuneracao/pesquisarRemuneracao.asp>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Contas da União. **Transparência, institucional e gestão**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/consultaRemuneracaoWeb/web/externo/consultaRemuneracao/consultarRemuneracao.xhtml>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Transparência – Detalhamento da Folha de pagamento de Pessoal**. Disponível em: <<http://tjdf199.tjdft.jus.br/rhinter/Transparencia/detalhamentoFolha.asp>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Transparência**. Disponível em: <<http://www2.tjba.jus.br/transparencia/home#!/remuneracao>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/transparencia/gestao-de-pessoas/detalhamento-da-folha-de-pagamento-de-pessoal/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/transparenciatj/DetalhamentoGeralFolhaPagamento.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/pessoal/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Detalhamento da Folha de Pagamento de Pessoal**. Disponível em: <<https://www.tjpe.jus.br/consultasalario/xhtml/manterConsultaSalario/geralConsultaSalario.xhtml>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br/index.php/detalh-da-folha-de-pagamento>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.tjrr.jus.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Transparência**. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/transparencia/resolucao_cnj102a.html>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Transparencia/ResCNJ102/Default.aspx>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Transparência**. Disponível em: <http://www.transparencia-plus.com/tjse/php/RemuForm.php?idGrafico=0&totalVisitas=7844>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. **Portal da Transparência**. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/portal_transparencia/index.php?option=com_rokdownloads&view=folder&Itemid=183>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjac.jus.br/portal-da-transparencia/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjap.jus.br/portal/transparencia.html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. **Transparência**. Disponível em: <http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_res102cnj&view=anexos&Itemid=642>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Transparência – Estrutura de Remuneração e Pessoal**. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/areas/estrutura-de-remuneracao-pessoal/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. **Transparência**. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3932&catid=249&Itemid=330>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Goiás. **Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/tribunal/tribunal-portaldatransparencia>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Transparência**. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/financas/?acao_portal=anexo_08>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Transparência**. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/transparencia/resolucao102/anexo5b.php>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Detalhamento da Folha de Pagamento de Pessoal**. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/folhapagamento/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Portal-da-Transparencia/389-Portal-da-Transparencia-do-Poder-Judiciario.xhtml>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/gestao-de-pessoas>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/site/modules/htmlcontent/Page.portalTransparencia.mtw>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Transparência Institucional**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/transparencia/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www4.tjrn.jus.br/portalTransparencia/tjrnrecursos.aspx>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Transparência**. Disponível em: <http://transparencia.tjrs.jus.br/transparencia_tjrs/index.php>. Acesso em: 29 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 27. ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. **Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação**. Interesse Público — IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2013/10/Direito-Publico-Administracao-Publica-e-a-nova-Lei-de-Acesso-a-Informacao.pdf>>. Acesso em: out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de Direito Administrativo** [livro eletrônico]: teoria geral e princípios do direito administrativo. 2014. – (Tratado de direito administrativo; v. 1 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro). 1. ed. em e-book. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015.

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

SILVA, André Brombini da. **A Lei de Acesso à Informação e a cidadania participativa**. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública: RBEFP, Belo Horizonte, v. 4, n. 10, p. 31-66, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/91208/lei_acesso_informacao_silva.pdf>. Acesso em: 07 out. 2016.

Fábio Lima Quintas

*Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP.
Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB.
Professor da Escola de Direito de Brasília – IDP.*

SHS Quadra 06 Edifício Brasil 21 Bloco E Sala 302
Brasília/DF
CEP 70316-000
fabioquintas@edu.br

Dijeison Tiago Rios Nascimento

*Graduando em Direito pela Escola de Direito de Brasília do IDP.
Pesquisador do Grupo de Pesquisa
“Direito Processual Constitucional” do Instituto de Pesquisa.*

SQS 103 BLOCO D Apartamento 311 – Edifício Pioneiro Bandeirante
Brasília/DF
CEP 70342-040
dijeison@gmail.com

ADOÇÃO: CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA MODALIDADE *INTUITU PERSONAE*

Ricardo Alves de Lima
Adrielli Marques Braidotti

ADOPTION: CONTROVERSIES ABOUT THE MODALITY *INTUITU PERSONAE*

RESUMO

Este trabalho visa estudar o instituto da adoção em suas origens, na forma em que se encontra na legislação atual e como é utilizado no Brasil. Para tanto, é feita a conceituação do instituto, seguida pelo seu desenvolvimento histórico, a fim de demonstrar que a adoção sofreu diversas mudanças ao longo do tempo, tendendo sempre a se amoldar à realidade social na qual estava inserida. Ademais, trabalhará com a principiologia aplicada ao instituto da adoção, em especial com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e com o princípio da afetividade. Analisará, ainda, o procedimento que a adoção segue na vigente legislação brasileira. Por fim, discutirá a modalidade *intuitu personae* de adoção, comentando a omissão legislativa que a cerca bem como a possibilidade de analogia com o instituto da tutela. Assim, o presente trabalho se mostra relevante, por defender que um instituto guiado por laços emocionais não pode permitir que a letra fria da lei sobressaia à afetividade.

» **PALAVRAS-CHAVE:** ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AFETO.

ABSTRACT

This paper intends to research the adoption at the beginning, current form in Brazilian law and its practical application. To achieve this result will require some steps. Initially analyze the concept of adoption and its historical development to demonstrate that the institute has undergone several changes over time. These changes show that the adoption has adapted its forms to the reality that was inserted. This study will also examine the principles that can be applied to adoption, especially the principle that values the best interests of children or adolescents and the principle of affection. Will also be surveyed the practical aspects of adoption to get the desired result. Finally, the particularities of the *intuitu personae* adoption, especially on the failure of the laws on this and the comparison with the guardianship institute will be discussed. This research is important for demonstrating that must prevail affective relationships and not the legal formalism.

» **KEYWORDS:** ADOPTION *INTUITU PERSONAE*. PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF CHILDREN OR ADOLESCENTS. AFFECTION.

INTRODUÇÃO

A adoção em sua modalidade *intuitu personae*, conhecida também como dirigida, é prática notória na realidade brasileira. É comum o adotante se dirigir ao Judiciário, visando adotar criança ou adolescente já determinado; assim, aquele que quer adotar bem como a criança ou o adolescente em vias de ser adotado não passam, necessariamente, pelo cadastro de adoção. Contudo, verifica-se que a legislação prevê hipóteses restritas para que os cadastros possam ser desrespeitados, nas quais dificilmente se enquadram os casos mais comuns. Logo, verifica-se que a realidade não encontra amparo na legislação, uma vez que esta se mostra omissa, o que pode levar à prática de adoção por vias ilegais.

A fim de verificar as controvérsias da adoção *intuitu personae*, o instituto da adoção será analisado desde suas origens, percorrendo uma breve linha temporal, para explicar como esse instituto se adaptou, em diversas culturas, às suas respectivas realidades sociais. Será comentada, ainda, a princiologia que rege o instituto da adoção brasileiro e sua evidente preocupação em torná-la mais humanizada. Realizar-se-á, também, a análise do procedimento aplicado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente bem como das mudanças decorrentes da Lei nº 12.010/2009, com o objetivo de demonstrar a realidade legislativa brasileira, na qual a adoção se insere. Destaque-se, por fim, de forma específica, a adoção *intuitu personae* e a sua evidente inserção na realidade brasileira, ainda que omissa a legislação sobre ela.

Por meio da análise do desenvolvimento histórico e da realidade brasileira do instituto, percebe-se que a adoção sempre se amoldou à sociedade que a cerca. Desse modo, verifica-se que o Direito, em especial o Direito Civil, continuamente se adaptou às necessidades humanas, de forma a regulá-las da maneira mais justa. Assim, tendo em vista que a adoção *intuitu personae* é prática que se verifica na realidade brasileira e pode, muitas vezes, atender claramente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, não há razões para coibi-la em função de um cadastro de adoção que constitui mera formalidade para organizar o procedimento. Dessa forma, o reconhecimento da modalidade nada mais é do que a conformação da lei à realidade prática.

Destarte, o presente trabalho se mostra relevante, ao demonstrar que o ordenamento jurídico não está conferindo efetividade aos direitos fundamentais, descumprindo, assim, um de seus importantes objetos. Por ser omissa a legislação no que tange à adoção *intuitu personae*, os julgados são extremamente atrelados ao procedimento, o que leva ao cumprimento da forma em detrimento de importantes princípios, como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da afetividade.

Por fim, ressalte-se que a metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A ADOÇÃO

1.1 CONCEITO

O instituto da adoção no Direito Civil brasileiro, quando conceituado, relaciona-se à ideia de filiação fictícia. Pontes de Miranda (1983, p. 177) conceituou o instituto em estudo como “ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”.

Por sua vez, anos mais tarde, sob influência de grandes mudanças no Direito Civil, Maria Helena Diniz (2005, p. 129) conceituou a adoção da seguinte forma:

Atto jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém mediante intervenção judicial, estabelece, independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa, maior ou menor, que, geralmente lhe é estranha. Dá origem, portanto, a

uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau em linha reta.

Importante ressaltar que, na primeira conceituação, formulada entre 1914 e 1954¹, Pontes de Miranda assevera que o vínculo criado pela adoção atinge tão somente a pessoa do adotante e a do adotado, o que, de fato, era expresso na legislação vigente à sua época². Já na segunda definição mencionada, formulada sob a égide do fenômeno da constitucionalização do direito civil, verifica-se que o vínculo estabelecido não se encontra mais estrito ao adotante e ao adotado, mas é expandido, a fim de criar uma família adotante, na qual o adotado será inserido.

Portanto, na realidade pós-Constituição de 1988, os conceitos de adoção buscam fundar-se em um caráter dúplici, a fim de “dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados” (VENOSA, 2008, p. 262).

Constata-se, desse modo, que a adoção sempre teve como escopo o atendimento de uma necessidade eminentemente humana, seja para perpetuar determinada família, com fundamento religioso ou não, seja para atender o interesse do indivíduo que não tem família ou, ainda que a tenha, esta não possua condições mínimas de mantê-lo em seu seio. Logo, a melhor definição, ainda que formulada no século XIX, é a de Fustel de Coulanges (2008, p. 59), que explica sinteticamente: “[a] dotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não pôde obter-se”. Como se vê, no passado, buscava-se amparo religioso para adotar; atualmente, busca-se amparo legal para tal ato.

1.2 HISTÓRICO

A família é algo natural³, entretanto, sofreu grande influência de fatores extrínsecos, razão pela qual não se vincula a conceito pétreo. Em virtude disso, verifica-se que, desde a sua origem mais remota até os dias atuais, passou por diversas mutações, sendo reformulada de acordo com a realidade momentânea em que fosse inserida.

Em meio às mudanças no conceito de família, surge o instituto da adoção. O referido instituto teve início no Oriente e possuía estreita relação com a religião antiga, visando, nesse primeiro momento, satisfazer as necessidades de perpetuação da alma humana no *post mortem*.

Segundo a investigação realizada pelo historiador francês Fustel de Coulanges (2008, p. 58), em *A Cidade Antiga*, a gênese do instituto da adoção está na necessidade de perpetuar o culto doméstico, sendo, assim, o último recurso para que a alma do antepassado recebesse o devido amparo fúnebre:

A necessidade de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. Essa religião que obrigava o homem a se casar, que facultava o divórcio em casos de esterilidade, substituindo o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura, oferece, como último recurso à família, um meio de escapar à desgraça tão temida de sua extinção; esse recurso consistia no direito de adotar um filho.

Portanto, nesse momento histórico, o instituto tem, tão somente, a finalidade de prevenir o desamparo da alma do antepassado da desafortunada família que, por motivos naturais, não teve descendentes.

A partir do momento em que a adoção era realizada e o filho adotivo era inserido na religião doméstica do pai adotante, os laços existentes com a família biológica estavam extintos. Tal efeito é chamado por Fustel (2008, p. 60), na obra mencionada acima, de emancipação do adotado:

A adoção correspondia, como contraparte, a emancipação. Para que um filho pudesse entrar em outra família, deveria necessariamente estar apto a se desligar da antiga, isto é, deveria ter se libertado previamente de sua religião originária.

A Bíblia, bem como importantes codificações antigas que influenciaram legislações modernas, tais como as Leis de Manu e o Código de Hamurabi, mencionam a adoção e reforçam sua finalidade religiosa.

Depois de grande lapso temporal, já no Direito Romano, apesar da permanência do fundamento religioso, o instituto passa a seguir novos rumos. São, assim, inseridas novas finalidades para o ato da adoção, tais como fins políticos e civis, conforme ensina Artur Marques da Silva (2009, p. 24):

Não teria desaparecido a inspiração religiosa, mas desempenhou papel importante no âmbito da família, visando corrigir as divergências de parentesco civil (*agnatio*) e de sangue (*cognatio*), além da finalidade política. Menciona-se como forma de obtenção de cidadania. [...] Consta que a adoção tinha uma finalidade de cunho econômico, ou seja, servia para deslocar mão-de-obra de uma família para outra que dela necessitasse.

O Direito Romano, que serviu de base para a construção dos direitos ocidentais, proporcionou dois tipos de adoção, quais sejam: *adoptio* e *adrogatio*. A *adoptio*, que consistia em adoção *sui iuris*, ou seja, da pessoa livre, capaz de determinar-se sem depender de outrem, traduzia-se pelo abandono público do culto doméstico a que ela pertencia, ao qual renunciava para passar a fazer parte do culto doméstico do adotante; enquanto a *adrogatio* fazia parte do Direito Público e era formalizada, conforme ensinamento de Orlando Gomes (1981, p. 383), somente após solenidades que consistiam na “aprovação da assembleia curial, após o interrogatório dos interessados”.

Versa sobre isso CRETELLA JÚNIOR (2005, p. 90):

Grande importância tem a adoção, entre os romanos, servindo, entre outras coisas, para dar herdeiro a quem não os tem, por motivos de família (continuação dos *sacra privata*) ou políticos (assegurara sucessor ao príncipe, como no caso de Justiniano, adotado por Justino); para transformar plebeus em patrícios; para atribuir o “*jus civitatis*” a um latino.

Mais adiante, no período da Idade Média, devido ao Direito Canônico, o conceito de família sofreu grandes mudanças, o que alterou também o instituto da adoção. Desse modo, a religião fundada no culto familiar dá lugar ao culto cristão, que confere mais valor aos laços sanguíneos e ao sagrado matrimônio. Dessa forma, a adoção quase desaparece na Idade Média (WALD, 2000, p. 199):

O direito canônico desconheceu a adoção, em relação à qual a Igreja manifestava importantes reservas. Nela viam os sacerdotes um meio de suprir ao casamento e à constituição da família legítima e uma possibilidade de fraudar as normas que proibiam o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos.

O ressurgimento da adoção se dá na Idade Moderna, com o Código Napoleônico, ingressando nas legislações modernas, o que perdura até os dias atuais. Nesse período, houve ruptura em sua finalidade meramente patrimonial e foram inseridos os fins morais e solidários.

A princípio, embora retomada no Direito, Arnoldo Wald (2000, p. 199) afirma que a adoção foi de rara aplicação, tendo em vista a burocracia que a regulamentava. Entretanto, posteriormente, outras leis facilitaram o seu trâmite e permitiram maior desenvolvimento do instituto.

No Brasil, o instituto em análise desenvolveu-se de forma bastante parecida com o descrito acima. Entretanto, vale ressaltar que o marco da autonomia legislativa civil brasileira, qual seja, o Código Civil de 1916, trouxe relevantes modificações para a adoção pátria. Deixando de aplicar normas importadas de Portugal, o Brasil passa a aplicar um direito voltado para a realidade do próprio País.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 265), “[a] adoção do Código Civil de 1916 realçava a natureza negocial do instituto”. Nesse sentido, o artigo 375 da referida legislação trazia os seguintes dizeres: “[a] adoção far-se-á por **escritura pública**, em que se não admite condição, em termo”⁴ [Grifo nosso].

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, bem como com a repersonalização do Direito Civil, tendo como escopo o Código Civil de 2002, o instituto da adoção foi forçado a deixar seu caráter contratual e, sob influência de notáveis princípios constitucionais, a atender às necessidades humanas propriamente ditas, estando, assim, intimamente ligado ao acolhimento do princípio da dignidade humana.

Buscando sempre apontar para um Direito Civil baseado no princípio da eticidade, ou seja, para um direito que valorizasse o ser humano, o legislador ocupou-se em regulamentar, da forma mais específica possível, a adoção de crianças e adolescentes, trazendo, nesse momento, a adoção estatutária sob a égide da Lei nº 9.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o traçado dessa linha evolutiva, chegamos aos dias atuais, nos quais o instituto estudado encontra amparo na Constituição da República vigente, no Código Civil, no que tange à adoção dos maiores de 18 anos, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando versa sobre a adoção destes, sendo a última o foco do presente trabalho.

1.3 PRINCIPIOLOGIA APLICADA

O Direito Brasileiro trabalha com a aplicação de princípios no ordenamento jurídico, buscando, assim, chegar o mais perto possível da justiça no caso concreto. Dessa forma, a principiologia jurídica ajuda o operador do Direito a interpretar os mais diversos institutos presentes na realidade em que este se encontra. Por consequência, ensina Miguel Reale (2003, p. 317) que os princípios são as “bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico”.

Em se tratando da adoção, inúmeros são os princípios aplicáveis, entretanto, três deles sobressaem na busca pelo entendimento dos rumos que o instituto mencionado está tomando na atualidade.

Como base de todo o fenômeno da constitucionalização do direito civil, tem-se o princípio da dignidade humana, considerado sobremaneira no Brasil pós-Constituição Federal de 1988. Importante ressaltar que o referido princípio é intrínseco ao ser humano, não lhe sendo conferido apenas porque a Lei Maior assim determina, mas por considerar o ser como pessoa humana que se reconhece no próximo.

Tendo como base o referido princípio, o Direito Civil deixou de lado seu caráter eminentemente patrimonial, tomando novos rumos fundados na solidariedade humana. Como reflexo do mencionado acima, o instituto da adoção passou, cada vez mais, a buscar amparo nos Direitos Humanos, de forma que os interesses do adotado e do adotante tivessem supremacia sobre a mera rigidez do sistema. Verifica-se, nesse momento, uma quebra da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, para que o alcance da existência digna estivesse cada vez mais próximo.

Importante mencionar, também, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, criado com vistas a proteger os sujeitos de direito hipossuficientes na relação, o qual encontra amparo constitucional bem como estatutário. Desse modo, expressos são os dizeres contidos na Carta Maior, em seu art. 227, *in verbis*:

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

Dessa forma, de acordo com Maria Berenice Dias (2013), entende-se que o melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de que ele tenha direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, deve ser a finalidade buscada na prática do instituto da adoção. Como expresso na norma constitucional citada acima, dentre outros direitos, a criança e o adolescente merecem estar em convivência familiar, sendo essa família a biológica ou a substituta.

Por fim, o princípio da afetividade propicia a evolução da entidade familiar. Em tempos atuais, o afeto se mostra como o vínculo que une as pessoas no âmbito familiar; sendo assim, o Direito de Família precisou se moldar para atender tais necessidades emocionais tão evidenciadas e inerentes à característica humana. Por isso, há a menção constitucional, no art. 227, § 6º, da igualdade entre os filhos havidos ou não no casamento e por adoção. Portanto, independentemente da origem do vínculo de filiação, a família será pautada pelo vínculo emocional que a constituiu.

Conforme explana Sérgio Resende de Barros, citado por Maria Berenice Dias (2013, p. 73), a afetividade “é um viés externo que põe mais humanidade em cada família, compondo o que se chama de família universal, cujo lar é a aldeia global, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família”.

Destarte, verifica-se que essa “humanidade” emanada do afeto, que é constituída, a princípio, no seio familiar, é o que liga o ser humano a todos os outros homens ao redor do mundo.

2 A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 O ADOTANTE E O ADOTADO

O ato de adotar é limitado à pessoa do adotante, tendo em vista seu caráter personalíssimo. Dessa forma, não há que se falar em adoção por procuração, conforme expressamente vedado pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 37, § 2º. A referida vedação justifica-se pela irrevogabilidade da decisão que determina a filiação, haja vista que a existência de um terceiro como intermediário dificultaria o processo de adaptação entre o adotado e a família adotante.

Considerada a adoção como ato personalíssimo, alguns requisitos são elencados no que tange à pessoa do adotante, sendo necessário que este possua condições morais e materiais de ser o verdadeiro pai da criança ou do adolescente, de acordo com o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2010).

Como qualquer ato jurídico, a adoção carece de capacidade para sua realização, devendo o adotante ser necessariamente maior de dezoito anos. E não é só. Por ser ato jurídico, a adoção exige capacidade, de forma que aqueles maiores de dezoito anos, mas que apresentem incapacidades absolutas ou relativas, são impedidos de adotar, a fim de que a criança ou o adolescente esteja inserido em um contexto familiar que garanta seu desenvolvimento pleno.

Além da idade mínima, é necessário que o adotante seja, ao menos, dezesseis anos mais velho que o adotado. Isso se impõe, de acordo com o entendimento de Artur Marques da Silva Filho (2009), com o intuito de manter, na adoção, uma diferença mínima de idade da mesma forma que ocorre na paternidade biológica.

Importante lembrar que algumas proibições foram estabelecidas; logo, ficam impedidos de assumir o adotado como filho os ascendentes e os irmãos do adotante, bem como os tutores e os curadores daquele (arts. 42, § 1º, e 44, *caput*, do ECA, respectivamente). No que tange à primeira proibição, verifica-se que o legislador se preocupou com a confusão nos laços familiares. Conforme entende Carlos Roberto Gonçalves (2010), no que concerne à segunda proibição mencionada, o legislador visa proteger os interesses do adotado, a fim de impedir que a adoção seja utilizada como meio de o tutor ou curador eximir-se do dever de prestar contas e de responder por débitos em sua gestão.

Com relação à pessoa do adotado, não existe requisito mínimo de idade, o que deixa em aberto a questão do nascituro. Quanto à idade máxima do adotado, o regime atual estabelece as mesmas características tanto para crianças e adolescentes quanto para maiores de dezoito anos. Sendo assim, não há que se falar em idade máxima para que a pessoa seja adotada.

Por fim, vale ressaltar que há situações em que o início do processo de adoção se dá antes da desconstituição do poder familiar dos pais biológicos, caso em que é necessário o consentimento destes, não obstante o caráter personalíssimo e irrenunciável do poder familiar. É possível que a destituição do poder familiar apareça de maneira incidental no próprio processo de adoção. Ainda quanto ao consentimento, este será exigido do adotando maior de 12 anos, ou seja, do adolescente, na sistemática estatutária. Quando possível, as crianças também poderão ser ouvidas.

Para Artur Marques da Silva Filho (2009, p. 197):

O não consentimento do adotando, por si só, não seria óbice ao deferimento da medida. É evidente que o juiz, nesta hipótese, deve se aprofundar no exame de todo o conjunto dos vários elementos existentes nos autos para sopesar as verdadeiras causas, podendo, no entanto, firmar livremente a sua convicção. Vencidas as etapas do procedimento adotivo, no plano da estrita legalidade, remanesce certa margem de discricionariedade ao juiz para apurar das “reais vantagens” da adoção, considerando sempre a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências da medida.

2.2 PROCEDIMENTO PARA A ADOÇÃO

A adoção somente se dará por meio de intervenção judicial. A própria Lei de Adoção, em seu art. 152, parágrafo único, confere tramitação prioritária a esse instituto sob pena de responsabilização. A sentença será averbada no registro civil, vedada qualquer referência à origem do ato.

Em um primeiro momento, será feita a habilitação à adoção, que seguirá o procedimento definido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 197-A a 197-E, o qual foi incluído pela Lei 12.010, de 2009. Ensina Maria Berenice Dias (2013) que esse procedimento é de jurisdição voluntária e, mesmo que os candidatos sejam casados ou vivam em união estável, poderá ser levado a efeito de forma singular, mas, ainda em tal hipótese, o cônjuge ou o parceiro deverá manifestar sua concordância.

Tendo em vista o caráter judicial da habilitação, esta terá início com petição inicial, a qual deverá ser composta pelos documentos descritos no artigo 197-A da Lei 8.069/90. Vale ressaltar que é competente para analisar e julgar a habilitação a Vara da Infância e da Juventude.

Posteriormente, serão abertas vistas ao Ministério Público, conforme disposto nos incisos do art. 197-B do ECA.

Durante a inscrição para habilitar-se, os candidatos deverão passar por período de preparação psicossocial, ser acompanhados por equipe multiprofissional e comparecer obrigatoriamente nos programas de preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiência e de grupos de irmãos.

Conforme preceitua o art. 197-E, *caput*, da Lei 8.069, de 1990, tão logo deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros mencionados no art. 50 da referida Lei, e a sua convocação para adotar será feita de acordo com a ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou de adolescentes adotáveis.

Superada a fase de habilitação, sendo o postulante convocado para a adoção, passa-se à efetiva propositura da ação de adoção. Esta se dá por meio de procedimento judicial específico e somente por meio deste será constituído o vínculo de filiação.

A competência territorial atenderá sempre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; desse modo, será, na maioria das vezes, o juízo onde se encontra o adotando.

Outro mecanismo inserido no processo para proteger o adotando é a exigência de estágio de convivência, cuja delimitação temporal fica a cargo do juiz, ao analisar o caso concreto. Torna-se dispensável o estágio nos casos em que o adotando já estiver em companhia do adotante, sendo possível, destarte, avaliar a convivência. Cumpre ressaltar que esse intervalo não serve para que o adotante decida se quer mesmo adotar, pois, nessa etapa, a vontade de adotar já deve ser certa.

A Lei 12.010/09, dentre outras modificações, introduziu a determinação de que se faça o acompanhamento do estágio de convivência. Tal acompanhamento é realizado por uma equipe multiprofissional, também chamada de multidisciplinar, a serviço da Justiça da Infância e da Juventude. Essas medidas foram instituídas para que as crianças e os adolescentes fossem, efetivamente, tratados de forma condizente com o direito constitucional à dignidade.

Nos casos em que, porventura, os candidatos à adoção se separem após o início da ação, entende-se que ambos devem prosseguir com a adoção. Todavia, caso haja a desistência de um deles, a ação continuará somente em relação àquele que desejar permanecer na demanda, de acordo com Maria Berenice Dias (2013).

Os efeitos da adoção ocorrem a partir do trânsito em julgado da sentença. Só serão admitidos efeitos retroativos, ou *ex tunc*, quando se tratar de adoção *post mortem*, também chamada nuncupativa, caso em que os efeitos retroagirão até a data do óbito da pessoa que demonstrou inequívoca vontade de adotar, mas faleceu no curso do processo.

A sentença que conceder a adoção terá efeito imediato e, em regra, eventual recurso interposto não terá efeito suspensivo, salvo nos casos de adoção internacional ou de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando. Os recursos em tais procedimentos terão prioridade absoluta no julgamento, conforme preceito estatutário expresso.

Transitada em julgado a decisão que conferir a relação de filiação entre adotante e adotado, este passa a ser filho daquele, efetuando-se o princípio constitucional da igualdade dos filhos.

2.3 EFEITOS DA ADOÇÃO

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010), entende-se que os efeitos trazidos pela adoção podem ser divididos em duas ordens: pessoal e patrimonial. O primeiro diz respeito ao parentesco, ao poder de família e ao nome, enquanto o segundo se relaciona a direitos alimentícios e de sucessão.

Na ordem pessoal, no que concerne ao parentesco, a adoção cria o vínculo denominado civil; todavia, com base no princípio da igualdade entre os filhos, será equiparado ao vínculo consanguíneo. Nesse sentido é a disposição estatutária do art. 41, *in verbis*: “[a] adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Dessa forma, a inserção familiar será plena.

Quanto à equiparação à consanguinidade, o art. 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “[a] adoção é medida excepcional e **irretratável**” [Grifo nosso]. Sendo assim, seguindo a filiação biológica, a adoção é irrevogável.

Portanto, a sentença será inscrita no registro civil mediante mandado. Novo registro será lavrado, no qual constarão os nomes dos adotantes como pais e de seus ascendentes como avós, e será cancelado o registro original.

Entretanto, ao adotado não se nega o conhecimento de sua origem biológica. O que se busca é respeitar o direito que a Constituição confere à identidade. O procedimento se dará por meio de ação judicial que seguirá o mesmo rito da investigação de paternidade, diferente apenas pelo fato de que já há estado de filiação estabelecido no registro. Vale notar que, por ser ação de estado, é imprescritível.

Outrossim, fica o filho adotivo sujeito também ao poder familiar, com todos os deveres e direitos a ele inerentes. Dessa forma, ocorre o total desligamento do adotado de sua família biológica, e ele fica inserido plenamente na família adotante.

Com relação ao nome, dispõe o art. 47, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “[a] sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome”. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2010), nota-se, então, que o sobrenome dos pais adotantes é direito do adotado e tem a intenção de fazê-lo parte da família daquele, sem distinção de seus demais membros, que possuem o sobrenome em comum.

No que tange à mudança de prenome, o estatuto determina a oitiva do adotando, observado sempre o estágio de desenvolvimento deste bem como as implicações da medida.

Por outro lado, na ordem patrimonial, verifica-se que a adoção gera, reciprocamente, dever de alimentos entre adotante e adotando. A prestação alimentícia decorre exclusivamente do vínculo de parentesco estabelecido pela adoção.

Outrossim, o filho adotivo concorrerá igualmente com os consanguíneos no que tange ao direito sucessório, tendo em vista o já mencionado art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe acerca da igualdade entre os filhos. Concorrerá, portanto, de igual forma com eventuais irmãos nascidos biologicamente dos pais ou também adotados, nos termos do artigo 41, § 2º, da Lei 8.069/90.

Por outro lado, se os filhos por adoção são inseridos na família adotante de forma equiparada aos filhos consanguíneos e se são desligados de sua família biológica, não há que se falar na sucessão por morte dos parentes biológicos, tendo em vista que os laços de parentesco que os ligavam são afastados.

Por fim, em virtude da plena inserção do adotando na família adotante, este poderá ser deserdado nas hipóteses legais bem como excluído da sucessão por indignidade. Cabem, ainda, as hipóteses de deserdação do ascendente pelo descendente nos casos previstos em lei.

Assim, é notória a busca por atender totalmente o princípio da igualdade entre os filhos tanto na concessão de direitos quanto no cumprimento de deveres, como se biológico fosse.

3 A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

3.1 CONCEITO

Conforme explanado, a adoção consiste em tornar membro da família um indivíduo estranho, o qual estabelecerá com ela uma relação de filiação. Por sua vez, o termo *intuitu personae* apresenta a ideia de algo realizado em consideração à pessoa⁵. Desse modo, com base nas definições mencionadas, constata-se que a adoção *intuitu personae* é a modalidade de adoção que se dá quando o adotante busca adotar pessoa certa.

Pode-se entender a referida modalidade de adoção como aquela em que os pais biológicos, ou representante legal, da criança ou do adolescente indicam, de forma expressa, quem será o adotante. Haverá, então, um consenso entre família biológica e família adotante, não passando a criança ou o adolescente pelas burocracias estabelecidas pela lei, mas indo diretamente para o seio da família substituta.

Acerca do mencionado, explica e exemplifica Maria Berenice Dias (2013, p. 510):

Chama-se de adoção *intuitu personae* ou de adoção dirigida quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém em adotar uma criança certa. As circunstâncias são variadas. Há quem busque adotar o recém-nascido que encontrou no lixo. Também há esse desejo quando surge um vínculo afetivo entre quem trabalha ou desenvolve serviço voluntário com uma criança abrigada em instituição. Em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretense adotante.

Também conceitua, no mesmo sentido, Suely Mitie Kusano⁶. Tal prática é bastante comum na realidade brasileira, ocorrendo, na maioria das vezes, quando famílias biológicas não possuem condições econômicas, físicas ou emocionais de criar o filho. Assim, com base nas dificuldades que poderiam enfrentar, entregam o filho a determinada família conhecida e de confiança, que tenha melhores condições de garantir àquele um desenvolvimento digno.

É importante salientar que a entrega de criança ou de adolescente para ser criado por outra família não constitui conduta criminosa, tendo em vista que, desde que entregue a pessoa idônea, não se enquadra nos delitos contra a assistência familiar previstos no Código Penal.

Não se pode confundir, no entanto, a adoção *intuitu personae* com a chamada adoção “à brasileira”, que consiste no fato de registrar filho alheio como se seu fosse. A referida prática constitui crime previsto pelo Código Penal⁷. Entretanto, até mesmo na modalidade criminosa descrita, tendo em vista o caráter afetivo e emocional, há hipótese de aplicação de pena inferior, se reconhecida a nobreza no ato.

3.2 POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* NA LEGISLAÇÃO ATUAL

A Lei de Adoção vigente, Lei nº 12.010/2009, que trouxe diversas modificações ao procedimento da adoção, instituiu o cadastro de adoção, listagem de crianças aptas à adoção bem como de pais aptos a adotar, visando conferir mais organização ao procedimento.

Entretanto, em razão da existência do referido cadastro, a adoção *intuitu personae* pode ser até mesmo reconhecida como uma fraude ao procedimento legal estabelecido. Embora a regra estatutária estabeleça algumas exceções nas quais a ordem estabelecida pelo cadastro de adoção não será obedecida, verifica-se que as hipóteses em que mais ocorre a adoção *intuitu personae* não são previstas legalmente. Porém, é importante lembrar que não se trata de ato ilegal, posto que não há vedação constitucional ou infraconstitucional para isso.

O próprio artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe acerca da existência do cadastro de adoção, estabelece as hipóteses de exceção em seu § 13:

Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Então, somente nas hipóteses elencadas no referido parágrafo, será possível adotar sem passar pelo cadastro. Verifica-se, assim, que o legislador teve o interesse de coibir certas atitudes obscuras que rondam o referido instituto, como, por exemplo, a entrega de crianças e adolescentes a pessoa despreparada, pois, para integrar o cadastro de adoção, o adotante passa por período de preparação psicossocial; ou até mesmo a venda do filho pelos pais biológicos, circunstância de difícil constatação pelo Poder Judiciário.

Portanto, constata-se que não há expressa vedação para a adoção *intuitu personae*, da mesma forma que não há previsão legal para esta, o que gera imenso debate acerca da sua possibilidade. Por causa da referida lacuna, as decisões judiciais são as mais diversas.

Embora haja omissão no que tange à referida modalidade de adoção, verifica-se que, na legislação pátria, mais especificamente no Código Civil (arts. 1.728 e 1.729), há previsão para o instituto da tutela, no qual compete aos pais nomear tutor para os filhos. Desse modo, sem interferência do Poder

Judiciário, os pais, de forma direta, por meio de testamento ou de outro documento autêntico, nomeiam tutores para seus filhos. A legitimação da tutela se dá com base na premissa de que os pais sabem discernir o melhor para seus filhos, premissa que poderia também legitimar a adoção *intuitu personae*.

Nesse sentido, a doutrina a favor da adoção dirigida defende:

Basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor ao filho (CC 1.729). E se há possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha de a quem dar em adoção. Aliás, não se pode olvidar que o encaminhamento de crianças à adoção requer o consentimento dos genitores (ECA 166) (DIAS, 2013, p. 510).

Assim, por analogia ao disposto em lei acerca da tutela, a adoção *intuitu personae* também merece ser reconhecida, pois, se a manifestação de vontade dos pais biológicos é levada em consideração em caso de sua morte ou ausência, também deverá ser considerada em vida para discernir o melhor futuro para seu filho.

3.3 ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Diversas são as críticas relacionadas à adoção *intuitu personae*, entretanto, verifica-se que o que há, na verdade, é um extremo apego à norma escrita, deixando de lado o melhor interesse da criança e do adolescente bem como o afeto existente.

Assim, a primeira barreira imposta pela Lei de Adoção é o cadastro nacional, que é tratado, conforme Maria Berenice Dias (2013, p. 510) ensina, de forma sacralizada, não permitindo a adoção por pessoas não inscritas e deixando de atender situação em que sua exceção é necessária:

Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferência e não admitir, em hipótese nenhuma, a adoção por pessoas não inscritas. É tal a intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem. Muitas vezes o candidato não se submeteu ao procedimento de inscrição porque jamais havia pensado em adotar.

Por óbvio, o cadastro não foi instituído para atravancar o procedimento da adoção; contudo, devido ao seu uso obrigatório, tem atuado como barreira na formação de famílias constituídas pelo vínculo da adoção. Por isso, Maria Berenice (2013) defende que o cadastro encontre sua serventia em agilizar e facilitar a concessão da adoção, mas não mereça caráter primordial, e sim secundário.

Verifica-se, então, que o mais importante é a busca do melhor interesse da criança e do adolescente e não somente o atendimento de meras regras técnicas. Posto isso, importante ressaltar que, há muito, a adoção deixou de se voltar à pessoa do adotante e busca atender o interesse da criança e do adolescente, a fim de lhes proporcionar, conforme já mencionado, desenvolvimento digno.

Outrossim, vale lembrar que, mesmo que a ordem das listas estabelecidas pela lei não seja seguida, o estudo psicossocial voltado para os adotantes pode e deve continuar existindo, de forma que a hipótese de entrega do adotando a pessoa despreparada seja evitada. Nesse sentido, ensinada Suely Mitie:

Porém, os laudos técnicos são prescindíveis, ou seja: obrigatório é o estudo, a avaliação psicossocial, não sendo obrigatória a formalização documental com a estrutura de laudo,

se o procedimento reúne elementos suficientes para o julgamento. Por outro lado, pode ocorrer a intervenção social ou psicológica, ou as duas em conjunto, dependendo da necessidade revelada pela situação em concreto⁸.

Outro ponto controvertido que vem à baila quando se trata da adoção *intuitu personae* nos dias de hoje é a validade da escolha feita pelos pais biológicos. O ato de adoção pressupõe a anterior perda do poder familiar pelos pais biológicos; sendo assim, estes não poderiam encaminhar o filho a nova família, uma vez que não há mais poder para isso. Contudo, vale ressaltar que essa pressuposição é relativa, tendo em vista que nem sempre o poder familiar é destituído antes da manifestação de vontade dos pais biológicos.

Destarte, no momento em que os genitores entregam a criança à família que deseja tê-la como filha, há o poder familiar, posto que este ainda não foi destituído. Corroborando isso, está a analogia já feita com o instituto da tutela, tendo em vista que, no referido instituto, os pais, por vontade própria, determinam com quem ficarão seus filhos no caso, por exemplo, de sua morte.

Assim, desde que a manifestação dos genitores atenda o melhor interesse da criança e do adolescente, ela deverá ser levada em consideração e, até mesmo, ser priorizada na decisão que colocará seu filho em família distinta. Nesse sentido, busca-se uma análise que seja feita de forma técnica e não imbuída de moralismos e de preconceitos com a atitude tomada pelos genitores, fazendo com que a decisão deles tenha validade, a fim de destinarem os filhos ao que considerarem melhor.

Destaca-se, ainda, que a lei não prevê expressamente a possibilidade da adoção *intuitu personae*. Assim, o § 13 do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem a intenção apenas de limitar as hipóteses nas quais o cadastro pode ser desobedecido. Entretanto, o Direito deve andar em conjunto com a realidade social, e esta tem contado com inúmeros casos em que a família biológica entrega seus filhos a outros pelos mais diversos motivos. Logo, verifica-se que a restrição feita não tem coibido a prática.

Levando a aplicação da norma ao extremo, segundo Galdino Augusto Correa Bordallo (2011), constata-se que haverá demasiado controle da vida privada, bem como prevalecerá a ideia de que todas as pessoas que visam à prática da adoção em análise estão agindo de má-fé, violando assim a liberdade individual dos pais biológicos e, ainda, o poder familiar que eles ainda detêm.

Defende Maria Berenice Dias (2013) que nada deve impedir a mãe de escolher a quem entregar seu filho, entretanto, na realidade prática, vê-se que, caso a genitora assim o faça, de imediato, o Ministério Público ingressa com pedido de busca e apreensão, e o magistrado sequer verifica se a situação fática em que a criança ou o adolescente se encontra atende ao seu melhor interesse.

Em que pesem todas as referências teóricas aludidas, no caso concreto, o que deve permanecer é o melhor interesse da criança e do adolescente, o que comprova a importância da atuação de equipe multidisciplinar na adoção *intuitu personae*. Em vez de coibir ou de restringir a prática, o ideal é que o Poder Judiciário, com a equipe multidisciplinar, atue junto à família biológica, à família

substituta e ao menor de dezoito anos, de forma que os laços existentes e aqueles que virão a ser construídos não sejam compostos de traumas.

Dessa forma, na relação em que o afeto é algo essencial, a lei não pode agir com tamanha rigidez a ponto de desconsiderá-lo e de tirar uma criança ou um adolescente de uma família substituta que teria perfeitas condições de criá-los, forçando-os a passar por abrigos e a esperar a sua vez em listas de adoção, situação que pode levar anos. Em decorrência desse lapso, muitas das vezes, crianças que são levadas aos abrigos crescem e deixam de ser alvos da adoção, posto que a maioria dos casais buscam crianças da mais tenra idade.

Não se pode olvidar que as situações em que se acolhe uma criança e se estabelece um laço afetivo geram, de fato, um estado de filiação. Como assevera Renato Maia (2008, p. 179): “[a] posse do estado [de filho] se projeta para conferir sensibilidade jurídica a determinados fatos sociais, captando elementos e valorizando situações que se colocam na busca da verdadeira família”. Negar o pedido de adoção, nesses casos, é distanciar o Direito da realidade que ele pretende regular, é negar abrigo jurídico para uma situação já consolidada no mundo real.

Acerca da relatividade do cadastro de adoção em virtude do melhor interesse da criança e do adolescente, já foi tratada pelo STJ questão que tem aberto precedentes para a possibilidade da adoção *intuitu personae*. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA - PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente.º

Verifica-se, então, que, embora não haja expressa previsão legal, a adoção *intuitu personae* é concedida em alguns casos concretos, para que, dessa forma, o direito de família caminhe em consonância com a realidade fática. Maior consenso nesse tratamento, no entanto, poderia conferir mais estabilidade às relações e mais segurança àqueles que têm a oportunidade de adotar uma criança específica.

É claro que se devem coibir as práticas que distorçam a finalidade maior da adoção, como a escolha do “melhor” adotando ou, mesmo, o comércio de crianças. Ressalte-se, todavia, que o apego exacerbado à letra da lei e a seu formalismo, ou à lista, pode levar a outra distorção: aproveitando a expressão de Orlando Gomes (1953), à revolta dos fatos contra os códigos.

Ora, todo instituto jurídico possui determinada função. Deve-se salientar, no entanto, que, com a constitucionalização do Direito Civil, todos os seus institutos – a família inclusive (LIMA,

2013, passim) – alinham-se aos objetivos constitucionais de conferir efetividade aos direitos fundamentais e, entre eles, o da convivência familiar da criança e do adolescente.

Consolidados esses elementos e argumentos, está pronta a base para o raciocínio conclusivo.

CONCLUSÃO

Não há resposta rápida e unânime acerca da possibilidade da adoção *intuitu personae*, nem há como permiti-la indiscriminadamente. A jurisprudência e a doutrina se mostram divergentes no que tange ao assunto. Entretanto, inegável é que um dos princípios de maior importância na regência do direito de família e, mais especificamente, no instituto de adoção, é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Com base no referido princípio, não há como negar a possibilidade da adoção *intuitu personae*, bem como que esta carece de justa caracterização legal. Entretanto, é necessário ressaltar que a possibilidade de descumprimento do cadastro de adoção não deve abrir precedentes para o não cumprimento de outros requisitos, nem mesmo propor caminhos para uma eventual desjudicialização da adoção.

O cadastro é necessário e deve ser usado como meio norteador e de organização do processo da adoção; contudo, não pode atuar como meio absoluto para a adoção. Sua flexibilidade em casos concretos e analisados de forma séria é medida que se impõe, quando se busca atender, de forma mais completa possível, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Além disso, o pleno reconhecimento da adoção *intuitu personae* é algo natural, tendo em vista que é a admissão pelo Direito de uma prática existente na realidade e que precisa de regulamentação que abranja suas necessidades reais. Nessa senda, destaca-se a importância de avaliações e acompanhamentos psicossociais, que não devem ser abandonados nessa modalidade de adoção, visto que o ato de reconhecer estranho como filho necessita de ponderação e de esclarecimentos que, muitas vezes, somente uma equipe de atuação multidisciplinar poderá proporcionar.

Por fim, o presente trabalho buscou demonstrar que, na adoção, é de extrema necessidade a análise do caso concreto, haja vista que somente assim será possível reconhecer qual o melhor caminho para ser tomado, visando atingir o melhor para a criança e para o adolescente.

Aprovado: 27/11/2016. Recebido: 4/9/2016.

NOTAS

¹ Período em que foi escrito o Tratado de Direito Privado.

² Art. 376, *caput*, do Código Civil de 1916.

- ³ “Na História, a família apresenta-se primeiro como uma relação espontânea e natural que, depois, vai se diferenciando até chegar à moderna monogamia e, em virtude desse processo de diferenciação, cria uma área distinta, que é a das relações privadas”. HORKHAIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Temas básicos da sociologia**. São Paulo: Cultrix, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 133.
- ⁴ Art. 375, *caput*, do Código Civil de 1916.
- ⁵ ABLJ – ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 470.
- ⁶ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção Intuitu Personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009295.pdf>> Acesso em: 22 de fev. 2015.
- ⁷ “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil” – Art. 242 do Código Penal.
- ⁸ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção Intuitu Personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009295.pdf>> Acesso em: 22 de fev. 2015.
- ⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito de Família. Recurso Especial. Adoção *Intuitu Personae*. RESP nº 1347228/SC. T3 – Terceira Turma. Rel. Ministro Sidnei Beneti. J: 06/11/2012.

REFERÊNCIAS

- ABLJ – ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da Família: Dos Fundamentais aos Operacionais. In: DIAS, Maria Berenice. **Manual das Famílias**. 9. ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988.
- BRASIL, Lei nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. BRASIL, Lei nº 9.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito de Família. Recurso Especial. Adoção *Intuitu Personae*. RESP nº 1347228/SC. T3 – Terceira Turma. Rel. Ministro Sidnei Beneti. J: 06/11/2012.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 2. ed. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2008.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das Famílias**. 9. ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**: Volume 1, A – C. 2. ed. Rev. Atual. e Aum. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: UFMG, v. 5. 1953.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HORKHAIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Temas básicos da sociologia**. São Paulo: Cultrix, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.
- KUSANO, Suely Mitie. **Adoção Intuitu Personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009295.pdf>> Acesso em: 22 fev. 2015.
- LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família**. Curitiba: Juruá, 2013.
- MAIA, Renato. **Filiação paternal e seus efeitos**. São Paulo: SRS Editora, 2008.
- LIMA, Ricardo Alves de. Adoção e direitos fundamentais: a adoção como efetivação da convivência familiar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: UFMG, n. 58, jan/jun. 2011.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. Tomo IX. Direito de Família: Direito Parental: Direito Protectivo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: Regime Jurídico, Requisitos, Efeitos, Inexistência, Anulação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Ricardo Alves de Lima

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.
Professor adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas.
Professor assistente da PUC Minas.
Advogado. Membro do IBDFAM.*

*Rua do Rosário, n 18, sala 01, Centro
Pouso Alegre/MG
CEP 37550-000
ricardolimalves@hotmail.com*

Adrielli Marques Braidotti

*Graduada em Direito pela FDSM.
Advogada.*

*Avenida Moisés Lopes, nº 631, Bairro Árvore Grande
Pouso Alegre/MG
CEP 37550-000
ambraidotti@gmail.com*

UMA PROPOSTA PARA O SISTEMA POLICIAL

Júlio Lopes Hott

A PROPOSAL FOR THE POLICE SYSTEM

RESUMO

O objetivo deste artigo é demonstrar que o atual sistema policial de segurança pública não tem alcançado os resultados almejados no combate à criminalidade e, muitas vezes, tem funcionado como elemento indutor de violência. A metodologia usada foi a revisão da literatura jurídica e policial acerca da cultura, do *habitus* e do campo policial bem como das formas de controle da atividade (*accountability*). Utilizou-se também a pesquisa empírica na base de dados da polícia e do Ministério Público, corroborados por dados estatísticos constantes de pesquisas científicas das universidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. O estudo foi elaborado em conformidade com o referencial de criminologia crítica e com os conceitos de campo e de paradigma. Concluiu-se pela necessidade de substituição do atual sistema policial concentrado na União e nos Estados e ofereceu-se como hipótese um modelo municipalizado.

» **PALAVRAS-CHAVE:** POLÍTICA CRIMINAL. SEGURANÇA PÚBLICA. ABUSO. POLÍCIA. PODER DE POLÍCIA.

ABSTRACT

The objective of this research is to see how that the current public security police system has not achieved the desired results in combating crime and has often worked with inducing the violence. The methodology used was a review of the low literature about the culture, habitus and police field, as well as the ways to control the activity (accountability). Also used to empirical research on police and District Attorney and brought into play statistical data contained in scientific research of University of São Paulo and Rio de Janeiro. The study was constructed within a theoretical framework of critical criminology and field concepts and paradigm. It was concluded by the need to replace the current police system concentrated in the Union and the States and offered as a hypothesis a municipal model.

» **KEYWORDS:** CRIMINAL POLICY. PUBLIC SECURITY. ABUSE. POLICE. POLICE POWER.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar o serviço de segurança pública realizado pelas polícias civis e militares e entender as possíveis razões pelas quais essas agências de políticas públicas não alcançam resultados satisfatórios no combate à criminalidade, conforme demonstram os dados citados no curso deste texto.

Este artigo visa, também, investigar se a atuação policial, além de não prevenir e de não esclarecer os crimes satisfatoriamente, ainda funciona como elemento indutor de violência. Para tanto, é necessário estudar o campo, a cultura policial e a evolução paradigmática das escolas de criminologia, buscando explicar a manutenção dessa cultura policial ou identificar possíveis anomalias nesse campo de estudos.

No item inicial, apresentam-se os conceitos desse atual sistema policial, herdado de um modelo pretoriano romano trazido de Portugal, nos moldes canônico-inquisitivo, e desenhado pelas ditaduras do Estado Novo e do governo militarista. Os conceitos de campo e de cultura são utilizados, a fim de verificar se a atividade policial possui um padrão de imagens e ideias capaz de gerar o conhecimento paradigmático.

O segundo item desenvolve ainda mais a tese Kuhniana dos paradigmas aplicada às flexibilidades dos estudos sociais, analisando sinteticamente a evolução paradigmática das escolas de criminologia sob os enfoques clássico, etiológico, garantista e crítico, para estabelecer um corolário com os conhecimentos do campo e da cultura policial e verificar a existência, ou não, de diferença entre os conceitos, buscando explicações para a crise do sistema policial.

O terceiro item trata da dificuldade do controle externo da atividade policial e da demonstração de que a atividade é marcada por procedimentos práticos e informais ainda realizados pelos policiais sem qualquer tipo de controle (*accountability*).

O quarto e último item apresenta a hipótese da municipalização da polícia e traz algumas formas de realização da atividade policial em outros países. Citam-se como exemplos a polícia dos condados, subordinada ao voto popular nos Estados Unidos, o sistema de investigação policial e ministerial, subordinado ao Ministério Público na Itália, e a polícia judicial ou juizado de instrução, subordinada ao Poder Judiciário na Espanha.

Na conclusão, foi sugerido substituir o sistema concentrado por uma solução descentralizada. É preciso romper o pacto federativo constitucional em relação à segurança pública e adotar um modelo mais próximo da comunidade, nos moldes da polícia dos condados norte-americanos. Sugere-se uma revolução copernicana no sistema policial, o que, no nosso caso, poderia ser a polícia municipalizada.

1 DEFINIÇÕES DAS POLÍCIAS

As polícias civis competem as funções de polícia judiciária e, por exclusão, a apuração das demais infrações penais, exceto as militares. Ou seja, têm competência geral para todas as infrações penais não especificadas como exclusivas da União, considerando que a competência da Polícia Federal é uma competência residual expressa. É o que preceitua o artigo 144, § 4º, da Constituição.

As polícias militares dos estados e do Distrito Federal cabe a atuação de polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, como o conhecido serviço de radiopatrulha e o acionamento por meio das centrais de operação de policiamento militar, o conhecido COPOM ou “Disque 190”; portanto, as polícias militares dividem o campo de atuação com a Polícia Civil, o que gera todos os conhecidos problemas de integração.

Durante a Assembleia Constituinte, o Código de Processo Penal já trazia o arcabouço institucional todo fragmentado do período marcado por um modelo militarizado de segurança pública. Os

constituintes mais progressistas, na ocasião, não tinham proposta homogênea para as polícias e para a área de segurança pública. Com isso, a Subcomissão de Segurança Pública acabou sendo dominada pelos atores que defendiam a manutenção do arranjo institucional, fortemente influenciado pelo *lobby* de 13 oficiais das forças armadas, e foi mantido o modelo do período ditatorial (ZAVERRUCHA, 2005).

Esse atual sistema de polícia foi herdado de um modelo pretoriano e militar de segurança pública, com a visão inadequada de garantia da segurança do Estado e não como serviço público voltado para as garantias fundamentais constitucionais do indivíduo. O indivíduo não é o destinatário do serviço, mas sim o alvo selecionado e combatido como inimigo.

A criminologia crítica conceitua a polícia por meio do enquadramento nas agências de criminalização secundária e terciária, ou seja, a polícia, quando combate a criminalidade, atua como agência de criminalização secundária e, quando efetua a segregação e a custódia do transgressor no sistema penitenciário, funciona como agência terciária. Ressalte-se que a criminalização primária foi realizada pelo legislador.

A polícia é definida como instrumento de política de proteção do Estado e vê-se aí uma anomalia nessa visão herdada da ditadura militar. A concepção correta seria como política pública de direitos do cidadão e não de defesa do Estado, que deve ser reservada às forças armadas. Mudar essa concepção é tarefa copernicana, de desconstruir paradigmas de pensamento e ação de acordo com a nova concepção de que todas as pessoas, inclusive os policiais, sejam vistos como sujeitos de direitos e destinatários da proteção policial. Portanto, seria mudar toda a cultura policial separatista e distante da comunidade (KANT DE LIMA, 2003, p. 241-256).

1.1 A CULTURA POLICIAL

A tese da cultura policial foi levantada por Jerome Skolnick em razão de certas características da atuação policial que a distingue de outras profissões. Essa teoria tem suscitado muitos debates nos estudos político-sociológicos das forças policiais. Essas discussões giram em torno da existência de uma cultura policial (MONJADERT, 2003).

Os estudiosos que aceitam a ideia da cultura policial baseiam-se em certas características como sendo comuns nas atividades dos policiais. Tais características decorrem, segundo a tese de Skolnick, da presença constante do perigo na atuação cotidiana, ou mesmo nos períodos de folga, e da necessidade de impor autoridade sobre as demais pessoas, o que leva os policiais a comportamentos peculiares, que podem ser observados em todas as culturas, tais como a dissimulação, a desconfiança, a astúcia e o conservadorismo.

Afirmam esses estudiosos que as crenças, os preconceitos e os estereótipos produzidos na organização policial tornam-se saber compartilhado somente entre eles. Possuem cultura própria,

que resiste às modificações operadas no contexto social. Alimentam a relação separatista com as pessoas que deveriam proteger e a relação de guerra com os infratores da lei.

Em relação ao compartilhamento corporativista do saber, é preciso esclarecer que se trata de um saber diferenciado daquele dos demais profissionais, que é interpretado pelos policiais como fundamental à própria sobrevivência individual. Os estudiosos ressaltam como traços comuns desse compartilhamento a onipresença da suspeita em relação às pessoas, o isolamento social, o corporativismo, os estereótipos e a discricionariedade que possuem em relação à sociedade em geral (MONJARDET, 2003).

Alimentando essa cultura policial, temos que destacar a divulgação pela mídia das tarefas mais sensacionalistas e que geram consenso simbólico na sociedade, mas, quando acontecem as críticas, os policiais acabam construindo estratégias próprias das instituições totais, fechando-se em seu próprio mundo de significados, justificado pela suposta ignorância em relação ao trabalho policial dos que são “de fora”. A manutenção das aparências é fundamental nesse processo, pois o sucesso do policial como inibidor ou repressor de conflitos depende do nível de respeito e medo que impõe à sociedade.

Uma característica central da cultura policial é a falácia de que certas atividades só o policial sabe fazer, e essa é a mais importante estratégia empregada pelos policiais para defenderem seu mandato e construir sua autoestima. O fechamento social dos policiais é projetado para defesa de sua autonomia organizacional (MANNING, 2003).

Os estudiosos que não aceitam a visão monolítica da cultura policial criticam a tese de Jerome Skolnick, relativizam as premissas do perigo constante e da presença discricionária da autoridade, alegando que, na verdade, se trata de atuação marcada pela diversidade e pela heterogeneidade no meio profissional, mas não negam a existência de uma cultura profissional policial, com certas características que podem ser tomadas como referencial no processo de política pública (MONJARDET, 2004).

1.2 O CAMPO POLICIAL

Os atores, no campo das políticas públicas policiais, têm suas práticas e relações condicionadas pelos *habitus* jurídicos. São estruturantes e estruturados pela lógica do campo jurídico e, por isso, em sua atuação cotidiana, estão dominados pela cultura jurídica. Tal cultura é positivada sobre a formalidade dos procedimentos e, partindo dessa premissa, a questão pode também ser analisada por meio dos conceitos de *habitus* e campo, desenvolvidos por Pierre Bourdieu.

Considerando-se a visão de Bourdieu (1983), o campo policial seria o espaço multidimensional e até simbólico onde esses profissionais estão em concorrência pela capacidade de selecionar criminosos, evitar ou solucionar os crimes de acordo com seu capital de tirocínio, força, respeito e temeridade. *Habitus* seria o poder simbólico representado pelo ambiente policial e pelo pertenci-

mento àquela classe de profissionais, cujos símbolos podem ser assimilados e incorporados mediante a apreensão de um conjunto de regras associadas ao meio socialmente estruturado.

Uma característica importante para que se dê o efeito simbólico do desconhecimento nesse processo de política pública policial é o fato de que seus atores estão dominados por um discurso e por uma prática procedimental, disputando o campo em que se virtualiza a eficiência apenas simbólica. Na verdade, não têm alcançado o resultado pretendido, mas eles não percebem que, repetindo a mesma maneira de ação e pensamento, confirmam o *habitus* existente.

O *habitus* inculcado na classe policial se torna o princípio gerador e estruturador das práticas e representações, sanciona os comportamentos considerados positivos pelo grupo, define o lugar de cada indivíduo na organização e até onde esse indivíduo pode chegar na carreira, conforme sua capacidade de apreensão e adequação.

A força coercitiva dessa entronização do *habitus* policial mitiga a condição de servidor público e coloca esses atores em posição de “autoridades”, gerando violência física ou psicológica e impondo medo e respeito à sociedade, principalmente à maioria desfavorecida da população. Alimentam a cultura de guerra, em que estão sempre em busca de um alvo. Não percebem que, com essa cultura de violência, alimentam a criminalidade. Pode-se comparar com o que Bourdieu denomina efeito simbólico de desconhecimento (BOURDIEU, 1989).

Estereotipados por esse *ethos* repressivo que foi reforçado pelos valores de nossa cultura policial no decorrer da história, esses atores apenas reproduzem o ciclo de atuação policial por meio de práticas informais e, muitas vezes, arbitrarias e violentas, exteriorizadas pelo *habitus* policial. Essas características têm definido a atuação das polícias como exércitos para combater inimigos, em razão de toda a tradição ditatorial herdada do modelo militar.

2 CRIMINOLOGIA E POLÍCIA

Após a análise dos referenciais da cultura e do campo policial, é preciso complementar os estudos, usando os paradigmas da criminologia. Ambos os estudos são interdisciplinares e complementares, pois investigam formas de entender e de prevenir a criminalidade.

A realização da atividade policial sob o prisma de que o fato criminoso é fenômeno inerente à convivência em sociedade, conforme preconiza a criminologia, é importante para que seus atores mudem a visão de agência policial-penal ainda impregnada pelas correntes biologistas – do criminoso por tendência, do criminoso nato, dos traços em raças propensas ao crime, da condição de pobreza, dentre outros – e pelo direito penal do inimigo, baseado no alijamento dos direitos daqueles que representam o perigo (BECK, 2010).

A agência policial é uma estrutura de poder questionável, ou seja, é preciso incorporar aos estudos criminológicos o questionamento do papel exercido pela polícia como elemento

condicionante do crime. Dessa forma, neste tópico, trabalha-se com algumas das concepções entre a atuação da agência policial e a criminologia, dependendo das diferentes escolas criminológicas e dos paradigmas e teorias que fundamentem o debate, considerando que a percepção dessas teorias auxilia a compreensão geral do tema e, principalmente, o entendimento da resposta desse processo de política pública.

2.1 O PARADIGMA CLÁSSICO

A criminologia clássica surge em virtude da atuação dos pensadores que contestavam as ideias absolutistas. A Escola Clássica enraíza suas ideias exclusivamente na razão iluminista. Caracterizava-se pela reação à arbitrariedade da administração da justiça penal e pelo caráter atroz das penas, pois as leis que vigoravam na época inspiravam-se nas ideias de excessivo rigor e crueldade, apoiadas em conceitos de castigos corporais e penas capitais. O direito servia de instrumento de privilégio, delegando aos juízes a possibilidade de julgar o infrator de acordo com a sua condição social.

O paradigma da escola clássica tinha como conhecimentos básicos as ideias de que o delito era uma escolha baseada no livre arbítrio, ou seja, no dogma da liberdade de escolha, quando o criminoso é comparado a um pecador. Ele erra, porque escolhe errar. O delito, para a escola, é um ente jurídico em que o criminoso fez uma escolha contrária à lei. A pena tinha o caráter apenas retributivo, mas deveria ser proporcional ao delito e prevista de forma certa na lei. Portanto, já trazia as premissas dos princípios da proporcionalidade, da legalidade e da irretroatividade.

Vigorava, na época do iluminismo, o pensamento utilitarista de que a pena era um mal justo diante de um mal não justo e deveria ser aplicada como forma de curar uma enfermidade moral e de restabelecer a ordem. O crime era a violação da lei e da ordem do Estado. A lei era fundada no contratualismo da burguesia em ascensão, e a pena teria que ser a reparação do dano causado pela violação desse contrato social.

Apesar de vários escritos terem contribuído para o paradigma clássico, talvez o principal tenha sido a publicação da obra *Dos Delitos e Das Penas*, de Cesare Beccaria, em 1764. Não só esse, mas também outros iluministas como Montesquieu, Voltaire, Rousseau e D'Alembert foram de suma importância para o paradigma, uma vez que construíram o próprio alicerce do período humanitário e o início da radical transformação liberal e humanista do Direito Penal (BECCARIA, 2000).

A concepção filosófico-penal de Beccaria foi a maior expressão da hegemonia da burguesia no plano das ideias penais. Motivada pelas necessidades de transformações políticas e econômicas, com base em sua obra, é que se instituiu a racionalidade por meio da existência de leis simples, conhecidas pelo povo e obedecidas por todos os cidadãos, iniciando-se, assim, uma criminologia ainda sem suporte científico, mas já com questionamentos humanitários sobre o poder.

Esses primeiros estudos criminológicos protagonizaram inovações tais como as premissas do princípio da reserva legal em relação às punições, estabelecendo que só as leis pudessem fixar as penas, não sendo permitido ao juiz aplicar sanções arbitrariamente; mas ainda persistia a atuação policial baseada nas arbitrariedades das inquisições.

2.2 O PARADIGMA ETIOLÓGICO

Diferentemente do paradigma clássico, que apresentava ideias enraizadas na razão iluminista, dogmática e sem qualquer comprovação científica, o novo paradigma exibia ideias baseadas na ciência, confirmadas por meio das experiências do método empírico e indutivo, e aproveitava a novidade do controle social cientificista do final do século XIX. O crime era visto como patologia intolerável, e os criminosos, como indivíduos diferentes dos “normais”.

Os fatores endógenos da biologia e os fatores exógenos da sociologia, atrelados aos estudos jurídicos de Rafael Garófalo, o primeiro com a denominação de criminologia, ao serem partilhados na demonstração das causas e dos efeitos do crime, constituíram as matrizes fundamentais para conferir à disciplina o patamar de ciência. Esse patamar de ciência criminológica foi alcançado segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo, cujos resultados culminaram na formação do chamado paradigma etiológico.

O paradigma etiológico foi construído inicialmente com a contribuição de Lombroso, responsável pela teoria do criminoso nato, que era exteriorizada na aparência das pessoas. Os criminosos podiam ser identificados também por meio de características peculiares, tais como: protuberância occipital, órbitas grandes, testa fugida, arcos superciliares excessivos, zigomas salientes, prognatismo inferior, nariz torcido, lábios grossos, arcada dentária defeituosa, braços excessivamente longos, mãos grandes, anomalias dos órgãos sexuais, orelhas grandes e separadas, polidactia.

A contribuição principal de Lombroso para a criminologia não reside tanto em sua famosa tipologia, mas no método que ele utilizou em suas investigações: o método empírico-indutivo. Sua teoria do delinquente nato foi formulada com base em resultados de mais de quatrocentas autópsias de delinquentes e de seis mil análises de delinquentes vivos; e o atavismo que, conforme o seu ponto de vista, caracteriza o tipo. Sua conclusão era a de que os delinquentes deveriam viver isolados da sociedade, e as penas deveriam ser por tempo indeterminado para os corrigíveis e perpétuas para os incorrigíveis.

Desenvolvendo a antropologia lombrosiana em perspectiva sociológica, Henrique Ferri, que era discípulo de Lombroso, ressaltou a importância de um trinômio causal do delito, ligado a fatores antropológicos, sociais e físicos e, com essa série tríplice de causas, ampliou a originária tipificação lombrosiana da criminalidade. Seus estudos apresentaram a visão sociológica de que o crime não é decorrência do livre arbítrio, mas resultado previsível determinado por essa tríplice ordem de fatores.

Essa visão foi denominada pela criminologia positiva de determinismo, ou seja, o livre arbítrio é mera ficção; para cada fato criminal, existem razões de ordens físicas, sociais e biológicas que o determinaram. E essas razões se enquadram na personalidade de uma minoria de indivíduos, caracterizados como perigosos. A sociedade deveria “ver o crime no criminoso”, porque ele é sintoma revelador da personalidade perigosa de seu autor, para a qual se deve dirigir uma adequada “defesa social” (FERRI, 1931).

Tais estudos confirmaram a tese de que ser criminoso constitui a característica de uma minoria diferente por completo dos indivíduos normais e, numa visão maniqueísta, essa minoria foi identificada com o mal, e o restante da sociedade representaria o bem. Estabeleceu-se então a repressão desigual, erigindo o criminoso em destinatário de uma política criminal de base científica, utilizada como estratégia de combate à criminalidade. A possibilidade de explicação “cientificamente” fundamentada das causas enseja, por extensão, uma luta científica contra a criminalidade.

A visão arbitrária dessa política criminal utiliza, é claro, o sistema de polícia institucional vigente na época, com a novidade de que esse sistema contava, agora, com o subsídio da primeira espécie de polícia científica, que realizava suas investigações com os resultados das pesquisas desenvolvidas de acordo com o paradigma etiológico, estereotipando as representações da criminalidade ontológica, do determinismo e da periculosidade de forma até hoje profundamente enraizada nas agências policiais e no senso comum, o que contribui profundamente para o efeito apenas simbólico da atuação policial.

2.3 O PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL

A criminologia não deve mais se voltar para o delinquente e para as causas de seu comportamento, conforme preconiza o paradigma etiológico, mas deve desviar o seu foco para o controle social formal, estudando os organismos de controle social que têm como função controlar e reprimir o desvio. Deve buscar explicações sobre os motivos pelos quais determinadas pessoas são estigmatizadas como delinquentes, qual a fonte de legitimidade e as consequências da punição imposta a essas pessoas.

O paradigma da reação social veio como revolução científica com o surgimento da teoria do etiquetamento, *labelling approach*, a qual preconiza que o funcionamento do sistema penal se guia por “estereótipos” provenientes das agências policiais e da sociedade. Seus estudiosos afirmavam que a busca da explicação do comportamento delitivo não devia partir do porquê de as pessoas cometerem delitos, e sim do porquê de essa atividade ser etiquetada como delitiva. O foco de suas preocupações era desviado para as estruturas de poder e para o sistema em si, e não para o criminoso ou para o crime. Assim, as estatísticas vão demonstrar que é o controle social policial que se exerce de forma seletiva, porque a criminalidade está presente em todas as camadas da população.

O sistema penal, estudado com as lentes do paradigma da reação social e de acordo com a teoria do etiquetamento, funciona como um processo de políticas públicas para retroalimentação da

criminalização, ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o legislador, com sua atividade legiferante (criminalização primária), passando pela polícia e pela justiça, com atuação seletiva e estigmatizada (criminalização secundária), até o sistema penitenciário, com a punição dos pobres (criminalização terciária).

Um dos modos de utilizar o poder de polícia de forma discricionária e seletiva é a criminalização da pobreza. Várias pesquisas demonstram a atuação da polícia no Brasil de forma seletiva para os negros e pobres, nos mesmos moldes das conclusões reveladas na obra *Punir os Pobres*, de Loïc Wacquant (2003).

O sistema policial funciona seletivamente, criando mais problemas do que aqueles que se propõem a resolver, “sendo produtor de sofrimentos desnecessários (estéreis) que são distribuídos socialmente de modo injusto” (ANDRADE, 2003), com o agravante dos seus altos custos sociais e do autêntico mercado do controle do crime que, em torno de si, se estrutura. Todos esses problemas fragilizam o controle da atividade policial conforme veremos no tópico seguinte.

3 O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

A arbitrariedade da atuação policial permite refletir sobre a velha questão sociológica atribuída a Platão: *Quis custodiet ipsos/Custodes*, “Quem guardará os guardiões?”. Diante da atuação relativa e ineficiente da polícia, como exercer o controle externo desse serviço público necessário? Existe grande desconhecimento de toda a atuação formal e informal das polícias. Existe grande dificuldade de análise dos dados das polícias e de acesso a eles. Esses dados são frequentemente manipulados ou explorados de modo sensacionalista pela mídia.

A discussão acerca do controle externo não deveria envolver apenas o MP, deveria ser mais ampla e envolver o controle que a própria comunidade tem sobre a polícia. A expressão *accountability* vertical refere-se à adequação entre o comportamento da política pública e os objetivos da comunidade. No modelo norte-americano, é mais fácil esse controle da comunidade, pois ela participa do processo de escolha e, portanto, exerce cobrança maior.

Em pesquisa da impunidade penal no município de São Paulo, 1991-1997, realizada pelos sociólogos Sérgio Adorno e Wânia Pasinato, foi analisado o desempenho da Polícia Civil em suas atribuições de Polícia Judiciária, usando como método o fluxo dos crimes no segmento ocorrência-inquérito policial, com a finalidade de verificar a conversão de boletins de ocorrência policiais (BOs) em inquéritos policiais (IPs); constataram que apenas 5,5% desses registros se converteram em inquérito policial (ADORNO, 2010).

No Distrito Federal, não é diferente. Analisando os números estatísticos do ano de 2012, conforme pesquisa no sistema de análise criminal da Polícia Civil, fornecidos pela Divisão de Apoio Técnico e Estatístico, encontramos o número de 189.308 (cento e oitenta e nove mil trezentas e

oito) ocorrências criminais registradas. Desse número relativo de ocorrências, o número absoluto de inquéritos instaurados em 2012 foi de 27.613 (vinte e sete mil seiscentos e treze). Ou seja, esses números não estão muito diferentes daqueles apurados na citada pesquisa de São Paulo.

Do número de inquéritos instaurados, apenas 13.448 (treze mil quatrocentos e quarenta e oito) foram concluídos, o que também é um número relativo, pois a conclusão do inquérito não significa a apuração da ocorrência criminal. De qualquer forma, esses são os números pesquisados na Polícia Civil.

Para complementar a pesquisa, foi necessária a incursão nos dados do MPDF, disponíveis em seu endereço eletrônico. Tais dados são disponibilizados por promotoria criminal e, em análise por amostragem, chega-se a um número aproximado de que apenas trinta por cento desses inquéritos concluídos são denunciados.

Ainda temos a criminalidade registrada pela Polícia Militar que, muitas vezes, não se transforma em Boletim de Ocorrência. Desses registros, se conhecem os números. O fato é que, no universo da criminalidade, se desconhece a cifra oculta dos crimes não registrados e daqueles registrados apenas pela PM.

Todos os setores que discutem política pública policial no Brasil partem do denominador comum da eficácia de formas exclusivamente externas de controle da polícia. Várias tentativas de conferir efetividade ao controle externo foram frustradas na prática. A verdade é que, por enquanto, constitui falácia dizer que realmente existe um controle externo da polícia (ADORNO, 2010).

4 ALTERNATIVAS COMPARADAS

Na tradição da *Common Law*, a atividade policial é realizada, em regra, sem subordinação ao MP ou ao Judiciário. Contudo, situação peculiar é a do modelo norte-americano, em que o chefe de polícia e o promotor (*district attorney*) são eleitos pelo voto popular e existe a participação do promotor durante as investigações, para tentar barganhar com o acusado uma verdade negociada. Essa negociação é feita sob o controle vertical da comunidade, diferentemente da nossa polícia, que também barganha, mas de forma oficiosa ou ilegal (KANT, 1997).

Nos países continentais, na tradição da *Civil Law*, a atividade policial, em tese, é sempre uma política de Estado, podendo estar dentro ou fora do Ministério Público, ou diretamente subordinada ao Judiciário.

Quando dentro do Ministério Público, se o promotor integrar o Poder Judiciário, esse será um procedimento judicial preliminar e, se ele integrar o Poder Executivo, será um procedimento preliminar administrativo.

A crítica que se faz é que tal atuação provocaria desequilíbrio no contraditório e acabaria enfraquecendo o papel do MP no controle da legalidade da atividade policial. Um exemplo sempre

citado desse sistema é o italiano, contudo, lá somente os fatos mais complexos são dirigidos diretamente pelo Ministério Público (VOGLIOTTI, 2004).

Quanto ao juizado de instrução, a crítica é a de que o sistema é também inquisitivo, e o Judiciário teria maculado a sua imparcialidade, pois estaria atuando como parte. Nos países que adotam esse sistema, a polícia judiciária é subordinada ao Poder Judiciário. O juiz determina a instauração da investigação, dirige sua realização e decide acerca do seu término.

A Espanha é exemplo da adoção do juizado de instrução, mas não na forma de outrora, atuando como juiz “inquisidor”, pois o país adotou a presunção absoluta de parcialidade, em que o juiz instrutor, por ter atuado nos atos investigatórios e na admissão da acusação, é prevenido e, como tal, não pode julgar. Dessa forma, o sistema adotado na Espanha parece de maior proveito, por ser realizado por um órgão suprapartes.

Alguns estudos apontam para a proposta de policiamento comunitário, de proximidade, e se referem ao policiamento realizado pelas polícias dos condados norte-americanos, as quais efetuam o ciclo completo de atuação, ou seja, tanto a prevenção quanto a investigação. Há experiências desse tipo que obtiveram algum sucesso no Brasil, como, por exemplo, a do Bairro de Copacabana no Rio de Janeiro. As polícias nos moldes metropolitanos podem, sim, alcançar maior índice de eficiência (MUSUMECI, 1997).

O ciclo completo pode ser realizado satisfatoriamente em termos municipais. A parte preventiva já é feita pela guarda municipal e, embora não exista uma justiça municipal, nada impede que uma polícia municipal possa realizar também a investigação policial e, até mesmo, o inquérito e encaminhar o resultado ao Ministério Público, que está presente em todos os municípios.

O princípio da municipalização ainda é incipiente em nosso País. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a descentralização das ações governamentais na área da assistência social, e o Município foi elevado à categoria de ente da federação. Mas, na área das políticas públicas de segurança, essas ações ainda permanecem centralizadas nas searas federal e estadual. É preciso abolir esse sistema policial centralizado e distante da comunidade, para tentar substituí-lo por um modelo municipalizado, mais próximo da população.

CONCLUSÃO

Portanto, é preciso rediscutir o sistema policial e alcançar uma proposta abolicionista, que inclua todos os seus atores em melhores condições, pois integrarão um novo sistema que só poderá funcionar com o mínimo aceitável de eficiência. Não adianta ajustar o modelo atual, nem investir mais recursos nele, mas sim construir um novo modelo, dotado de nova racionalidade.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2013), divulgado no dia 5 de novembro de 2013, criticou a omissão acerca da criminalidade na discussão da agenda de política pública, sobre o plano de

metas de desenvolvimento do Brasil pós 2015. Afirma o estudo que “existem bases empíricas convincentes para incluir a prevenção e redução da criminalidade no quadro de desenvolvimento pós 2015”.

Tal inclusão se justifica, porque as melhorias nos níveis de segurança pública são estatisticamente proporcionais aos ganhos corolários nos níveis de desenvolvimento da nação. Altos índices de violência são associados com falhas na redução da pobreza, com o aumento do desemprego e com a fome prolongada, cujo combate faz parte dos objetivos do desenvolvimento mundial para o milênio (ODM), propagado pela Organização das Nações Unidas.

Por isso, foram citadas algumas hipóteses comparadas de solução para a crise do sistema. Entre as hipóteses estudadas, aquela que ainda não possui resistência acadêmica é a da municipalização do serviço público policial. Um modelo descentralizado de polícias municipais, de ciclo completo, realizando o policiamento ostensivo e também a investigação, o que poderia ser uma solução viável. A comunidade local possui mais facilidade de identificar seus problemas e de propor soluções. Em relação à segurança pública, não seria diferente. Bastaria estender esse pacto federativo também para a área policial.

A sugestão para uma polícia municipalizada, de ciclo completo, próxima da comunidade, não seria contrária ao paradigma crítico da criminologia, pois não significaria combater a criminalidade com a criação de mais polícia. Seria, sim, uma diminuição do sistema atual, com a abolição das polícias militares e civis, e a substituição por uma solução local, aproveitando, inclusive, as guardas municipais.

Aprovado: 10/11/2016. Recebido: 1º/9/2016.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. Da criminalidade detectada à criminalidade investigada. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 51-84, jan./fev./mar. 2010.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAYLEY, David H. **Padrões de policiamento: uma análise comparativa internacional**. Trad. René Alexandre Belmonte. 2. ed. 1. reimpr. São Paulo: Edusp, 2006. (Série Polícia e Sociedade; n. 1).
- BEATO FILHO, Claudio C.; RABELO, Karina; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de. Reforma policial no Brasil. In: BEATO, Claudio. (Org.). **Compreendendo e avaliando: projetos de segurança pública**. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 167-217.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BRASIL. **Código de Processo Penal Anotado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. art. 4º ao 23, p. 41-53.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Primeira Conferência Nacional de Segurança Pública. **Cadernos Temáticos da CONSEG**, Brasília, ano 1, n. 7, 2009, ISSN 2175-5949.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **O conceito de política pública em direito**. In Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13-53.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- COMPARATIVO de registros criminais no DF Disponível em: <<http://www.pcdf.df.gov.br/ImagensFTP/ATENA/AnaliseTematicaPDF/79.PDF>>. Acesso em: 13 set. 2013.
- DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad del control*. Barcelona: Virus, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *El poder de acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000.
- BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **Estatísticas das promotorias criminais**. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/estatisticaon-line/>>. Acesso em: 13 dez. 2013.
- FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**. Tradução por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.
- GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- HALL, Peter. *Policy paradigms, social learning, and the State: the case of economic policy-making in Britain. Comparative politics*, New York, NY, v. 25, n. 3, p. 275-298, apr. 2003.
- HOLLOWAY, Tomas H. **Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX**. Rio de Janeiro: FGV, 1997.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal no inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KANT DE LIMA, Roberto. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- KANT DE LIMA, Roberto. Direitos Civis, Estado de Direito e 'Cultura Policial': a formação policial em questão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 41, 2003.
- KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. **Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-183, maio, 1997.
- KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, Justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. **Revista de Sociologia e Política**, São Paulo, 1999, v.9, n. 1, p. 169-183.
- KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminologia crítica*. 2. ed. Madri: Siglo veintiuno de España, 2000.
- LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MANNING, Peter. *Police Contingencies*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.
- MANNING, Peter. *Police Work: the social organization of policing*. Cambridge: MIT press, 1977.
- MARIANO, Benedito Domingos. **Por um novo modelo de polícia no Brasil: a inclusão dos municípios no sistema de segurança pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. (Coleção Brasil Urgente).
- MINISTÉRIO Público do Distrito Federal e Territórios. **Estatísticas das promotorias criminais**. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/estatisticaon-line/>>. Acesso em: 15 dez. 2013.
- MONJARDET, Dominique. **O que faz a polícia: sociologia da força pública**. São Paulo: EDUSP, 2003. (Série Polícia e sociedade).
- MULLER, Pierre. *L'Analyse Cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique*. Revue Française de Science Politique, Paris, v. 50, n. 2, abril 2000.
- MULLER, Pierre. **Politiques Publiques**. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.
- MUSUMECI, Leonarda. Resistências e dificuldades de um programa de policiamento comunitário. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 9, n. 1, maio 1997.
- PANDOLFI, Dulce et. al. **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br>>. Acesso em: 12 nov. 2011.
- PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- REINER, Robert. **A política da polícia**. São Paulo: EDUSP, 2004.
- REVISTA VEJA, *on-line*, edição 1800, Abril. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/300403/p_042.ht>. Acesso em: 11 nov. 2013.
- SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). **Políticas públicas: coletânea**. Brasília: ENAP, 2006.

- SKOLNICK, Jerome H. Justice without trial. *Law enforcement in democratic society*. New York: John Wiley, 1966.
- SKOLNICK, Jerome H.; FYFE, J.J. *Above the law: police and the excessive use of force*. N. York/Toronto/Singapore/Sydney, The Free Press, a Division of Mcmillan Inc., 1993.
- VOGLIOTTI, Massimo. *Les relations police-parquet: un équilibre menacé? Droit et Société*, Paris, n. 58, 2004, p. 453-497.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- WALKER, Samuel. *Taming the System: The Control of Discretion in Criminal Justice, 1950-1990*. New York: Oxford University Press, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAVERUCHA, J. FHC. **Forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

Júlio Lopes Hott

Mestre em Direito e Política Públicas pelo UniCEUB.

Professor de Direito penal do UniCEUB.

Delegado de Polícia Aposentado.

HIGN 706 Bloco M Casa 12 – Asa Norte

Brasília/DF

CEP 70740-713

Julio.hott@uniceub.br

USO DE DRONES EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

Milene Mauricio

Rodrigo Olhiara da Silva

Caroline Bussoloto de Brum

Yuri Bastos

DRONE'S USE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

RESUMO

O surgimento de novas tecnologias sempre causa inúmeros debates acerca dos seus impactos no campo legal. A interseção entre o Direito Processual Penal e o Direito Digital deve ser cuidadosamente analisada, de modo a evitar a perda das garantias individuais ou a impactar na efetividade e no avanço das técnicas investigativas e repressivas criminais. Por intermédio do estudo dos aspectos constitucional, tecnológico e legal e das escassas jurisprudências que se referem à questão, algumas conclusões são possíveis. *Drones*, ou aeronaves não tripuladas, por um lado, têm condições de trazer inúmeros benefícios aos procedimentos investigatórios e repressivos criminais; no entanto, por outro lado, a sua utilização também suscita grande debate acerca da violação aos direitos fundamentais à vida privada, à intimidade e à privacidade dos envolvidos e de terceiros. Nesse debate, há quem entenda pela constitucionalidade e pela legalidade da utilização dessas aeronaves, bem como há os que defendem a impossibilidade de utilizá-los em virtude da violação de tais direitos. Por meio da análise detalhada dos direitos em confronto, é possível verificar que ambos os posicionamentos podem ser exaustivamente sustentados; porém, a questão ainda depende de posicionamentos jurisprudenciais e da iniciativa legislativa para ser pacificada.

» PALAVRAS-CHAVE: DRONES. INVESTIGAÇÃO. REPRESSÃO. INTIMIDADE. PRIVACIDADE.

ABSTRACT

The impacts in the legal field of the emergence of new technologies are always a subject of controversy. The intersection of the Criminal Procedural Law and the Digital law must be carefully discussed in order to avoid the loss of individual guarantees or impact the effectiveness and progress of the criminal investigative and enforcement techniques. Through the study of the constitutional aspects, technological, legal and scarce jurisprudence related to these issues, some conclusions are possible. Drones, or unmanned aircraft, are able to bring numerous benefits to investigative procedures and criminal law enforcement, however, on the other hand, their use also raises great debate about the violation of fundamental rights of private life, intimacy and privacy of those involved and third. In this debate, there are those who understand the constitutionality and legality of the use of these aircraft, as well as those who defend the impossibility of use due to violation of such fundamental rights. Through a detailed analysis of the rights in confrontation, is possible to conclude that both positions can be fully supported, however, the question still depends on jurisprudential positions and legislative initiative to remain pacified.

» KEYWORDS: DRONES. INVESTIGATION. REPRESSION. INTIMACY. PRIVACY.

INTRODUÇÃO

No âmbito da sociedade moderna e futurista, as inovações tecnológicas e suas evoluções causaram grandes impactos em diversos ambientes, dentre eles, no Direito. O aceleramento da transformação tecnológica nos últimos tempos tornou-se quase inalcançável pela legislação brasileira, de modo que as normas criadas pelo Legislativo, muitas vezes, não conseguem, em tempo hábil, abranger determinadas situações criadas

pelo avanço tecnológico, deixando, assim, caminhos não resolvidos e fazendo com que a sociedade deixe de usufruir corretamente do que a tecnologia oferece.

Uma dessas inovações que rapidamente veio à tona, cuja falta de regulamentação é condenável, é o veículo aéreo, polêmico e popularizado *drone*.

Esse veículo aéreo, motorizado e não tripulado, com capacidade de voar de modo autônomo ou por controle remoto, dentre cujas atividades diversas está tanto a gravação de vídeos como o registro de fotos, terá utilização certa no mundo, nos próximos anos, e as consequências de seu uso ainda serão analisadas, principalmente, no âmbito brasileiro.

Além de todo o lazer e de outros benefícios que a aeronave não tripulada pode propiciar, também existem malefícios que pode causar à sociedade, como a afronta do direito à privacidade, o risco à sociedade devido ao seu manuseio, a utilização como artifício pelos agentes criminosos e, inclusive, a possibilidade de seu uso como meio de obtenção de prova policial.

1 OS ASPECTOS FAVORÁVEIS À UTILIZAÇÃO DE *DRONES*

AUSTIN (2010) estabelece como premissa básica que os chamados *drones*, ou, como também são conhecidos, aeronaves não tripuladas, só serão utilizados se houver alguma vantagem em comparação com as demais aeronaves.

Com essa premissa, primeiramente, verifica-se que a regra para a atuação dos *drones* seria a denominada DDD, ou seja, quando a tarefa for monótona, “suja” ou perigosa. Fora a Regra dos 3 Ds, encontram-se campos em que a atuação dos Veículos Aéreos Não Tripulados – VANTs não poderá ser dispensada. Como exemplo, temos certas operações policiais em que o imperativo é o de não alertar os criminosos da chegada do recurso aéreo das polícias.

As categorias de VANTs compatíveis com esse tipo de operação são de baixa taxa de detecção, e eles podem até mesmo realizar a missão em conjunto com as aeronaves tripuladas, pois chegam antes dessas e fazem o levantamento prévio da situação em solo, após o que as aeronaves policiais poderão cumprir bem o seu papel de apoiar taticamente as frações terrestres.

Os VANTs têm sido utilizados também como apoio à pesquisa e ao desenvolvimento de aeronaves tripuladas, pois permitem a construção de réplicas em tamanhos menores ou reais em relação aos projetos originais e a realização de testes *in loco*, sem oferecer nenhum risco às pessoas. Tipicamente, o VANT é menor do que uma aeronave tripulada utilizada em um mesmo tipo de missão, sendo geralmente mais barato e, conseqüentemente, os custos operacionais são relativamente menores (manutenção, combustível, guarda em hangares).

Os custos de manutenção geralmente são mais baixos por não levarem tripulação, mas isso poderá variar de caso a caso. Nos projetos desse tipo de aeronave, a redução do espaço que seria

utilizado para acomodar a tripulação implica simplificar a concepção do VANT, com isso, permite-se a diminuição dos preços e dos custos de manutenção.

O desenvolvimento tecnológico representado pelos *drones* supera, em vários aspectos, o emprego das aeronaves convencionais tripuladas, e isso vem contribuindo muito para a sua disseminação nas forças policiais de vários países. E mais, em um horizonte não muito distante, as aeronaves não tripuladas estarão cada vez mais adaptadas às necessidades judiciárias e militares, já que o desenvolvimento de novas tecnologias é ininterrupto.

O VANT apresenta, conforme versam os autores em suas pesquisas, uma série de vantagens que, segundo os testes, justificam sua adoção. As grandes eficiência e eficácia são pertinentes à elevadíssima autonomia (cerca de 60 horas contínuas) e à transmissão/recepção de dados e de imagens em tempo real.

Há de se ressaltar, também, que as condições climáticas influenciam menos o trabalho dos *drones* do que o de aeronaves tripuladas. Recentes avanços técnicos desses *drones*, como o relativo aos modelos *AceCore Neo*, possibilitaram que fossem implementadas tecnologias que permitem o seu uso em condições climáticas adversas. Assim, a grande circulação de ventos e as altas temperaturas não impedem que sejam utilizados.

A vantagem do *drone* para as pesquisas internacionais é que pode capturar imagens aéreas a qualquer momento e, inacreditavelmente, verificar a quantidade acumulada de gás ou de radiação, realizando imagens sobre o impacto ambiental.

Além disso, o *drone* pode facilmente ajudar nas investigações de acidentes, uma vez que as câmeras térmicas fornecem uma imagem muito mais clara, e realizar gravação nos mínimos detalhes, com imagens equivalentes às de filmadora utilizada em helicóptero, mas com o custo muito inferior; pode, ainda, ser utilizado a qualquer momento.

Outro benefício de sua utilização é o mapeamento 3D de um acidente, o que poderia torná-lo essencial à convicção da autoridade policial e judiciária como meio de prova e, também, nos locais onde os incidentes precisam ser removidos para não causar prejuízos, como os acidentes em rodovias e avenidas, que precisariam de análise aprofundada, o que seria inviável pela necessidade de se liberar o local para o fluxo normal. Com o mapeamento, facilmente seria descoberta a possível imprudência do agente causador.

As vantagens do uso de *drones* já são explanadas por diversos autores. Entre eles, SANTOS (2011) expõe brevemente que se pode inferir como principal vantagem a redução dos gastos de combustível e o acréscimo de autonomia de voo. O uso de Veículos Aéreos Não Tripulados possibilita realizar operações de maior duração, se comparado aos helicópteros, já que não necessitam de tripulação embarcada. A inexistência de tripulação, além de permitir a economia de tempo com a sua troca, também reduz a utilização de combustível. Viabiliza, do mesmo modo, o lançamento das

aeronaves de locais próximos da área vigiada, sem a necessidade de deslocamento de pessoas até esse ponto e do gerenciamento do seu regresso após o término da operação.

Da mesma forma, também verificamos as vantagens do VANT, senão vejamos: “O tempo de duração de uma missão está apenas condicionado ao fator combustível. Não há preocupação, por exemplo, com a fadiga da tripulação a bordo” (NETO, 2010, p. 23, apud PLAVETZ, 2009); tais aparelhos têm integrado o chamado Radar de Abertura Sintética, que se diferencia de outros radares pela ótima resolução da imagem produzida; também figura como importante característica dos VANTs, quando comparados aos helicópteros, a não exposição a risco dos seus tripulantes bem como a menor vulnerabilidade a danos diante da existência de armas de fogo de longo alcance. Ainda, como afirma NETO (2010, p. 24-25), os VANTs apresentam:

[...] c) Câmeras de vídeo: equipamentos que transmitem para uma estação em terra imagens do alvo em tempo real. Possuem grande deficiência sob condições meteorológicas adversas. Usadas principalmente para o acompanhamento das operações e avaliação de danos;

d) Equipamentos de visão noturna: realizam a ampliação da luz residual que existe em um ambiente de pouca visibilidade, proveniente do sol, da lua ou das estrelas, de maneira a permitir a visualização de imagens pela visão humana;

[...]

i) Sensores químicos: equipamentos destinados à análise das condições externas em busca de agentes químicos nocivos à saúde humana;

Assim, não restam dúvidas que as aeronaves não tripuladas possuem diversos benefícios que permitem que sejam adotadas em operações, na utilização para manter a segurança, e, principalmente, nas investigações criminais.

A utilização de *drones* e de novas tecnologias em procedimentos criminais é cada vez mais tangível. As aeronaves não tripuladas apresentam, conforme pesquisas, inúmeros benefícios e constituem eficaz meio de obtenção de prova, além de também se mostrarem eficientes na repressão criminal.

2 OS MALEFÍCIOS DA UTILIZAÇÃO DE *DRONES* NA SOCIEDADE

Analisando os pontos negativos da utilização dos *drones*, alguns tópicos sobressaem, como a violação da vida privada, da privacidade e da intimidade, a falta de regulamentação específica e o alto custo de investimento.

Em observância ao tipo de vigilância que fazem os *drones*, a experiência internacional aponta que estes são utilizados sob os velhos estigmas de persecução penal, que “como outros dispositivos de vigilância, os UASs (Unmanned Aircraft Systems) normalmente miram os ‘suspeitos usuais’, incluindo os pobres e protestantes antigoverno” (FINN e WRIGHT, 2012, p. 188). Com o requisito semelhante ao da prisão preventiva, o uso dos *drones* é justificado pela manutenção da ordem pública e adicionam, ainda, a prevenção do comportamento antissocial (FINN e WRIGHT, 2012, p. 188), trazendo à tona o uso discriminatório e desmedido da tecnologia em prol de estereótipos ofensivos.

Ainda, o uso pelo poder público no controle da criminalidade, mais precisamente pela força policial, tem sido justificado pela massiva intromissão já aceita e absorvida pela população, não

diferindo da vigilância de ruas ou de helicópteros (FINN e WRIGHT, 2012, p. 191), argumento esse sustentado pelas corporações policiais, a fim de legitimar a continuidade do uso de tais dispositivos.

A utilização desses aparelhos é potencialmente lesiva aos direitos constitucionais (artigo 5º, X e XI) à vida privada, à intimidade, à privacidade e à proteção ao domicílio.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1948, estabelece especial proteção a esses bens jurídicos:

Artigo XII - Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Para Alexandre de Moraes, “os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas” (MORAES, 2009, p. 53).

Assevera-se que a privacidade é prevista na Carta Magna com proteção especial, dotada de prestígio a ponto de figurar no rol dos direitos fundamentais. Em sua concepção clássica, esse direito constitucionalmente protegido é entendido por ter como seu objeto os “[...] comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público” (MENDES, 2014, p. 282). Ao estabelecer um conceito hodierno a tal direito, Patrícia Peck Pinheiro entende a privacidade como “a habilidade de a pessoa controlar a exposição de sua vida íntima, sua imagem, sua reputação, bem como a própria disponibilidade de informações acerca de si perante terceiros” (PINHEIRO, 2016, p. 243).

A intimidade é um direito constitucional que tem sua origem em criação doutrinária dos norte-americanos Warren e Brandeis. Em 1890, os futuros juízes da Suprema Corte de Justiça de Boston, os advogados Louis Brandeis e Samuel Warren, abordaram essas questões em seu clássico artigo jurídico *The Right to Privacy*. Nele, Brandeis e Warren argumentaram que o direito à privacidade existe e “assegura a cada indivíduo o direito de determinar, normalmente, até que ponto os seus pensamentos, sentimentos, e as emoções devem ser comunicadas aos outros” (BRANDEIS; WARREN, 1890, apud WALKER, 2012, p. 263).

No entanto, tais direitos de garantia de privacidade ganham ainda mais relevância no âmbito familiar, como assevera MORAES (2009, p. 54):

No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa.

Segundo Antônio Magalhães, citado por Moraes (2009, p. 54) em sua obra:

As intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões.

A violação desse direito garantido constitucionalmente pode, por vezes, ser um retrocesso, na medida em que “a reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a

sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade” (MENDES, 2015, p. 280).

Em razão do próprio funcionamento das aeronaves não tripuladas e das tecnologias a elas atinentes, a utilização desse tipo de equipamento é potencialmente lesiva à vida privada, à intimidade e à privacidade alheia. Isso, pois, mesmo de longe, sem qualquer notificação ou cientificação dos envolvidos, as potentes câmeras utilizadas por essas máquinas podem flagrar situações pessoais de outrem, de pessoas não envolvidas no procedimento criminal em curso.

Devemos levar em conta que, mesmo a quilômetros de distância, sem dar qualquer tipo de indício aos flagrados, as aeronaves permitem a visualização e a captura de momentos privados, integrantes da esfera pessoal intransponível de cada indivíduo, afetando gravemente os bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Tramita atualmente no Congresso Nacional o Projeto de Lei 16/2015, que busca a regulamentação dos Veículos Aéreos Não Tripulados, principalmente para os órgãos de segurança pública. Tal lei gera controvérsia, uma vez que limita às forças aéreas, ou mediante autorização desta, o seu uso.

Assim, vê-se que a utilização, no Brasil, de Veículos Aéreos Não Tripulados ainda pode gerar controvérsias, principalmente no tocante ao uso desmedido pela autoridade pública, que pretende inicialmente deter o monopólio de tais dispositivos, dado o alto preço, favorecendo uma estrita classe de pessoas que conseguirão acesso a eles.

3 A ANÁLISE DA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE E DA VIDA PRIVADA PELO USO DE *DRONES*

Drones, *Google Glass* (óculos inteligentes) e *Samsung Pay* (pagamento por aproximação) são apenas alguns exemplos de avanços tecnológicos retratados em filmes futuristas de 1990, mas que já estão presentes em nosso cotidiano.

Sempre que há o desenvolvimento de novas tecnologias surge o debate acerca do potencial lesivo dessas inovações. Quanto à utilização de *drones* em procedimentos investigatórios e repressivos de criminalidade, a principal controvérsia é se a sua utilização viola ou não o direito à vida privada, à privacidade e à intimidade dos indivíduos de determinada sociedade.

Há quem diga que a privacidade não é violada pela utilização de *drones*. Dentre os argumentos dos defensores dessa teoria está a ideia de que, na sociedade moderna, a privacidade foi flexibilizada. Um sujeito que ande em poucos quarteirões em qualquer avenida de uma metrópole será filmado por inúmeras câmeras de segurança, por algumas câmeras de tráfego e, possivelmente, poderá sair em alguma *selfie* ou filmagem de um turista que esteja registrando sua viagem. Paralelamente, seu *smartphone* também estará registrando todos os passos dados e locais frequentados, bem como todo o conteúdo acessado por meio de aplicativos ou de navegação na *web*.

Justamente sobre a massiva presença de câmeras em todos os locais, vale ressaltar o parecer emitido, em 2004, pela Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha, nos autos do HC 84.203-RS:

Inclusive, a preocupação de segurança tornou-se uma prioridade, hoje, dos órgãos públicos, comércio e instituições financeiras. Todos os bancos possuem microcâmeras instaladas em seu interior (sem qualquer aviso de filmagem), várias repartições públicas também usam o mesmo recurso, sem advertência, e inúmeros estabelecimentos comerciais igualmente utilizam esse meio de segurança. As residências particulares, em seu sistema de alarme, como um melhor suporte, possuem microcâmeras espalhadas.

Drones, tais como os VANTs de propriedade da Polícia Federal, que foram adquiridos com a intenção de patrulhar as fronteiras nacionais, reduzindo a necessidade de aplicação de recursos humanos nesse serviço, têm uma finalidade inerente, seja patrulhar áreas propícias ao cometimento de ilícitos penais, seja vigiar locais envolvidos em investigações criminais em curso. Ou seja, levando-se em conta a intervenção mínima do direito penal, aliada aos casos que requerem a utilização dessas aeronaves, a efetiva utilização de *drones* em procedimentos de investigação e repressão criminal será a exceção da exceção.

Quando utilizado, o *drone* não tem o objetivo inicial de violar domicílios ou de adentrar a seara da vida privada ou da intimidade individual, mas sim o de patrulhar ou de investigar um suspeito ou uma região específica. Todo o restante das informações que envolvam terceiros ou sejam alheias ao local patrulado ou ao investigado devem ser descartadas, evitando prejuízos aos demais cidadãos.

Portanto, o operador do aparelho deve cuidar para não violar o domicílio, a vida privada, a intimidade ou a privacidade alheias. Vale ressaltar, no entanto, que as filmagens realizadas em locais públicos não violam os direitos constitucionais, conforme já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Não é possível considerar que tenha sido irregular a filmagem da operação que culminou com a prisão em flagrante da impetrante, uma vez que foi realizada em via pública, não sendo razoável, portanto, ser acatado o argumento de violação da intimidade (STJ. MS 19239-DF, Primeira Seção, v. u., Relator Ministro Humberto Martins. DJe de 01/04/2014).

Os defensores desse posicionamento comparam, ainda, a utilização de *drones* à de helicópteros tripulados pelas polícias militares e judiciárias. Com essa analogia, concluem que, se não há violação grave da privacidade pela presença de agentes estatais em veículos aéreos, também não haverá violação se os veículos não tripulados forem utilizados.

Em 2012, de 44 indústrias de *drones* do mundo todo, 15 eram situadas em território nacional (STOCHERO, 2013). Os custos com a troca de veículos aéreos tripulados por *drones* também é significativo, ao passo que levantamentos feitos concluem que a redução de gastos chega a até 10 vezes (*Idem*).

O Delegado Federal Carlos Sobral (informação verbal)¹ utiliza linha de raciocínio que pode ser adotada por analogia na presente análise. Para ele, não devemos criar antagonismo entre segurança e liberdade, pois ambos os direitos andam juntos. De nada adianta o indivíduo ter segurança total garantida, sem qualquer tipo de liberdade de escolha. Por outro lado, também não adianta a plena liberdade, se não for garantida a segurança, pois ninguém impedirá a pessoa de sair de casa, mas ela escolherá não sair em razão da insegurança vivenciada na sociedade. Em certa medida, é

necessário que lhe sejam asseguradas liberdade e segurança, mas, para isso, é necessário nos afastarmos do velho debate segurança *versus* liberdade.

Para uma completa análise, necessário se faz o exame de casos concretos. Mesmo sem estruturação necessária para a plena utilização de VANTS, a Polícia Federal já colheu importantes frutos pelo seu uso em investigações de tráfico internacional de drogas e contrabando de armas.

Um segundo posicionamento para análise da utilização dos *drones* em procedimentos criminais, com visão intermediária, está baseado no reconhecimento da colisão entre direitos constitucionais.

No caso, existe a necessidade da persecução criminal, uma vez que é titularidade do Estado, em suas diversas esferas, a garantia da segurança pública, conforme disposto no art. 144 da Constituição Federal. Com a justificativa da preservação da ordem e da incolumidade das pessoas, o uso dos *drones* viria a conflitar com o direito à intimidade, quando utilizado de maneira a feri-la intencionalmente ou não.

As normas constitucionais são classificadas, segundo Alexy (apud BUSTAMANTE, 2011), em princípios e regras. Princípio é a determinação de que algo seja feito na maior escala possível, enquanto a regra pode ou não ser cumprida em sua integralidade, ou seja, não há escala de cumprimento progressivo, assim como os números binários, ou se é zero ou se é um. O princípio, portanto, nas palavras de Alexy, é um comando de otimização:

Quando se diz que os princípios jurídicos são mandados (ou comandos) de otimização, o que se pretende ressaltar com isso é que tais normas estabelecem o dever de realizar um estado ideal de coisas na máxima medida possível, sem descrever, de antemão, os comportamentos necessários para tanto. É por isso que se diz que os princípios constituem ideal *oughts*. Sustentar que os princípios são comandos de otimização implica crer que estamos diante de normas às quais se pode aderir em maior ou menor extensão, sendo possível cumprir em diferentes graus o comando normativo em questão: em cada colisão entre princípios constitucionais, a forma de otimização adotada será diferente, tendo em vista as condições fáticas e normativas do caso concreto (BUSTAMANTE, 2011).

A aplicação de regras se dá pela subsunção do fato à regra e, assim, diante de uma colisão de regras, a solução somente se torna possível por meio da exceção de uma delas ou da sua invalidação. Já para os princípios, quando colidem entre si, é possível adotar a técnica de ponderação.

A resolução dos conflitos de ordem constitucional não se dá de forma pacífica, mas tem-se como método eficaz utilizar a ponderação de bens, que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito (GAVARA DE CARA, 1994, apud STEINMETZ, 2001, p. 140). Utilizando esse método, são necessários alguns pressupostos básicos, como a colisão entre direitos fundamentais protegidos, na qual a realização ou a otimização de um implica a afetação, a restrição ou até a não realização do outro; e a inexistência de uma hierarquia abstrata entre os direitos, de forma que inexista a possibilidade de construção da prevalência de um sobre o outro no caso concreto. Segundo Mendes (2012), “a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como um complexo normativo unitário e harmônico”.

A forma mais adotada pelas doutrinas tradicionais, como expõe, por exemplo, Alexy, é sopear os princípios colidentes envolvidos, chamando sua tese de Lei de Colisão, na qual explica que “ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis” (ALEXY, 2011, p. 94).

Há interesse público envolvido nas investigações de ilícitos, e a oposição do interesse público como exceção à privacidade é muito bem defendida por Peck Pinheiro, quando afirma que a privacidade é a possibilidade de acesso de informações pessoais a terceiros:

[...] a não ser nas hipóteses excetuadas por lei, quando prevaleça o interesse público no conhecimento público daquela informação, quando haja legitimidade e razoabilidade para tanto ou por ato de autoridade munida de ordem judicial. Relaciona-se com a capacidade de existir na sociedade. Ou seja, a proteção da privacidade é a regra, mas não pode ser absoluta, pode ser relativizada em casos de exceção legal ou social (este último cenário possui maior ocorrência nos países de direito costumeiro). Logo, no ordenamento brasileiro, a privacidade não representa o direito de ser anônimo que, ao contrário, está vedado pela Constituição Federal, no mesmo art. 5º, IV (PINHEIRO, 2016, p. 243).

Na colisão entre direitos fundamentais, também conhecidos como *hard cases*, em virtude da inafastabilidade da jurisdição, uma solução deve ser adotada. No confronto entre os direitos à vida privada, intimidade e privacidade e à segurança, SIDOU (2013, p. 635) compartilha o entendimento dos defensores dessa linha de raciocínio, ao citar o documento elaborado após a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade:

Em termos subjetivos, as limitações só se justificam ‘para defender os interesses da segurança nacional, da segurança pública ou do bem-estar econômico da nação; para impedir a desordem ou o crime; para resguardar a saúde ou a moral públicas, ou para proteger os direitos e as liberdades de terceiros’. O direito à intimidade só deve render apreço, por um lado, ao poder de polícia que o Estado se assegura através de seus ‘direitos indisponíveis’, e por outro, à razão do próprio direito, definido por Kant, o conjunto de condições pelas quais a liberdade de cada um pode coexistir harmonicamente com a liberdade dos outros, segundo uma lei geral.

Cuida o documento jurídico de cada um, em particular, desses casos que autorizam a intromissão das autoridades no interesse público, definindo-os com desejável clareza.

Após interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional, é possível constatar que o legislador já se deparou com situações semelhantes anteriormente, como a colisão entre esses mesmos princípios em razão da interceptação telefônica. No caso específico da interceptação, o legislador adotou o regramento específico para adoção de tal procedimento, situação essa em que entendeu pelo menor peso dos direitos à intimidade, à privacidade e à vida privada.

Do mesmo modo, vem entendendo o Judiciário, ao flexibilizar os direitos à intimidade, à privacidade e à vida privada em investigações e processos criminais, quando determina que empresas privadas de tecnologia implementem interceptações telemáticas em comunicações de suspeitos.

Desse modo, a conclusão daqueles que adotam tal posicionamento é a de que a utilização de *drones* em procedimentos criminais investigatórios e repressivos deve adotar sistema semelhante ao da interceptação telefônica, priorizando-se a segurança e a ordem públicas.

A terceira visão sobre a possibilidade de utilização de *drones* em investigações criminais está em sentido diametralmente oposto à primeira, pois os seus defensores acreditam na impossibilidade de utilização dessa tecnologia, por entenderem que o seu emprego fere diretamente o direito à privacidade.

As características já afirmadas, como a existência de câmeras de alta resolução que permitem a perfeita aproximação de imagens situadas a quilômetros de distância, são ínsitas a essas aeronaves não tripuladas e demonstram a potencialidade lesiva à privacidade social.

Ainda, afirmam os defensores desse raciocínio que é impossível comparar a utilização de aeronaves tripuladas com os *drones*, pois as aeronaves tripuladas que realizam operações das polícias Civil, Militar e Federal são usadas apenas em situações excepcionais, enquanto os *drones* têm capacidade de se difundirem e de serem utilizados em larga escala, o que expandirá exponencialmente a turbação à privacidade e à intimidade.

A falta de controle das imagens feitas por meio dessas aeronaves é outro fato relevante trazido pelos defensores desse ponto de vista. A realização de voos sem qualquer tipo de regulamento ou de controle do que é feito e capturado pelos *drones* pode tornar muito subjetiva a análise do que é ou não relevante, ou o que merece ou não a atenção do operador daquela máquina, tornando-a potencialmente lesiva à privacidade e à intimidade de todos aqueles que estejam em território nacional.

Certo é que a utilização dos *drones* nas investigações criminais será, além de um grande avanço no colhimento de provas, inevitável futuramente, portanto, a necessidade de regulamentação e de requisitos estabelecidos juridicamente para sua utilização far-se-ão imprescindíveis para a sociedade, pois, somente assim, a violação da privacidade será minimizada.

Tendo em vista as grandes vantagens advindas do uso dos *drones*, a alternativa para a legislação brasileira é implementar esse avanço tecnológico para auxiliar nas investigações, regulamentando sua utilização a fim de evitar abusos e, também, de garantir os direitos à privacidade e à liberdade, assegurados constitucionalmente.

A sugestão para solucionar esse *hard case* é a adoção de alguns critérios para a detida análise do caso concreto enquanto não há regulamentação específica para a questão. Quando adstrita à captura de imagens de locais públicos, os *drones* devem ter livre circulação. Se, para a atuação das aeronaves na investigação ou na repressão criminal, for essencial a captura de imagens dentro de domicílios de estranhos ao procedimento policial, o seu uso deve ser vedado, já que não se mostra razoável a inobservância de direitos constitucionais de terceiros alheios ao ilícito combatido. No entanto, caso seja essencial ao procedimento a invasão da seara pessoal do investigado, ou dos possíveis envolvidos no ilícito penal em testilha, mister se faz a autorização judicial, para que a situação e os requisitos sejam analisados pelo magistrado, figura imparcial, de modo a evitar ilegalidades.

Aprovado: 10/11/2016. Recebido: 5/9/2016.

NOTA

¹ Informação retirada da manifestação do Delegado Federal Carlos Eduardo Miguel Sobral no Debate sobre Combate à Corrupção e Compliance ocorrido em 6 de agosto de 2016, organizado pela Escola Nacional dos Delegados de Polícia Federal na sede da Associação dos Delegados de Polícia Federal em Brasília/DF.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AUSTIN, Reg. **Unmanned Aircraft Systems: UAVs design, development and deployment**. Wiltshire. John Wiley & Sons Ltd, 2010. 332.
- BISPO, Christiano Carvalho. **A utilização do veículo aéreo não tripulado nas atividades de segurança pública em Minas Gerais**. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Segurança Pública). Academia de Polícia Militar de Minas Gerais e Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: Um modelo funcional para a argumentação jurídica?** In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Trad. Célia Euvaldo. São Paulo: Cosacnaif, 2015.
- FINN, Rachel L., WRIGHT, David. **Unmanned aircraft systems Surveillance, ethics and privacy in civil applications**. Computer Law & Security review, nº 28 (2012) 184/194.
- LIMBERGER, Têmis. A Informática e a Proteção à Intimidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 33, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.
- NETO, Arlindo Bastos de Miranda. **Fundamentação Jurídico-Constitucional da Missão Policial para a legitimação do Veículo Aéreo Não Tripulado no espaço aéreo Brasileiro**, 2010, 58 p. Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Ciências. Lauro de Freitas. 2010.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PINTO, Cap. Diogo Emilião. **Radar de Abertura Sintética (SAR): Uma breve apresentação sobre o funcionamento e capacidades**. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/1052596-Radar-de-abertura-sintetica-sar-uma-breve-apresentacao-sobre-o-funcionamento-e-capacidades.html>>. Acesso em: 04 set. 2016.
- SANTOS, Érico Rossano Moreto dos. **O emprego de veículo aéreo não tripulado na segurança pública: uma proposta para o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal / Cel QOBM/Comb** Érico Rossano Moreto dos Santos - Rio de Janeiro: ESG, 2011. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/ABVANT.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2016.
- SIDOU, J. M. Othon. **Direito à intimidade**. In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STF. **HC 84.203-RS**. Segunda Turma. V.U. Ministro Relator Celso de Mello. J. 19 de out. 2004.
- STOCHERO, Tahiane. **Polêmicos e Revolucionários, mais de 200 “Drones” Voam no País sem regra**. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/03/polemicos-e-revolucionarios-mais-de-200-drones-voam-no-brasil-sem-regra.html>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- WALKER, Robert Kirk. **The Right to be Forgotten** (November 20, 2012). 64 Hastings Law Journal 257, December 2012, p. 262. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2017967>>. Acesso em: 10 out. 2016.

Milene Mauricio

Professora tutora do Complexo Educacional Damásio de Jesus.
Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela
Universidade de Coimbra e IBCCRIM.
Pós-graduanda em Direito Digital e Compliance
pela Faculdade Damásio de Jesus.
Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal
pela Faculdade Damásio de Jesus.
Advogada.

Rua Monte Alegre, nº 470, Perdizes
São Paulo/SP
CEP 05014-000
milenemauricio@uol.com.br

Rodrigo Olhiara da Silva

Pós-graduando em Direito Digital e Compliance pela Faculdade Damásio de Jesus.
Advogado.

Rua José Versolato, nº 111, Conjunto 715, Centro
São Bernardo do Campo/SP
CEP 09750-730
rodrigo@olhiaraconsultoria.com.br

Caroline Bussoloto de Brum

Pós-graduanda em Direito Penal e Políticas Criminais.
pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.
Advogada.

Rua Miracema, nº 95, Chácara das Pedras
Porto Alegre/RS
CEP 91330-490
carolinebussolotob@gmail.com

Yuri Bastos

Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes.

Rua Lourival Andrade, nº 735, Inácio Barbosa
Aracaju/SE
CEP 49040-320
yuri.bastos15@gmail.com

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL: O CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Paulo Alves Santos

JUDICIAL REVIEW IN THE STATES COURTS: THE CASE OF
THE FEDERAL DISTRICT AND TERRITORIES COURT

RESUMO

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é decorrência lógica da posição de supremacia atribuída aos textos constitucionais nos estados contemporâneos. Este estudo objetiva, em primeiro lugar, compreender as discussões gerais relacionadas ao controle de constitucionalidade, para, em seguida, observar o desenvolvimento desse tema no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange ao controle de constitucionalidade realizado nos estados-membros por meio dos tribunais de justiça. Assim, almeja-se abordar os instrumentos jurídicos existentes no âmbito estadual aptos a combater normas inconstitucionais. Por fim, exemplificativamente, será analisado o caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, abordando-se como este Tribunal tem feito uso das ações destinadas ao controle de constitucionalidade nos últimos anos.

» **PALAVRAS-CHAVE:** CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA.

ABSTRACT

The judicial review of laws and normative acts is a logical consequence of the position of supremacy attributed to the constitutional texts in contemporary States. This study aims, firstly, to understand the general discussions related to the judicial review to then watch the development of this theme in the Brazilian legal system, especially with regard to Judicial Review held in the member states through the Courts of Justice. Thus, it aimed to study the legal instruments available at state level able to fight unconstitutional rules. Finally, as example, the case of the Federal District and Territories Court of Justice will be analyzed, in order to understand how this court has used the actions related to judicial review during the last years.

» **KEYWORDS:** JUDICIAL REVIEW. COURTS OF JUSTICE.

INTRODUÇÃO

Uma das discussões centrais em qualquer estado constitucional contemporâneo é a forma como será exercido o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais. Este trabalho buscará identificar os principais fundamentos do controle judicial de constitucionalidade, para, em seguida, debruçar-se sobre os métodos do exercício desse controle no Brasil, sobretudo no âmbito estadual.

Com efeito, objetiva-se analisar a discussão subjacente à necessidade de um controle judicial empenhado em garantir a autoridade e a eficácia das constituições estaduais e Federal. Nesse ínterim, terá destaque o estudo das formas de controle de constitucionalidade (preventivo e repres-

sivo), das vias pelas quais essa vigilância poderá ser exercida pelo Poder Judiciário (concreta, abstrata, difusa e concentrada) e dos órgãos responsáveis por essa tarefa institucional.

A partir disso, especificamente no âmbito estadual, serão verificados quais instrumentos estão à disposição das unidades federativas, para, por meio de seus tribunais de justiça, afastar do ordenamento jurídico uma norma inconstitucional, ressaltando-se as consequências desse tipo de controle sobre o sistema jurisdicional e a sua relevância para a integridade da aplicação do Direito.

Por fim, será analisado, exemplificativamente, o controle de constitucionalidade realizado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), delineando-se a sua atuação nessa matéria nos últimos anos.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

O desenvolvimento de um sistema de controle de constitucionalidade das normas infra-constitucionais está intrinsecamente vinculado ao reconhecimento da supremacia normativa da Constituição, condição sem a qual não haveria sentido verificar a compatibilidade entre as regras ordinárias e o texto constitucional.

Em verdade, se não se reconhecesse a Constituição como texto fundante da ordem jurídico-política, dotado de preeminência sobre as demais disposições do ordenamento jurídico e fonte de legitimidade de todas as demais normas do Estado, não seria possível sustentar a necessidade do controle de constitucionalidade. Nesse caso, eventuais conflitos entre o texto constitucional e as outras normas deveriam ser resolvidos pelos juízes com base nos critérios clássicos de solução de antinomias legais, sem a necessidade de qualquer especialização em uma atividade de controle permanente e específica, a qual se destina exclusivamente ao resguardo da Constituição.

É importante notar que o caráter normativo da Constituição não pode ser tomado como fato dado e ontológico. Aliás, nos primeiros momentos do constitucionalismo, quando ainda prevalecia a existência de constituições meramente nominais¹, pouco espaço havia para a discussão do controle de constitucionalidade, uma vez que era comum existir o descompasso entre as previsões constitucionais e a realidade social, política e econômica. De acordo com esse paradigma, a constituição exerceria papel eminentemente educativo, como um belo traje que fora comprado, mas que permanecia no armário, sem ser efetivamente utilizado (LOEWENSTEIN, 1970, p. 87).

Um ponto de virada nessa perspectiva, de especial relevância para impulsionar e disseminar o controle de constitucionalidade, foi o julgamento do caso *Marbury vs Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Com efeito, a Constituição estadunidense de 1787 não regulava, de forma explícita, nenhum mecanismo específico de controle de constitucionalidade, muito menos determinava que a Corte Suprema ou qualquer outro tribunal realizasse essa atividade. Contudo, a prerrogativa de se levar a

cabo o *judicial review* dos atos legislativos foi invocada no precedente supracitado como sendo uma missão inerente ao Poder Judiciário, a quem competiria, acima de tudo, atender e observar a Constituição sobre qualquer resolução legislativa ordinária (BARROSO, 2014, p. 27).

Naquela ocasião, afora o imbricado contexto político no qual estava envolta a controvérsia, a questão posta na Suprema Corte dos Estados Unidos cingia-se a analisar a validade de uma lei produzida por autoridade que não teria competência constitucional para editá-la.² Verificava-se, assim, o descompasso entre a realidade política e a previsão constitucional, manifestada concretamente na existência de um ato emanado do Poder Político que, alegadamente, desrespeitara o comando estabelecido na Constituição. Nesse interessante conflito, a resposta dada pelo Tribunal foi a de impor a prevalência desta última sobre o primeiro, ao argumento de que uma lei contrária à Constituição não possui validade jurídica – “*the unconstitutional statute is not law at all*” (WILLOUGHBY, 1910, p. 10).

A interpretação adotada pela Suprema Corte estadunidense, conferindo ao Poder Judiciário a possibilidade de proclamar a invalidade de disposições legislativas contrárias à Lei Maior, veio acompanhada de uma reflexão acerca da supremacia da Constituição e de sua força normativa cogente, conforme ressaltou o *Justice Marshall*, relator nesse precedente:

Ou a constituição é uma lei superior, suprema, imodificável por meios ordinários, ou ela está no nível dos atos legislativos ordinários e, como os outros atos, é alterável quando a legislatura aprovar alterá-la. Se a parte anterior da alternativa for verdadeira, então um ato legislativo contrário à constituição não é uma lei; se a parte posterior for verdadeira, então constituições escritas são tentativas absurdas da parte do povo de limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Certamente todos os que formularam constituições escritas contemplaram-nas como constituindo a lei fundamental e suprema da nação e, conseqüentemente, a teoria de cada um desses governos deve ser a de que um ato da legislatura repugnante à constituição é nulo (MARSHAL, 1803).³

De fato, com a declaração da inconstitucionalidade de determinada lei por sua contrariedade à Constituição, tornou-se assente que todos os poderes do Estado, inclusive o Legislativo, se submetem ao comando da Lei Fundamental, conferindo-se às normas constitucionais verdadeira efetividade, de forma a torná-las diretamente obrigatórias, mesmo sem a sua integração pelo Parlamento (MORAES, 2000, p. 39-41).

Destarte, firmando-se a premissa essencial da normatividade e da supremacia do texto constitucional sobre as demais disposições legislativas ou sobre quaisquer outros atos do Poder Público, torna-se justificável a existência de controles, visando a evitar a subversão dessa ordem hierárquica, isto é, a impedir que regramentos infraconstitucionais comuns se sobreponham impunemente à Constituição.

Esse controle imperativo é igualmente reflexo do desejo contemporâneo de que as constituições nacionais alcancem concretude e sirvam como catalisadoras das transformações almejadas na sociedade. Em verdade, é sabido que uma constituição não se operacionaliza por si mesma, mas depende da construção de um manto teórico que possa dar condições de tornar efetivos seus conteúdos no nível da interpretação (STRECK, 2014, p. 277). Assim, nessa atividade de

constante resignificação constitucional, empurrando-se a Constituição do etéreo para a realidade, o controle de constitucionalidade assume papel de destaque.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Embora os fundamentos que sustentam a necessidade e a utilidade de um sistema de controle de constitucionalidade encontrem apoio sólido no movimento constitucionalista moderno, várias questões foram colocadas aos estados nacionais acerca do desenho institucional que deveria ser dado a esses mecanismos de controle, destacando-se duas indagações de ordem prática: Quem deve ser titular do controle de constitucionalidade? E como será feito esse controle?

Quanto à primeira questão, a controvérsia originou o célebre debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de quem deveria ser o “guardião da Constituição”.

A proposta de SCHMITT (1931) afirmava que a função de salvaguardar a constituição, em nome do povo, deveria ser responsabilidade do representante máximo da nação. Isso, porque, por essa perspectiva, acreditava-se que o chefe da nação, chancelado pelo crivo da eleição popular, estaria legitimado a atuar de acordo com o espírito do povo e de forma independente em relação aos partidos políticos, agindo como instância verdadeiramente suprema e neutra (LORENZETTO, 2009, p. 1926).

Todavia, KELSEN (1931) entendia que a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis não poderia ser confiada a uma única pessoa investida do poder político, o que terminaria por desequilibrar a relação entre o Executivo e o Parlamento. Em sua proposta, ele sugeriu a criação de um órgão especial, um tribunal constitucional, no intuito de conciliar, no mesmo sistema jurídico, a necessidade de defesa da constituição e a liberdade política do Parlamento. A esse tribunal não seria dado conhecer de casos concretos, competindo-lhe apenas a função de julgar a compatibilidade lógica entre dois enunciados normativos perfeitamente cristalizados, mas ausente qualquer referência fáctica (NETO, 2010, p. 146).

O controle político de constitucionalidade, nos exatos termos propostos por Schmitt, não encontrou sucesso em nenhum lugar. Até mesmo nas experiências históricas mais próximas de suas ideias, o controle de constitucionalidade não ficou a cargo exclusivo do chefe da nação, mas de órgãos políticos especiais, de cuja composição ele poderia participar, ou nela influir, como é o caso do *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética e do *Conseil Constitutionnel* francês (SILVA, 2014, p. 51).

Em verdade, sobretudo após a II Guerra Mundial, o formato que se popularizou pelo mundo, naturalmente com matizes diferenciadas em cada país, foi o do controle de constitucionalidade exercido por uma Corte Constitucional. Não obstante, ainda é possível falar-se no controle político de constitucionalidade, mas, em regra, apenas na fase de formação do ato normativo. No caso brasileiro, é o que ocorre com as comissões parlamentares de Constituição e Justiça da Câmara dos

Deputados e do Senado Federal, ou com o veto presidencial por inconstitucionalidade do projeto de lei (BARROSO, 2014, p. 66).

Assim, consolidou-se no Brasil a prevalência do controle político na fase anterior à promulgação da lei, o que se convencionou chamar de controle preventivo, confiado ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, admitindo o controle judicial nessa etapa de discussão do ato normativo apenas em hipóteses excepcionais.⁴

Por outro lado, com a finalização do processo legislativo e com o ingresso da norma no ordenamento jurídico, a titularidade do controle constitucional se inverte, passando o Poder Judiciário a ocupar o papel central desse chamado controle repressivo de constitucionalidade, admitindo-se a possibilidade de controle político nessa fase apenas excepcionalmente e por meio de mecanismos bastante controversos.⁵

De todo modo, embora as cortes constitucionais tenham prevalecido sobre a proposta de Carl Schmitt, a ideia de centralização do controle de constitucionalidade em um único tribunal constitucional que julga abstratamente se opõe frontalmente à prática estadunidense consolidada nos anos seguintes ao julgamento do emblemático caso *Marbury x Madison*.⁶ Isso, porque se sedimentou, naquele país, o entendimento de que compete a qualquer juiz, seja qual for a sua posição hierárquica no aparato jurisdicional, analisar a constitucionalidade das leis ao julgar as demandas que lhe são propostas, e, se verificada a incompatibilidade delas com o texto constitucional, recusar-se a aplicá-las no caso concreto.

Dessa diferenciação entre o modelo original de Kelsen e a prática consolidada nos Estados Unidos extraem-se as duas classificações mais comuns no que concerne às vias do controle de constitucionalidade: o modelo concentrado e o modelo difuso.

O modelo concentrado, genuinamente kelseniano, caracteriza-se pela existência de um único órgão (ou de um número limitado de órgãos) habilitado a exercer o controle de constitucionalidade das leis. Nesse ponto, é importante destacar que o referido modelo não interpreta o controle de constitucionalidade como atividade de natureza simplesmente jurisdicional. Ao contrário, enxerga-se a Corte Constitucional como verdadeiro legislador negativo, competente para retirar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais, motivo pelo qual essa atividade não poderia ser confiada aos magistrados de carreira, mas deveria ser delegada a pessoas com perfil mais próximo ao de “homens de Estado” (BARROSO, 2014, p. 71).

Noutro vértice, o modelo americano, igualmente conhecido como controle difuso de constitucionalidade, distribui a tarefa de operacionalizar o controle de constitucionalidade entre todos os juízes que compõem o aparato jurisdicional do Estado. Dessa forma, confere-se a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a aplicação das normas infraconstitucionais que forem consideradas incompatíveis com a ordem constitucional (MENDES, 2012, p. 1.100).

No Brasil, cuja experiência constitucional se sedimentou posteriormente a essas duas grandes matrizes, apostou-se em um modelo misto de controle de constitucionalidade, o qual tenta conciliar, dentro do mesmo sistema, o controle difuso e o controle concentrado.

Assim, da mesma forma como ocorreu na experiência americana, é assente que qualquer juiz brasileiro, antes de aplicar as normas aos casos concretos, deve verificar a compatibilidade entre esses textos normativos e a Constituição, devendo recusar-se a aplicar as normas que entenda incompatíveis com a Lei maior (MENDES, 2012, p. 1.167).

É importante notar que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade da lei, apenas deixa de aplicá-la no caso concreto.

Nesse ponto, STRECK (2014, p. 527) enaltece a diferenciação entre “deixar de aplicar” e “declarar a inconstitucionalidade”, asseverando que essa terminologia está vinculada a uma questão de legitimidade democrática, pois, se um juiz pudesse declarar a inconstitucionalidade de uma norma, os demais juízes, de algum modo, deveriam ser afetados por esse ato declaratório, o que não ocorre. De fato, a constitucionalidade para o juiz singular deve ser interpretada como uma questão prejudicial, a qual o Magistrado deverá solucionar antes de avançar ao mérito da lide.

Por outro lado, os tribunais de qualquer âmbito jurisdicional, ao se depararem com normas que reputeem inconstitucionais na análise dos casos concretos, poderão efetivamente declará-las inconstitucionais, desde que o façam por intermédio de seu plenário ou de órgão especial, conforme a reserva qualificada de quórum prevista no próprio texto constitucional brasileiro (*full bench*).⁷

Porém, em que pese a existência do controle difuso de constitucionalidade pela via concreta, ou seja, vinculado aos casos submetidos à análise judicial, também se criou no Brasil um tribunal responsável por analisar, de forma concentrada, a compatibilidade abstrata entre as leis e a Constituição Federal. Além disso, criaram-se mecanismos para que os tribunais estaduais pudessem, igualmente de forma concentrada e abstrata, analisar a compatibilidade entre leis estaduais/municipais e a Constituição Estadual.⁸

Pelo exposto, podemos delinear o modelo misto de controle de constitucionalidade brasileiro como um sistema que admite o controle difuso de constitucionalidade, exercido por qualquer magistrado na análise de casos concretos submetidos à sua jurisdição, mas que define um órgão central para o exercício do controle abstrato das normas em relação à Constituição Federal (Supremo Tribunal Federal) e um órgão central para o controle abstrato de normas quanto à Constituição Estadual (Tribunal de Justiça).

Portanto, observa-se, no desenho institucional brasileiro, sério empenho para resguardar a Constituição por meio do controle de constitucionalidade das normas, uma vez que se realiza tanto o controle político na fase de formação do ato legislativo quanto o controle jurisdicional após a sua promulgação. E, no que tange ao âmbito jurisdicional, há a atuação difusa, a atuação concentrada, a

verificação concreta e a verificação em abstrato, subsistindo todas essas formas de controle simultaneamente no ordenamento jurídico pátrio.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

Como já dito, no modelo brasileiro, todos os órgãos do Poder Judiciário possuem competência para efetuar o controle de constitucionalidade na forma difusa. Contudo, além do Supremo Tribunal Federal, os tribunais estaduais também possuem competência para o controle concentrado de constitucionalidade com espeque na Constituição Estadual. Dessa forma, observa-se que esses órgãos possuem atuação constitucional peculiar, a qual será o objeto de análise a partir de agora.

3.1 O CONTROLE DIFUSO

Na prática, é possível que os tribunais estaduais se deparem com o controle de constitucionalidade em qualquer ação submetida à sua jurisdição. A questão pode ocorrer tanto no exercício da competência recursal, ao julgar as apelações manejadas contra sentenças do primeiro grau de jurisdição, como no exercício da competência originária, no julgamento de ações mandamentais ou de quaisquer outras ações.

De fato, o que distingue o controle difuso de constitucionalidade nos tribunais estaduais não é a sua procedência, mas o seu modo peculiar de julgamento, o qual possui dois pilares fundamentais e intimamente ligados: a exigência de pronunciamento do plenário ou do órgão especial e a chamada “cisão funcional” do julgamento.

Isso, porque, em consonância com o princípio do juiz natural, a análise do caso concreto, ou seja, da lide particular submetida à jurisdição, compete ao órgão fracionário do tribunal previamente determinado.⁹ Por outro lado, somente o plenário ou o órgão especial do tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Assim, para se equacionar a função de cada um desses órgãos, o julgamento é cindido, de forma que “ao plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie.” (MENDES, 2012, p. 1.174).

Esse procedimento para o controle difuso de constitucionalidade nos tribunais encontra-se atualmente regulado no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13/105/2015), no capítulo “Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”, e pode ser dividido em três fases: 1) arguição e admissibilidade; 2) julgamento da questão constitucional pelo plenário; e 3) julgamento do mérito da causa pelo órgão fracionário.

Para a apresentação do incidente de arguição de inconstitucionalidade, não se exige nenhuma formalidade especial. A matéria poderá ser suscitada por qualquer das partes, ou pelo Ministério

Público, no parecer ministerial, nas razões e nas contrarrazões recursais ou na petição inicial e na sua resposta, conforme o caso.

Ademais, por se tratar de matéria de ordem pública, também poderá ser suscitada de ofício pelo relator, a quem competirá, em qualquer caso, levar a arguição ao conhecimento da turma ou da câmara após ouvir o Ministério Público especificamente acerca do incidente que se pretende instaurar, caso não seja ele o suscitante.

Ressalte-se que, embora não haja previsão legislativa específica, conjugando-se o procedimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade com a norma insculpida no artigo 10 do Novo Código de Processo Civil, conclui-se que, caso o incidente seja suscitado pelo Ministério Público atuante no segundo grau ou, de ofício, pelo relator, as partes devem ser intimadas previamente para se manifestarem sobre a admissibilidade da arguição.

O objeto do incidente de arguição de inconstitucionalidade é abrangente. A norma processual refere-se à “a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público”, o que engloba tanto os atos normativos primários quanto os atos normativos secundários de qualquer nível da federação. Dessa forma, prestigiam-se as presunções que militam em favor dos atos públicos, somente podendo ser afastada a presunção de constitucionalidade das normas provenientes do Poder Público nos tribunais, mediante esse procedimento específico.

Noutro vértice, o Código de Processo Civil delimita que o incidente almeja que se reconheça a inconstitucionalidade da norma, sem especificar qual o parâmetro de controle que será adotado. Assim, em uma leitura sistêmica, afigura-se necessária a instauração do incidente tanto para a declaração de inconstitucionalidade de lei considerada a Constituição Federal quanto para a declaração de inconstitucionalidade de lei em virtude do previsto nas constituições estaduais, pois, em ambos os casos, haverá o rompimento da presunção de legitimidade de ato normativo emanado do Poder Público, o que justifica essa cautela procedimental particular.

Assim, podemos considerar hipóteses nas quais o tribunal irá analisar, pela via difusa, a constitucionalidade de normas federais, estaduais ou municipais, tendo como parâmetro a Constituição Federal; ou a constitucionalidade de normas estaduais e municipais com parâmetro na constituição estadual. O que não se concebe, apenas, é a declaração de inconstitucionalidade de lei federal, tendo como parâmetro exclusivo a constituição estadual. Isso, porque, nessa hipótese, estar-se-ia enfrentando verdadeiro conflito entre as competências legislativas dos entes federados, o qual somente pode ser solucionado pela norma maior da federação, qual seja, a Constituição Federal.

Levada a arguição ao órgão fracionário, este deliberará se a controvérsia constitucional é imprescindível para a resolução do caso concreto e, caso o seja, se a arguição se afigura procedente. Destarte, a turma ou a câmara poderá rejeitar, de plano, a arguição de inconstitucionalidade de norma que não guarde pertinência com o caso concreto, bem como daquelas que entenda ser

improcedentes, pois o órgão fracionário não pode declarar a inconstitucionalidade, mas pode reconhecer a constitucionalidade, hipótese na qual deverá prosseguir no julgamento do mérito da ação (BARROSO, 2014, p. 123).

Quanto a esse aspecto, MENDES (2012, p. 1.174) salienta que a rejeição do incidente é imperiosa quando a arguição envolver a impugnação de “ato que não tenha natureza normativa ou que não seja oriundo do poder público”, bem como quando for relativa “a lei ou outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa”. Por fim, acrescenta que “a arguição será improcedente se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional”.

Da mesma forma, por expressa determinação do parágrafo único do artigo 949 do Novo Código de Processo Civil, os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Acrescente-se, ainda, que a jurisprudência se orientou no sentido de que não é necessária instauração do incidente de inconstitucionalidade para que se realize o controle da recepção de normas anteriores à Constituição vigente¹⁰, nem para que se proceda à interpretação de norma infraconstitucional à luz da Constituição.¹¹ Todavia, caso a atividade interpretativa afaste a incidência da norma, no todo ou em parte, a controvérsia exige a manifestação do plenário e a instauração do incidente, consoante se extrai do Enunciado Sumular Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.¹²

Todavia, caso o órgão fracionário entenda ser necessária a resolução da arguição para julgar o mérito da ação e se entender serem procedentes as alegações do suscitante, não havendo nenhum precedente do Supremo Tribunal Federal ou do plenário do próprio tribunal sobre a controvérsia, dever-se-á acolher o incidente de arguição de inconstitucionalidade, lavrando-se acórdão desse julgamento de admissibilidade e remetendo-se o processo ao plenário ou ao órgão especial do tribunal.

Uma vez acolhida a instauração do incidente, suspende-se a discussão do caso concreto no aguardo da solução da questão constitucional prejudicial pelo plenário ou pelo órgão especial do tribunal. Inaugura-se, então, a segunda fase do procedimento da arguição de inconstitucionalidade nos tribunais, a qual é marcada pela abstrativização da causa e na qual o órgão constitucionalmente autorizado deverá se pronunciar exclusivamente acerca da matéria constitucional delimitada pelo julgamento de admissibilidade, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre questão não acolhida pela turma ou pela câmara ou, ainda, sobre aspectos do caso concreto alheios à discussão constitucional que lhe fora submetida (MENDES, 2012, p. 1.174).

Acentuando ainda mais a abstrativização característica dessa fase, o artigo 950 do Novo Código de Processo Civil autoriza, nessa etapa, a intervenção como *amicus curiae* das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, das partes legitimadas

pela Constituição Federal para o controle direto de constitucionalidade e de quaisquer órgãos ou entidades que possuam representatividade e possam contribuir, de maneira relevante, para a resolução do incidente.¹³

A ampliação do número de agentes atuantes no incidente de inconstitucionalidade é desejável e salutar, sobretudo em razão do impacto que a decisão do plenário ou do órgão especial terá sobre outros casos em curso e nos vindouros. Em verdade, nos termos do artigo 927, inciso V, do Novo Código de Processo Civil, os juízes e os tribunais deverão observar a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados sob pena de proferirem decisões consideradas não fundamentadas por ausência de aplicação do precedente, nos termos do artigo 489, § 1º, inciso VI, da mesma Lei Adjetiva.

Portanto, com a nova legislação processual, buscou-se uma discussão ampla no incidente de inconstitucionalidade, para se proferir julgamento que terá efeitos igualmente amplos. Trata-se de mais uma inovação que aproxima o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo a uma decisão do plenário, embora formalmente não dotada de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, a possibilidade de interferir em diversas outras ações pela sistemática dos precedentes.

O julgamento pelo plenário ou pelo órgão especial, por expressa previsão do artigo 97 da Constituição Federal, somente poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pela maioria absoluta de seus membros. Caso não atingido esse quórum, a arguição deve ser julgada improcedente, resolvendo-se a questão em favor da presunção de legitimidade dos atos do Poder Público. Em todo caso, da decisão do plenário lavrar-se-á acórdão irrecurável, devolvendo-se os autos ao órgão fracionário.

Nesse ponto, MENDES (2012, p. 1.175) alerta para a importância da juntada desse acórdão do plenário ou do órgão especial aos autos do processo, nos seguintes termos:

A decisão do plenário é irrecurável, vincula o órgão fracionário, no caso concreto, incorporando-se ao “julgamento do recurso ou da causa como premissa inafastável”. Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da questão concreta perante o órgão fracionário. Acentue-se que a aplicação do art. 97 da Constituição de 1988 obriga que se proceda à juntada do acórdão proferido no Pleno ou no órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, sob pena de, no caso de interposição de recurso extraordinário, entender o Supremo Tribunal Federal que não pode conhecer do apelo extremo por ausência de peça essencial para o julgamento definitivo. É o que se lê, v. g., no AGRgRE 158.540, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no qual se acentua que “a ausência do acórdão plenário que reconheceu a ilegitimidade constitucional de atos normativos emanados do Poder Público impede – ante a essencialidade de que reveste essa peça processual – que o Supremo Tribunal Federal aprecie, de modo adequado, a controvérsia jurídica suscitada. (MENDES, 2012, p. 1.175).

Por fim, declarada, ou não, a inconstitucionalidade, o julgamento será retomado no órgão fracionário, tomando-se como premissa lógica o acórdão proferido pelo plenário ou pelo órgão especial do tribunal quanto à matéria constitucional. Assim, se a norma houver sido declarada inconstitucional, não será aplicada. Na hipótese contrária, incidirá regularmente sobre o caso concreto para a resolução da lide (BARROSO, 2014, p. 124).

O que se denota do procedimento alhures explanado é que, não obstante certa burocracia procedimental decorrente da própria imposição constitucional de respeito à reserva de plenário, o incidente de arguição de inconstitucionalidade é importante instrumento colocado à disposição dos tribunais, para garantir a eficácia e a soberania do texto constitucional sobre as demais normas do ordenamento.

De fato, o tribunal tem a possibilidade de fazer cessarem, em larga medida, os efeitos nocivos de normas que confrontam a Lei maior, pois esse mecanismo de controle difuso contém em si mesmo a possibilidade de abstrativização da discussão, para abordar diretamente a constitucionalidade das normas em tese. Assim, potencializando-se o alcance da decisão por meio do sistema de precedentes, o incidente de arguição de inconstitucionalidade assume feições de verdadeira ação direta de inconstitucionalidade local, o que justifica a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* nessa causa que começa subjetiva, mas que adquire consequências que transcendem o caso concreto.

Outro ponto para ser destacado é que os tribunais estaduais somente poderão analisar a compatibilidade de lei federal com a Constituição Federal no incidente de arguição de inconstitucionalidade. Essa tarefa, atribuída precipuamente ao Supremo Tribunal Federal, é compartilhada com os tribunais estaduais na fase intermediária de julgamento do incidente, na qual o plenário poderá debater a congruência abstrata entre a lei federal e a Constituição.

Destarte, a declaração de inconstitucionalidade pelo plenário ou pelo órgão especial do tribunal estadual ocasiona, na prática, verdadeira inconstitucionalidade local da lei federal, uma vez que todos os demais órgãos jurisdicionais estaduais deverão observar o precedente firmado, nos termos do artigo 927, inciso V, do Novo Código de Processo Civil.

3.2 O CONTROLE CONCENTRADO

O artigo 125, § 2º, da Constituição Federal autorizou os estados da federação a instituir representação direta, para se declarar a inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais em virtude dos previsto nas constituições estaduais, colocando como única vedação a atribuição de legitimidade para essa ação a apenas um órgão.

Assim, como explica MENDES (2012, p. 1.464), a coexistência entre as jurisdições constitucionais concentradas estaduais e a federal é marcada pela diversidade de parâmetros de controle, o que limita o espaço de atuação de cada uma:

Como os atos do poder estadual estão submetidos às jurisdições constitucionais estaduais e federal, torna-se evidente, em certos casos, a concorrência das competências, afigurando-se possível submeter uma questão tanto à Corte estadual quanto à Corte Constitucional, nos casos de dupla ofensa.

Todavia, como enunciado, os parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional alemã hão de ser, fundamentalmente, a Constituição e as leis federais. Da mesma forma, o parâmetro para o controle de constitucionalidade exercido por uma Corte estadual é a Constituição Estadual, e não a Lei Fundamental ou as leis federais.

Situação semelhante verifica-se entre nós. **Parâmetro de controle do juízo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal haverá de ser apenas a Constituição Federal. O controle abstrato de normas perante o Tribunal de Justiça estadual será apenas e tão somente a Constituição estadual.** (MENDES, 2012, p. 1.464). [Grifo nosso].

Como se vê, o tribunal estadual foi erigido ao *status* de verdadeiro guardião da constituição estadual, derivando daí a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal de que a competência das cortes locais para o julgamento de ações diretas configura-se apenas quando a *causa petendi* que lhe for apresentada estiver vinculada ao texto constitucional estadual. Por outro lado, é vedado ao tribunal estadual, nessa via de controle, utilizar diretamente como parâmetro o texto da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência atribuída à Corte máxima da jurisdição nacional.¹⁴

Por certo, tendo em vista o modelo simétrico adotado na redação das constituições estaduais, surge a indagação acerca do controle concentrado fundamentado em dispositivo de constituição estadual que apenas reproduz norma de observância obrigatória já contida na Constituição Federal. Nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que os tribunais de Justiça estaduais são investidos de competência jurisdicional, para exercer a fiscalização concentrada de atos normativos do poder público violadoras, de qualquer forma, da constituição estadual, inclusive em relação a disposições que reproduzem compulsoriamente regras da Constituição da República.¹⁵

Todavia, MENDES (2012, p. 1.473) alerta que, em se tratando dessas normas de reprodução obrigatória contidas nas constituições estaduais, a competência plena do tribunal estadual permanece apenas enquanto o Supremo Tribunal Federal não for acionado. Entretanto, se foram ajuizadas, em razão da mesma lei, ações diretas no tribunal estadual por violação à constituição local e no Supremo Tribunal Federal por violação à Constituição Federal, há de se suspender o processo no âmbito da justiça estadual até a deliberação definitiva da Suprema Corte.

Outra situação peculiar que pode ocorrer no exercício do controle concentrado de constitucionalidade no âmbito estadual é a alegação de que o próprio parâmetro de controle, extraído da constituição estadual, é inconstitucional, ao considerar a Constituição Federal. Nesse caso, em um mesmo julgamento, o tribunal estadual deverá realizar o controle difuso de constitucionalidade quanto ao parâmetro de controle (respeitada a reserva de plenário e o quórum qualificado) e, caso o parâmetro seja admitido como compatível com a Constituição Federal, passará a realizar o controle concentrado de constitucionalidade quanto à norma estadual ou municipal impugnada.

Contudo, caso o parâmetro de controle seja considerado inconstitucional por ofender norma constitucional federal, o tribunal deverá declarar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do dispositivo da constituição estadual. Dessa forma, em regra, será julgada improcedente a ação direta em virtude da ausência de parâmetro de controle válido, a não ser que se constate violação a outro dispositivo da constituição estadual diverso do que fora declarado inconstitucional, observando-se sempre a causa de pedir aberta nesse tipo de ação.¹⁶

Por fim, saliente-se que o procedimento da representação pela inconstitucionalidade de atos normativos no âmbito estadual deve ser regulado por lei editada pelo estado-membro, vedando-se expressamente a atribuição de legitimação a um único órgão. Em todo caso, a prática recorrente demonstra que os entes estaduais utilizam como referência e de forma supletiva o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade que se processa no âmbito federal, o qual está descrito na Lei nº 9.869/99 (CARVALHO, 2008, p. 546).

Também se adotando como referência o modelo federal, e como é próprio do controle concentrado de constitucionalidade, a decisão proferida pelo tribunal estadual nessa via é vinculante e possui eficácia *erga omnes*,¹⁷ admitindo-se a modulação de efeitos, em simetria com a prática adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, alguma controvérsia se instaurou acerca da possibilidade de os entes federados instituírem também ações declaratórias de constitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão e arguições de descumprimento de preceito fundamental no âmbito estadual. Todavia, a doutrina majoritária, apoiada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entendem que essas ações possuem o mesmo objetivo de aferir a constitucionalidade de atos do poder público, razão pela qual a autorização para sua instituição no âmbito estadual se encontra implícita no artigo 125, § 2º, da Constituição Federal (MENDES, 2012, p. 1.477-1.482).

Como demonstrado, no controle concentrado de constitucionalidade, o tribunal local funciona como legítimo guardião da constituição estadual, imbuído da missão de controlar a constitucionalidade dos atos normativos do poder público estadual e municipal. A diversidade dos parâmetros de controle é a chave para a diferenciação entre a competência da corte estadual e a do Supremo Tribunal Federal, não obstante a intersecção entre essas jurisdições constitucionais seja relativamente comum. Ademais, apesar da liberdade legislativa dos entes federados, é certo que os procedimentos adotados para as ações de controle concentrado nas diferentes esferas da federação são bastante similares, tomando-se como referência as disposições da Lei nº 9.869/99.

4 O CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (TJDFT)

De início, é necessário esclarecer que o papel *sui generis* do Distrito Federal no modelo federativo brasileiro suscitou dúvidas acerca de sua aptidão para o controle de constitucionalidade pela via concentrada. Isso, porque a previsão do artigo 125, § 2º, da Constituição Federal refere-se exclusivamente aos “estados”, e o Distrito Federal não possui formalmente uma constituição estadual, mas apenas uma lei orgânica.

Sem embargo, observando-se que a Lei Orgânica do Distrito Federal é substancialmente idêntica a uma constituição estadual e considerando-se que a Constituição Federal atribuiu a esse ente federado autonomia política, financeira e administrativa, inclusive encarregando-lhe das competên-

cias legislativas próprias dos estados e dos municípios, não há razão para que ele não possua um controle concentrado de constitucionalidade destinado a proteger, pela via direta, a sua Lei Orgânica.

Inviável, por violar a competência legislativa constitucional, seria a instituição dos mecanismos de controle concentrado por meio de simples lei distrital, uma vez que a organização do Poder Judiciário do Distrito Federal é de competência da União, consoante determina o artigo 21, inciso XII, da Constituição Federal.

Porém, legislando a União acerca da instituição do controle concentrado de constitucionalidade no Distrito Federal, como de fato o fez com a edição da Lei nº 11.697/08¹⁸, mostra-se em consonância com a Lei Maior o exercício dessa competência pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, harmonizando-se a referida atividade com o atual ordenamento constitucional brasileiro, o qual “reconhece hoje o processo abstrato de normas como instrumento regular de controle de constitucionalidade, no âmbito dos estados federados” (MENDES, 2012, p. 1.486).

Desse modo, aplica-se ao TJDF tudo o que já foi dito no presente estudo acerca dos tribunais estaduais, de forma que esse órgão do Poder Judiciário distrital exerce ordinariamente o controle difuso de constitucionalidade nos processos em geral e também atua, no controle concentrado, como guardião da Lei Orgânica do Distrito Federal, a qual é substancialmente uma constituição distrital.

4.1 O CONTROLE DIFUSO NO TJDF

As disposições do Código de Processo Civil acerca do incidente de arguição de inconstitucionalidade são complementadas pelos artigos 287 a 293 do Regimento Interno do TJDF. Ressalte-se que a referida norma interna do tribunal foi recentemente revisada, para se adequar às profundas alterações introduzidas na lei civil adjetiva, alcançando-se razoável harmonia entre o Código e as disposições regimentais.

De fato, o artigo 950 do Código de Processo Civil reserva larga margem de conformação procedimental ao tribunal, utilizando-se de locuções como “observados os prazos e as condições previstos no regimento interno” e “no prazo previsto pelo regimento interno”. Assim, a atualização da norma interna era imprescindível nesse ponto.

No caso do Distrito Federal, há previsão expressa no regimento acerca da oitiva da parte contrária à suscitante e do Ministério Público antes do julgamento da admissibilidade da arguição, o qual será realizado no órgão competente para o conhecimento do processo.

Se acolhida a arguição, o processo será distribuído a um dos integrantes do Conselho Especial do Tribunal, e a pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato questionado será obrigatoriamente notificada pelo relator acerca da instauração do incidente, podendo manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. Essa notificação, apesar de não estar expressamente prevista na

lei, está em consonância com o objetivo da legislação processual, tornando mais efetivo o desiderato de alargamento da discussão em torno da constitucionalidade do ato normativo questionado.

Por outro lado, as entidades legitimadas à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e os outros órgãos e entidades representativos poderão se manifestar nos autos no prazo de 15 (quinze) dias a partir da distribuição do incidente. Essa disposição regimental é problemática, uma vez que restringe excessivamente a participação dessas entidades, ao impor limite temporal exíguo para que elas se apresentem nos autos, sobretudo quando considerado que o termo *a quo* do prazo é a distribuição do incidente, fato que não recebe nenhuma publicidade midiaticamente mais eficaz.

Algumas medidas simples podem ajudar no enfrentamento desse problema, com reflexos no aprimoramento democrático da instituição. O Tribunal poderia, por exemplo, comprometer-se a dar publicidade mais efetiva à distribuição dos incidentes de arguição de inconstitucionalidade, inclusive oficiando a entidades cujo objeto se mostre mais claramente vinculado ao tema tratado no incidente. Ademais, os relatores devem observar os prazos estabelecidos no regimento sem rigor excessivo, primando sempre pela pluralidade de ideias na discussão e considerando, analogicamente, que o Supremo Tribunal Federal firmou sua compreensão de ser admissível a intervenção do *amicus curiae* até a liberação do processo para a pauta.¹⁹

Em termos práticos, ainda não há exemplo de julgamento de incidente de arguição de inconstitucionalidade após a vigência do Novo Código de Processo Civil no TJDF. Todavia, sob a égide da antiga legislação processual, no triênio 2013-2015, estão registrados, no sistema de consultas *on-line* do tribunal, os acórdãos de 8 (oito) incidentes, todos suscitados por turmas cíveis. Deste total, em 3 (três) incidentes foi declarada a inconstitucionalidade da norma impugnada; em 2 (dois) incidentes foi confirmada a constitucionalidade da norma impugnada; em 2 (dois) incidentes o conselho especial não conheceu da arguição e em 1 (um) incidente houve perda de objeto.

Nas duas vezes em que o Conselho Especial não conheceu dos incidentes, afirmou-se que a matéria suscitada não exigia a manifestação desse órgão. Na primeira vez, no julgamento da AIL 2013.00.2.018244-6, sob a relatoria da Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, tratava-se de incidente admitido pela 5ª Turma Cível, mas que se centrava na discussão da recepção, na atual ordem constitucional, de norma anterior à Constituição Federal de 1988. Assim, por ser desnecessária a manifestação do órgão especial para simples juízo de recepção de normas da ordem constitucional pretérita, julgou-se inviável a instauração do incidente, devolvendo-se os autos ao órgão de origem.

Posteriormente, no julgamento da AIL 2013.00.2.017632-7, sob a relatoria do Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, o Conselho Especial novamente julgou inviável o incidente admitido pela 5ª Turma Cível, pontuando que o caso concreto poderia ser solucionado sem a necessidade de se incursionar em matéria constitucional, uma vez que a controvérsia se cingia à aplicabilidade da lei à hipótese dos autos e não à constitucionalidade do diploma normativo considerado em si mesmo.

Nas duas vezes em que a constitucionalidade da norma impugnada foi confirmada no incidente, a questão de fundo tratava da inconstitucionalidade formal desses diplomas normativos. No julgamento do AIL 2013.00.2.009491-9, admitido pela 1ª Turma Cível e relatado pelo Desembargador Angelo Passareli, invocou-se a inconstitucionalidade de instrução normativa emanada do DETRAN/DF que instituiu cobrança sobre o serviço de registro de contratos de financiamentos de veículos com cláusulas de alienação fiduciária, arrendamento mercantil e reserva de domínio ou penhor, sob a alegação de que se tratava de nova taxa e, portanto, somente poderia haver sido criada por lei. A arguição foi julgada improcedente, porque o Conselho Especial entendeu que o valor cobrado era, na verdade, um preço público, de forma que a sua instituição por ato normativo infralegal não violava o disposto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

No AIL 2014.00.2.021836-5, admitido pela 2ª Tuma Cível e relatado pelo Desembargador Silvanio Barbosa, questionava-se a constitucionalidade de lei distrital que obrigava empresas credoras a notificarem formalmente, por meio de correspondência registrada e endereçada ao consumidor, a inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes. A despeito da alegada inconstitucionalidade por invasão da competência legislativa da União, o incidente foi julgado improcedente, pois o tribunal entendeu que o ente federado agiu dentro de sua competência concorrente quanto à defesa do consumidor.

Por outro lado, no período pesquisado, por 3 (três) vezes o TJDFT declarou a inconstitucionalidade de normas por meio do incidente de inconstitucionalidade.

Na AIL 2012.00.2.028688-4, declarou-se inconstitucional norma distrital que instituiu hipóteses de gratuidade nos estacionamento privados, por ofensa à competência privativa de União para legislar sobre direito civil. Na AIL 2013.00.2.001870-5, declarou-se inconstitucional o artigo 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal). Por fim, na AIL 2013.00.2.021648-2, declarou-se a inconstitucionalidade formal da Lei Distrital nº 4.720/2011, por violação ao disposto no artigo 128, § 4º, da Lei Orgânica do Distrito Federal, a qual determina que os projetos de lei que instituem ou majorem tributos sejam encaminhados para apreciação da Câmara Legislativa até noventa dias antes do encerramento do exercício financeiro, exigência que não foi observada na espécie.

Pela análise supra, observa-se que o Conselho Especial do TJDFT tem agido com prudência na análise dos incidentes de inconstitucionalidade suscitados, inclusive afastando a manifestação desse órgão especial quando os órgãos fracionários encaminham arguições fora das hipóteses legais, como é o caso da análise de legislação pré-constitucional ou de lide cuja solução não demande a incursão em matéria constitucional.

Além disso, constata-se que o controle difuso tem tido como objeto tanto a legislação federal quanto a legislação distrital, já havendo sido utilizados como parâmetros de controle tanto a Lei Orgânica do Distrito Federal quanto a Constituição Federal, circunstâncias que reforçam o alcance amplo desse instituto e a percepção de que a Lei Orgânica é uma verdadeira constituição distrital.

O que se conclui é que a jurisdição constitucional difusa tem sido prestada de forma lúdima pelo TJDFT. Todavia, com a introdução da nova legislação processual e com a reforma do regimento interno do tribunal, espera-se que esse incidente seja utilizado de forma mais frequente, além de tornar-se mais democrático com a ampliação da discussão para admitir a participação de entidades públicas e privadas diretamente envolvidas na temática.

É preciso, para isso, que o Tribunal compreenda o papel central desenvolvido pelo controle difuso de constitucionalidade para a concretização da cidadania e do Estado de Direito, assegurando-se a prevalência da Constituição Federal e da Lei Orgânica do Distrito Federal a todos os jurisdicionados de forma contundente e eficaz.

4.2 O CONTROLE CONCENTRADO NO TJDFT

Como já dito, o fundamento legal do controle de constitucionalidade concentrado no Distrito Federal é encontrado na Lei nº 11.697/08, a qual fixou a competência do TJDFT para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade distrital e para a ação declaratória de constitucionalidade distrital, tecendo as seguintes regras gerais:

Art. 8º [...]

§ 1º O procedimento da reclamação das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade será regulado pelo Regimento Interno.

§ 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I - o Governador do Distrito Federal;

II - a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal;

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;

VI - os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

§ 3º Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Governador do Distrito Federal;

II - a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

III - o Procurador-Geral de Justiça.

§ 4º Aplicam-se ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios as seguintes disposições:

I - o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade;

II - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 (trinta) dias;

III - somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º Aplicam-se, no que couber, ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal, em face da sua Lei Orgânica, as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Essas regras genéricas não apresentam maiores inovações, limitando-se, em boa medida, a repetir o texto da Constituição Federal. A lei frisa a obrigatoriedade de oitiva do Procurador-Geral de Justiça; o rol de legitimados é similar ao correspondente no âmbito federal antes da Emenda Constitucional nº 45²⁰ e a reserva de plenário com necessidade de quórum qualificado é salientada.

Por fim, erige-se como norma supletiva a Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Destarte, o TJDFT realiza o controle de constitucionalidade das leis distritais, considerada a Lei Orgânica do Distrito Federal, de maneira muito simétrica à atuação do próprio Supremo Tribunal, sendo certo que essa tarefa lhe é demandada frequentemente.

Segundo informações fornecidas pela Ouvidoria do TJDFT²¹, obtidas nos termos da Lei de Acesso à Informação, somente no ano de 2015 foram julgadas 60 (sessenta) ações diretas de inconstitucionalidade pelo órgão especial do TJDFT, o que caracteriza a média de julgamento de 5 (cinco) ações de controle concentrado por mês.

Uma boa parte das decisões no controle concentrado de constitucionalidade do Tribunal no período recai sobre o controle da iniciativa de projetos de lei. Assim, em diversas ações, foram declaradas inconstitucionais leis de autoria parlamentar que tratavam de matérias dependentes da iniciativa do Poder Executivo.

Desse modo, foram declaradas inconstitucionais, todas oriundas de projetos de autoria parlamentar, leis que dispunham sobre o uso e ocupação do solo (ADI 20150020176846), sobre o direito de idosos a vaga em unidade de tratamento intensivo (ADI 20150020176900), sobre a quitação e descontos em financiamentos da Carteira de Créditos Imobiliários do Distrito Federal (ADI 20150020142986) e sobre a composição dos Conselhos da Administração e Fiscais de empresas estatais do Distrito Federal (ADI 20140020323190).

Por outro lado, apesar da alegada inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, foram julgadas constitucionais leis de autoria parlamentar que dispunham sobre os contornos da política pública de coleta de resíduos (ADI 20150020207376) e sobre o Programa de Assentamento de Trabalhadores Rurais (ADI 20150020143505).

Além do vício de iniciativa, há vários acórdãos, no período pesquisado, que analisam a inconstitucionalidade formal de leis distritais que alegadamente invadiram a competência legislativa privativa da União. Isso, porque o artigo 14 da Lei Orgânica do Distrito Federal prescreve que “ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, cabendo-lhe exercer, em seu território, todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal”. Assim, o Tribunal tem entendido que todas as vezes que o Distrito Federal legisla fora das hipóteses estabelecidas na Constituição Federal, especialmente em matéria reservada à União, além da ofensa ao texto da Lei Maior, há a vulneração desse dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Com esse raciocínio, foram declaradas inconstitucionais leis distritais que tratavam dos direitos e dos deveres dos empregados da Companhia Energética de Brasília, por se tratar de matéria referente a direito do trabalho (ADI 20140020320552); do direito ao porte de arma de fogo para os servido-

res do Distrito Federal, por ser tema atinente a direito penal e bélico (ADI 20140020270582); e de regras para depósitos judiciais, por ser norma integrante da legislação processual civil (ADI 20140020128535).

Porém, o controle concentrado de constitucionalidade do TJDFT não se restringiu às leis distritais ordinárias. O Tribunal teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal que tratou da contagem do tempo de contribuição à previdência social prestado pelo servidor público sob o regime de aposentadoria especial, proposição que não respeitou a reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo prevista no artigo 71 da Lei Orgânica do Distrito Federal (ADI 20140020239177).

Da mesma forma, o controle concentrado, no lapso temporal pesquisado, também incidiu sobre os atos normativos secundários, como ocorreu quando o TJDFT declarou inconstitucional decreto do Governador do Distrito Federal que extinguiu e criou cargos no âmbito da Secretaria de Saúde Distrital, sem prévia autorização legal, violando a regra de competência insculpida no artigo 58, inciso VII, da Lei Orgânica do Distrito Federal (ADI 20140020128463). Por outro lado, foi rejeitada a alegação de inconstitucionalidade de decretos do Poder Executivo que, segundo decidiu o tribunal, simplesmente regulamentaram benefícios que foram concedidos aos policiais militares e bombeiros militares do Distrito Federal pela Lei Federal nº 10.486/02 (ADI 20140020069903).

No campo da modulação de efeitos, observa-se que o Tribunal, em regra, atribui efeitos *ex tunc* aos julgamentos no controle concentrado, retroagindo-se à data da edição do ato normativo declarado inconstitucional. Todavia, o Órgão Especial já modulou os efeitos da decisão, para atribuir-lhes caráter *ex nunc*, o que ocorreu em ação direta na qual se declarou a inconstitucionalidade de lei distrital que dispunha sobre a utilização da chamada “bandeira 2” nos serviços de táxi. Nessa ocasião, os efeitos da decisão foram modulados, para impedir que os taxistas fossem acionados pelos consumidores para devolver os valores cobrados no período em que a lei permaneceu vigente (ADI 20150020019368).

Porém, a decisão mais interessante no que atine à modulação de efeitos foi proferida na ADI 20140020320552, na qual o Tribunal conferiu à decisão efeitos *pro futuro*.

Segundo MENDES (2012, p. 1.426), a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* ocorre quando, apesar de reconhecida a inconstitucionalidade da lei impugnada, tendo em vista fortes razões de segurança jurídica e interesse social, ela continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo tribunal. Nesse caso, a eliminação da lei declarada inconstitucional pelo tribunal submete-se a um termo pré-fixo e, considerando-se que o legislador não fixou um limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio tribunal essa definição.

No caso analisado pelo TJDFT, tratava-se de lei distrital que estendeu os benefícios do plano de assistência à saúde instituído para os empregados da Companhia Energética de Brasília aos aposentados e aos ex-empregados da referida sociedade de economia mista, assim como aos seus

pensionistas e dependentes. O Tribunal entendeu que, na hipótese, a lei distrital imiscuiu-se em matéria de direito do trabalho reservada à União e que já era regida pelos artigos 30 e 31 da Lei Federal nº 9.656/98.

Todavia, ponderando que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos imediatos iria deixar os aposentados e os ex-empregados da Companhia Energética de Brasília, assim como os seus pensionistas e dependentes, subitamente desamparados de cobertura assistencial à saúde, o Tribunal entendeu ser necessária a fixação de prazo, para que os beneficiários afetados se organizassem financeiramente. Resguardou-se, assim, o direito fundamental à saúde, que seria posto em risco com a interrupção súbita do plano assistencial. Destarte, o Órgão Especial fixou o prazo 18 (dezoito) meses, para que a norma inconstitucional permanecesse vigente, contados a partir da publicação do acórdão.

Com efeito, essa análise da atuação do TJDFT no controle concentrado de constitucionalidade no ano de 2015 revela a relevância do papel de guardião da Lei Orgânica do Distrito Federal desempenhado pela referida Corte. Entre os principais aspectos inerentes a essa função, está a assunção da posição de árbitro entre os Poderes Legislativo e Executivo, no que tange à iniciativa dos projetos de lei, tema que ocupa boa parte da pauta do controle concentrado e que se mostra essencial para a harmonia e independência dos poderes na unidade federativa.

Também no âmbito federativo, o TJDFT tem sido chamado a atuar na defesa da distribuição constitucional de competências legislativas, principalmente daquelas matérias reservadas à União e que são invadidas pelo Distrito Federal. Nesse ponto, tendo em vista que as normas referentes à distribuição de competências constam na Lei Orgânica do Distrito Federal em simetria com o texto constitucional federal, observa-se que o tribunal local tem a oportunidade de colaborar com o Supremo Tribunal Federal no resguardo do pacto federativo.

Além disso, o controle concentrado distrital também tem demonstrado a sua eficácia na contenção de atos normativos abusivos emanados da Administração Pública, especialmente daqueles consubstanciados em decretos do chefe do Poder Executivo. Ao assim proceder, o Judiciário local reforça os princípios da legalidade e do Estado de Direito, limitando e submetendo a atuação estatal aos ditames constitucionais.

Por fim, verifica-se que, apesar de não haver sido encontrada nenhuma ação declaratória de constitucionalidade no período pesquisado²², o sistema de controle concentrado distrital revelou razoável grau de maturidade, o que se infere pelo número de ações diretas julgadas pelo órgão especial e pela forma como a técnica da modulação de efeitos foi manejada nos acórdãos pesquisados.

CONCLUSÃO

No início deste trabalho, procurou-se demonstrar que o controle de constitucionalidade se tornou essencial nos modernos estados constitucionais, uma vez que é precisamente esse mecanis-

mo que, de forma mais direta, garante a autoridade e a supremacia do texto constitucional sobre os demais atos normativos do Poder Público.

A partir dessa premissa, abordou-se, de forma sucinta, a formação dos modelos de controle de constitucionalidade mais difundidos hodiernamente, com acentuada atenção ao debate entre Kelsen e Schmitt acerca de quem deveria ser o guardião da constituição. Assim, constatando-se a prevalência histórica do controle jurisdicional de constitucionalidade, foram descritas as principais diferenças existentes entre as vias concreta e abstrata bem como entre as matrizes concentradas e difusas.

No âmbito nacional, objetivamos compreender o modelo misto de controle de constitucionalidade instaurado no Brasil, mediante o qual todos os magistrados possuem competência para afastar a aplicação de leis inconstitucionais nos casos concretos, ao passo que somente o Supremo Tribunal Federal pode analisar a compatibilidade abstrata de uma lei com a Constituição Federal pela via direta.

Além disso, salientou-se também a importância do poder constituinte derivado decorrente, que foi conferido aos estados da federação para a edição de suas constituições estaduais, bem como da autorização contida na Lei maior, para que os estados instituíssem mecanismo de controle concentrado das leis estaduais e municipais consideradas as constituições locais, atribuindo-se essa tarefa ao tribunal de justiça estadual.

Em seguida, estudou-se a atuação dos tribunais de justiça no controle difuso de constitucionalidade, exercido por meio do incidente de arguição de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, e no controle concentrado, por intermédio das ações diretas instituídas no âmbito estadual. Nesse ponto, salientou-se que a compreensão da concorrência entre as jurisdições constitucionais estaduais e a jurisdição constitucional federal está intrinsecamente ligada à delimitação do parâmetro de controle adotado.

Por fim, realizou-se análise da atuação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, constatando-se que a ele se aplicam todas as disposições referentes aos tribunais estaduais quanto ao controle de constitucionalidade, o que decorre da própria lógica de organização da federação e do fato de que a Lei Orgânica do Distrito Federal é substancialmente uma verdadeira constituição distrital.

Assim, observou-se que a Corte distrital tem sido chamada a realizar o controle difuso de constitucionalidade nos incidentes de arguição de inconstitucionalidade instaurados em virtude de leis locais e federais, tomando-se como parâmetro de controle nesse incidente tanto a Constituição Federal quanto a Lei Orgânica do Distrito Federal.

Porém, é no controle concentrado que se encontra a maior atuação do Tribunal distrital na matéria, sendo-lhe recorrentemente demandado o exercício de seu papel de árbitro entre o Poder Executivo e o Legislativo, salvaguardando as disposições da Lei Orgânica e a distribuição constitucional das competências legislativas.

O que se conclui é que os mecanismos de controle de constitucionalidade colocados à disposição das cortes estaduais e do Distrito Federal são ferramentas úteis para a afirmação da supremacia da Constituição Federal e das constituições locais. Esses mecanismos levam a jurisdição constitucional para mais perto dos cidadãos e do Poder Público local, colaborando para a construção de uma realidade constitucional marcada pela efetividade.

Aprovado: 18/10/2016. Recebido: 9/8/2016.

NOTAS

¹ *‘Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal.’* (LOEWENSTEIN, 1968, p. 87).

² O writ de que *Marbury* se valera para acionar a Suprema Corte havia sido incluído na competência do Tribunal por uma lei ordinária. Segundo concluiu o julgamento, a competência originária da Suprema Corte estava fixada pela Constituição, não podendo ser atingida por diplomas normativos infraconstitucionais. A lei que o pretendesse fazer entraria em conflito com texto constitucional e, portanto, seria inválida, competindo ao Poder Judiciário assim declará-la (MENDES, 2012, p. 58).

³ UNITED STATES SUPREME COURT. *Marbury v. Madison* (1803). Inteiro teor disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acessado em: 11 jan. 2016..

⁴ Entre as hipóteses de controle judicial preventivo destaca-se a impetração de mandado de segurança por parlamentar, invocando-se direito líquido e certo a um processo legislativo hígido e constitucional. Nesse caso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. (MS 20.257/DF, Min. Moreira Alves).

⁵ Luís Roberto Barroso anota que “há alguns mecanismos de ação repressiva pelo Legislativo (como a possibilidade de sustar os atos normativos exorbitantes editados pelo Poder Executivo) e pelo Executivo (como a recusa direta em aplicar norma inconstitucional). Em qualquer caso, havendo controvérsia acerca da interpretação de uma norma constitucional, a última palavra é do Judiciário.” (BARROSO, 2014, p. 69).

⁶ Importante destacar que, mesmo antes de *Marbury v. Madison*, alguns Tribunais estaduais estadunidenses já haviam se autodeclarado competentes para analisar a compatibilidade entre as leis ordinárias e a Constituição, deixando de aplicar a norma inconstitucional, como o fizeram na Carolina do Norte (1787), na Carolina do Sul (1788) e em Maryland (1802). (PIÑERO, 2012, p. 26).

⁷ Segundo o artigo 97 da Constituição Federal, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Esta reserva qualificada de órgão e de quórum é também conhecida como *full bench*.

⁸ As constituições estaduais retiram sua validade diretamente da Constituição Federal, uma vez que o artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborasse uma Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal e obedecidos os princípios desta. Portanto, o poder constituinte derivado estadual decorre legitimamente do poder constituinte originário.

⁹ Por evidente, a cisão funcional não se aplica aos processos de competência originária do próprio plenário ou órgão especial, hipótese na qual o colegiado irá enfrentar diretamente a arguição de inconstitucionalidade no julgamento da ação, sem necessidade de instaurar-se o incidente.

¹⁰ “1. A violação ao princípio da reserva de plenário exige que a norma seja declarada inconstitucional, ou tenha sua aplicação negada pelo Tribunal de origem, o que não ocorre no caso sub examine, porque o dispositivo tido por desconsiderado, em frontal confronto ao determinado pela Súmula Vinculante 10 do STF, **foi editado em momento anterior ao da promulgação da Constituição Federal de 1988, não se submetendo à cláusula de reserva de plenário, mas somente ao juízo de recepção nas normas.**” (Rcl 18931 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015). [Grifo nosso].

¹¹ “A violação da reserva de plenário não se configura na **mera interpretação** de determinada norma à luz da Carta Política.” (Rcl 19878 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 31/05/2016). [Grifo nosso].

¹² Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹³ “Art. 950. [...]”

§1º As **pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado** poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§2º A **parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal** poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.

3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de **outros órgãos ou entidades.**”[Grifo nosso].

¹⁴ “Reclamação. Ação direta de inconstitucionalidade proposta, perante Tribunal estadual, com base em afronta a dispositivo constitucional estadual e a dispositivo constitucional federal. Reclamação julgada procedente, em parte, para trancar a ação direta de inconstitucionalidade quanto a “*causa petendi*” relativa a afronta a Constituição Federal, devendo, pois, o Tribunal reclamado julgá-la apenas no tocante a “*causa petendi*” referente a alegada violação a Constituição Estadual, “*causa petendi*” esta para a qual e ele competente (artigo 125, par. 2., da Constituição Federal).” (Rcl 374, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/1994, DJ 17-06-1994 PP-15707 EMENT VOL-01749-01 PP-00082).

¹⁵ “Agravamento regimental em reclamação. 2. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Inocorrência. 4. Não configuração de usurpação quando os tribunais de justiça analisam, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais e estaduais em face de normas constitucionais estaduais que reproduzem regra da Constituição Federal de observância obrigatória. 5. Violação à autoridade de decisão proferida pelo STF. 6. Não ocorrência. 7. Ato reclamado que não tem mesmo conteúdo de leis declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade. 8. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (Rcl 12653 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2012).

¹⁶ Segundo Supremo Tribunal Federal, as ações de controle concentrado de constitucionalidade possuem causa de pedir aberta, ou seja, o julgador não se encontra vinculado ao dispositivo da Constituição invocado como parâmetro de controle pelas partes (RE 343.818). Portanto, ainda que declarada a inconstitucionalidade do parâmetro de controle apontado pelas partes, é possível que a ação seja julgada procedente para declarar a incompatibilidade da norma impugnada com outro dispositivo da constituição estadual.

¹⁷ Gilmar Mendes acentua, inclusive, que “as disposições contidas nas diversas Constituições que condicionam a eficácia da decisão proferida em sede de controle abstrato, no âmbito estadual, à decisão de um órgão político estadual ou municipal parecem afrontar a própria Constituição Federal, que autoriza a instituição de um controle de constitucionalidade exercido por órgão jurisdicional, e não por órgão político. (MENDES, 2012, p. 1.490).

¹⁸ “Art. 8º Compete ao Tribunal de Justiça: I – processar e julgar originariamente: [...] n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica; o) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica.” [Grifo nosso].

¹⁹ “O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta.” (ADI 4071 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009).

²⁰ Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, o rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade e para a ação declaratória de constitucionalidade foi equiparado no âmbito federal, mudança que ainda não foi abarcada pela legislação local.

²¹ Solicitação realizada perante a Ouvidoria do TJDF e respondida no bojo do Processo Administrativo nº 02.503/2016, com informações prestadas pelo Núcleo de Registro de Acórdão e Estatística do Tribunal.

²² A esse respeito, a Ouvidoria do TJDF, no bojo das informações prestadas no Processo Administrativo nº 02.503/2016, confirmou a inexistência de ações declaratórias de constitucionalidade no ano de 2015.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Reimpressão. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona, Ariel: 1970.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009.

- MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO. Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.
- NELSON, Willian E. *Marbury v. Madison: the Origins and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: University of Kansas Press, 2000.
- NETO, Carlos Romero Lauria Paulo. A nova justiça constitucional: raízes, desenvolvimento e superação do modelo teórico-prático de Hans Kelsen. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado da Paraíba**, ano 2, nº 4, 2010, pp. 137-162.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.
- PIÑERO, Eduardo Schenato. **O Controle de Constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabis Editora, 2012.
- POLI, Vinicius. Controle Judicial de Constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades. **Revista Digital de Direito Público**, vol. 1, n. 1, 2012.
- SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2014.
- WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional law of the United States*, vol. 1 New York, 1910; apud MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 495.

Paulo Alves Santos

Especialista em Direito Público pela Faculdade Unyleya.

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília-UnB.

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília-UnB.

QNM 03, conj. J cs. 13A

Ceilândia/DF

CEP 72215-040

pauloas-22@hotmail.com

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E O CONFLITO DE PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE CERTA: ESTUDO DE CASOS

Caroline Rocha Pereira Teixeira

SURROGACY MATERNITY AND THE CONFLICT OF CERTAIN MATERNITY ASSUMPTION: CASE STUDY

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a relatividade da presunção de maternidade certa, conhecida como *mater semper certa est*, no caso de maternidade de substituição. Para tanto, serão demonstradas as mudanças ocorridas na estrutura familiar, como a liberdade de planejamento familiar, estabelecida na Constituição Federal, dentre outras advindas da evolução científica. Posteriormente, conceitua-se a maternidade de substituição, ao elucidar os aspectos jurídicos e os procedimentos médicos necessários. Por fim, será feito o estudo de dois casos. O primeiro é conhecido como o caso *Baby M.*, julgado na Suprema Corte de *New Jersey*, que foi escolhido em virtude da discussão jurídica sobre a definição da maternidade na hipótese de barriga de aluguel. O segundo caso versa sobre o registro civil no processo nº 104.323/2009, decidido pelo Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, escolhido também pela definição da maternidade cuja peculiaridade foi ter ocorrido a cessão temporária de útero para gestação de uma criança encomendada por outro casal, seja de forma onerosa, seja gratuita. Conclui-se que a presunção de maternidade pela gravidez e pelo parto foi relativizada, uma vez que a ciência possibilitou outras maneiras de concepção, como a maternidade de substituição; logo, não convém definir uma regra absoluta, mas decidir conforme o melhor para a criança, de acordo com a dignidade das pessoas envolvidas e consideradas as particularidades de cada caso. Na hipótese de futura lei, a norma deve impor soluções viáveis, sem grandes dificuldades para a aplicação do direito, como as cláusulas abertas.

» **PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO CIVIL. PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE CERTA. MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. ESTUDO DE CASOS. RESOLUÇÃO Nº 2.013/2013 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

ABSTRACT

This article aims to analyze the relativity of certain maternity presumption, known as mater semper certa est, in the case of surrogate motherhood. Therefore, the changes will be demonstrated in the family structure, such as freedom of family planning, established in the Constitution, among others resulting from scientific developments. Later, conceptualizes to surrogacy, elucidating legal aspects and the necessary medical procedures. Finally, a case study will be done. The first is known as the case of "Baby M", judged in the Supreme Court of New Jersey, which was chosen because of the legal debate on the definition of motherhood, in the case of surrogacy. In the second case, will be talked about the civil registry in case nº. 104323/2009, decided by the Magistracy Superior Council of São Paulo, also chosen in order to analyze the definition of motherhood, but in this case, occurred the practice of temporary uterus cession for gestation of a child ordered by another couple, whether costly or free. Based on the foregoing, it was concluded that maternity presumption by pregnancy and the birth was relativized, since science has enabled other ways to design, such as surrogate motherhood, therefore, should not set an absolute rule, but decide according to the best for the child, ensuring the dignity of the people involved and considering the particularities of each case. In the event of a future law, the rule must requiring viable solutions and no major difficulties in applying the law, such as open clauses.

» **KEYWORDS:** CIVIL LAW. PRESUMPTION OF RIGHT MOTHERHOOD. SURROGACY. CASE STUDY. RESOLUTION Nº. 2.013/2013 OF THE FEDERAL COUNCIL OF MEDICINE, IN BRAZIL.

INTRODUÇÃO

Desde o início dos tempos, a sociedade está em contínua transformação, principalmente nas relações familiares. Em razão disso, os valores tradicionais que pautavam a entidade familiar mudaram, assim como a legislação. O direito de família, acompanhando o progresso científico,

passou por sucessivas mudanças, inclusive na área da reprodução humana medicamente assistida, o que causou inúmeras implicações jurídicas.

Dentre essas implicações, há a relativização da presunção de maternidade certa pela gravidez e parto, no caso de maternidade de substituição, tema central deste artigo. Para compreender as questões jurídicas que envolvem essa técnica de reprodução, surge a necessidade de esclarecer alguns pontos cardeais, para que, depois, seja feito o estudo de casos sob a perspectiva da presunção *mater semper certa est*.

No primeiro tópico, aborda-se a construção da ideia de família ao longo do tempo. Uma das conquistas mencionadas é o direito ao livre planejamento familiar, previsto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal, que assegura a efetividade do direito à reprodução ou à descendência para pessoas que têm restrições físicas e precisam de intervenções médicas para procriarem. Em continuidade, serão explicados alguns conceitos básicos da reprodução assistida e da maternidade de substituição.

No segundo tópico, serão delineados os aspectos jurídicos da maternidade de substituição, a qual, resumidamente, envolve a cessão temporária do útero para a gestação da criança que será entregue, após o nascimento, para um casal que pode ou não ser composto pelos seus pais genéticos. Por fim, serão apresentados traços comparativos entre a decisão da Suprema Corte de *New Jersey* e a do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de discutir como seria decidido o primeiro caso se a legislação brasileira fosse aplicável e se, em ambos os casos, a presunção de maternidade certa pelo parto ou pela gravidez fosse mantida ou afastada.

Convém informar que o tema foi escolhido, porque o Direito de Família lida com o cotidiano da sociedade, regulando as relações familiares que estruturam a sociedade e têm papel fundamental no desenvolvimento psicológico dos seus membros. Além disso, percebe-se como a impossibilidade de gerar uma criança provoca trauma considerável no casal e, se há solução para isso, deve ser analisada sob o enfoque jurídico, de acordo com o princípio do melhor interesse da criança.

Para a Academia de Direito, vale ressaltar que o útero de substituição tem diversas situações que devem ser discutidas, como a sua legalidade, se o contrato de gestação celebrado é válido e em quais locais é permitida a sua onerosidade, também a questão da legalidade da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, além do tema central que é a definição da maternidade. Todas essas questões demandam normatização, para que os julgadores tenham no que se basear. Desse modo, não será tirado o direito do casal de ter filhos e serão resguardadas a segurança da criança no convívio familiar e a sua dignidade como pessoa humana.

A metodologia de pesquisa usada será a bibliográfica; logo, serão citados os entendimentos de pesquisadores, estudiosos de diversas áreas de conhecimentos, explicações de clínicas médicas, além de leis, doutrinas e jurisprudências, todos obtidos por meio de pesquisa no acervo bibliográfico da biblioteca do UniCEUB e na internet. Saliente-se que são poucos os doutrinadores que versam

sobre a maternidade de substituição – MS de forma completa, tendo em vista a carência de tratamento jurídico sobre o tema no Direito Brasileiro. Em razão disso, serão abordadas as suas vertentes no mundo jurídico, por meio da análise casuística.

Portanto, será apresentado todo o conhecimento adquirido sobre a MS, a fim de entender os aspectos jurídicos nela envolvidos e de concluir como é definida em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

1 A INSTITUIÇÃO FAMILIAR E A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOB O ENFOQUE DO DIREITO

Inicialmente, é essencial discorrer sobre como a Constituição Federal se posiciona quanto à família, uma vez que aquela é a norma principal vigente em nosso País, à qual estão subordinadas todas as outras normas, inclusive o atual Código Civil. A Constituição alargou o conceito de família e passou a proteger igualmente todos os seus membros, principalmente o homem e a mulher e os filhos havidos ou não na constância do casamento, assegurando-lhe os mesmos direitos.

Também dispôs sobre os princípios gerais de proteção à família, como a igualdade entre os filhos, não importando se as origens eram consanguíneas ou adotivas, de acordo com o que dita o artigo 227, §6º, da Carta Magna, que diz: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Dias, 2007).

Percebe-se, então, que a igualdade entre os filhos foi grande conquista da Constituição, que afastou o conservadorismo, marcado pela desigualdade, de outras épocas. Nada obstante, a Constituição expandiu a proteção familiar pelo Estado, entendendo como família a entidade que assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações, observados os interesses das pessoas humanas que a integram (Lôbo, 2008 apud Pereira, 2014).

Novos paradigmas e modelos de famílias surgiram, estruturados na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar, pois objetivam a realização integral de seus membros e afastam a prevalência dos laços sanguíneos e patrimoniais em prol do vínculo afetivo (Pereira, 2014). A família passou a ser o meio de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram, como consequência das alterações modernas substanciais sofridas, constituindo um espaço de realização pessoal em que seus integrantes estão munidos de dignidade e os pais, de paternidade responsável (Lôbo, 2008 apud Pereira, 2014).

Nesse sentido, há o direito ao livre planejamento familiar, que se define na gerência da família de forma a constituir um vínculo entre os seus integrantes, seja solidário, seja genético, desde que presente o ânimo familiar, conforme art. 226, §7º, da Constituição Federal. Em outras palavras, consiste na autonomia de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros para determinar

as prioridades e as regras próprias do âmbito doméstico. Além disso, esse direito coíbe a adoção de medidas coercitivas, por parte das instituições públicas ou privadas, da implementação do planejamento familiar, como determina o artigo 1.565 do Código Civil (Pimentel, 1993).

O planejamento familiar é decisão livre do casal, logo, os pais, em regra, exercem o poder familiar, devendo sustentar, educar, assistir e criar seus filhos menores, conforme artigo 229 da Constituição Federal. Contudo, é importante destacar a previsão pela Constituição da comunidade monoparental como entidade familiar, pois isso implica a tomada de decisões diárias e simples por apenas um responsável (Lôbo, 2011).

Portanto, essa responsabilidade é assegurada aos pais como obrigação, mas também aos filhos como direito fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O primeiro princípio visa ao direito de se viver plenamente, segundo as suas possibilidades e expectativas, indispensáveis à realização pessoal e à busca da felicidade. Inclusive, esse princípio está previsto em diversos dispositivos legais, tendo em vista ser cláusula geral de tutela da personalidade e fundamento da República Federativa do Brasil, em conformidade com o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (Pereira, 2014).

Como direito fundamental, desdobra-se em vários subprincípios, como a liberdade, a solidariedade, a igualdade, entre outros; assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado a todos os ramos do direito, especialmente ao direito de família (Venosa, Gagliardi, & Nasser, 2012).

Já o princípio da paternidade responsável, também envolvido no planejamento familiar, objetiva o melhor interesse da criança e limita a liberdade dos pais. Isso ocorre, porque não é possível conduzir a organização da família sem permitir o mínimo de liberdade; entretanto, não se pode olvidar a responsabilidade de assistência moral e material à criança. A propósito, Guilherme (2000) destaca que a “parentalidade responsável” (termo que ele julga mais adequado do que “paternidade responsável”) pode surgir em razão tanto do risco do exercício da liberdade sexual quanto da vontade da pessoa em se tornar pai ou mãe, que geram assunção de responsabilidades inerentes ao vínculo formado.

No artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, há o direito à maternidade, que consiste justamente em garantir a dignidade humana e toda a proteção necessária à mulher durante a gravidez, o parto e a amamentação (Diniz, 2011). Leis próprias também concederam direitos maternos, como a Lei n. 8.213/91¹, que concede o salário-maternidade, ou a Lei n. 11.942/2009², que impõe a existência de berçários em estabelecimentos penais, para as condenadas amamentarem seus filhos. Também há intervenção estatal na instituição familiar no art. 10, §5º, da Lei n.º 9.263/1963, transcrito abaixo:

Art. 10. **Somente é permitida** a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do **consentimento expresso de ambos os cônjuges**. [Grifo nosso]

Quanto ao poder familiar, observa-se a necessidade de ações preventivas e educativas que versem sobre o seu exercício. Em razão disso, foi promulgada a Lei nº 9.263/1996, que passou ao

Sistema Único de Saúde – SUS a responsabilidade pela definição das normas gerais do planejamento familiar, regulando o §7º do art. 226 da Constituição Federal.

Nota-se facilmente a intervenção estatal no gerenciamento familiar, assim, é importante que haja a preocupação com a possibilidade de conflito entre os direitos de liberdade e os protetivos, principalmente quanto à disposição do próprio corpo e aos direitos reprodutivos e sexuais. Esses direitos conferem aos casais e aos indivíduos a decisão livre e responsável quanto ao número de filhos, à distância entre as concepções de cada um, entre outras coisas, e estão plenamente reconhecidos como direitos básicos pela Organização das Nações Unidas – ONU na Conferência ocorrida em 1968, denominada Proclamação de Teerã (Diniz, 2011).

Sendo assim, a família não se baseia mais em simples união com fim de procriação, mas em instituição organizada para o desenvolvimento individual e coletivo, na qual se busca a felicidade individual por meio de um processo de emancipação de seus membros, denominada família eudemonista (Welter, 1999). A proteção jurídica conferida à família teve seu sentido alterado pela absorção da família eudemonista, que objetiva a realização pessoal dos seus membros como seres úteis que se reúnem não apenas por vínculo sanguíneo, mas por afetividade, pela comunhão de vida (Dias, 2007).

Portanto, a liberdade de escolha na criação da prole, inclusive quanto ao número de filhos, é direito constitucional e internacional, o que permite aos casais estéreis ou com outro problema reprodutivo o direito à concepção e à descendência, ainda que por meio de reprodução assistida (Diniz, 2011).

As descobertas científicas na área da genética modificaram o processo natural de procriação, ao inserirem a reprodução assistida pelos médicos (Sauwen & Hryniewicz, 2000). Esse processo de evolução é contínuo e influencia as relações familiares e suas escolhas reprodutivas, permitindo a todos, em tese, que realizem o desejo de serem pais ou mães. A reprodução medicamente assistida alterou a forma de se ver o direito de família, principalmente quanto à filiação e às presunções de paternidade e de maternidade (Gama G. C., 2000).

Todas essas informações são necessárias para entender a maternidade de substituição, tema principal e espécie de reprodução assistida, principalmente no tocante à viabilidade de sua execução e aos seus limites, sob o enfoque do Direito (Nader, 2010). Acerca dos aspectos médicos, a concepção natural ocorre quando o óvulo, gameta feminino, se une ao sêmen masculino no interior do aparelho reprodutor feminino, por meio do ato sexual. Contudo, nos casos em que a concepção natural é inviável, há outras alternativas para que haja a concepção mediante intervenção médica (Nader, 2010).

Nesse ponto, conceitua-se a reprodução humana assistida como uma série de etapas que visam reunir o gameta masculino com o feminino em laboratórios, de forma acompanhada por médicos, dando origem a um ser humano pelos métodos ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer* – Transferência Intratubária de Zigoto) ou GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer* – Transferência Intratubária de Gametas) (Diniz, 2011).

Segundo Maria Helena Diniz, o método ZIFT ocorre com a retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo, na proveta, com o sêmen do marido ou de um doador, para, depois, introduzir o embrião formado no útero da própria mulher ou no de outra. Essa forma é denominada de ectogênese (formação do embrião fora do corpo) ou fertilização *in vitro*. Por sua vez, o método GIFT é a fecundação *in vivo*, isto é, o espermatozoide é inseminado nas Trompas de Falópio para encontrar com o óvulo não manipulado, formando o embrião dentro da mulher. Assim, no método GIFT, a concepção ocorrerá inteiramente no útero da mulher, ao passo que, no ZIFT, a fecundação dos gametas acontece na proveta, para que, posteriormente, o zigoto seja introduzido no útero (Diniz, 2011).

Os avanços da ciência contribuíram para o desenvolvimento sadio da família, pois viabilizaram a concepção para quem sofre com a infertilidade, geradora de consequências psicológicas que abalam a estrutura familiar. Além disso, ainda que, felizmente, não se exija mais que a mulher tenha filhos, os casais e até mesmo as pessoas solteiras têm o direito de escolher tê-los, conforme o direito constitucional do livre planejamento familiar (Sá, 2002).

Ainda convém lembrar que há muitos meios para tentar sanar os problemas de infertilidade humana (Sauwen & Hryniewicz, 2000) que satisfazem o direito à descendência, dentre os quais deve ser escolhido o que melhor se adequa ao problema reprodutivo enfrentado, observadas as recomendações médicas e os direitos envolvidos (Diniz, 2011).

Antigamente, a infertilidade era solucionada por meio do uso do útero da escrava e do adultério consentido (Sauwen & Hryniewicz, 2000), ou seja, a esposa aceitava que o homem fecundasse outra mulher ou uma escrava para que tivesse filhos em seu nome, sem romper o vínculo conjugal (Rizzardo, 2011). Há, inclusive, passagens bíblicas que retratam tal realidade, como pode se ver abaixo:

Na passagem que Sara disse à Abraão: “Não tendo Javé permitido que eu tivesse filhos, peço-te que te unas à minha criada: ao menos por meio dela, talvez, eu tenha filhos (Gênesis, 16,2)”. Em outro exemplo, Raquel suplicou a Jacó: “Dá-me filhos, senão eu morro! Aqui tens minha criada Balá. Une-te a ela. Que ela dê à luz sobre meus joelhos, e assim por meio dela terei filhos” (Gênesis, 30, 1 e 3).

Depreende-se disso, portanto, que os métodos alternativos para se ter filhos existem há muitos anos, ainda que estes fossem gerados por outra mulher e não possuíssem laços sanguíneos com as mulheres inférteis. Todavia, atualmente, existem maneiras diversas (Rizzardo, 2011), como a inseminação artificial adotada por casais que não podem procriar por razões como a esterilidade, a deficiência na ejaculação, a obstrução do colo uterino ou, até mesmo, as doenças hereditárias (COSTA JR., J. B. de O, 1977 apud Diniz, 2011).

Todas as questões mencionadas acima envolvem a saúde do indivíduo e, por isso, o Estado deve adotar medidas para assegurar a sua proteção por meio da disponibilização de serviços essenciais, facilitando o acesso a eles em consonância com os artigos 6º e 196 da Constituição Federal (Catão, 2004). Nessa linha, inicia-se a análise de uma técnica de reprodução assistida que pode relativizar a presunção de maternidade certa pelo parto ou pela gravidez, ao ser legalizada ou aceita como prática que não ofende a ordem pública e os bons costumes: a maternidade de substituição.

A maternidade de substituição ou útero de substituição é um método em que uma mulher cede seu útero para a gestação de um embrião fertilizado *in vitro* e se compromete a entregá-lo, após o parto, para outra mulher e seu (sua) companheiro(a) (Santos, 2001). São várias as razões que ensejam a adoção desse método, como alterações no útero que impeçam ou atrapalhem a implantação e o desenvolvimento do embrião, a histerectomia acarretada por patologia pélvica, os insucessos decorrentes de tratamentos convencionais de reprodução assistida, a ausência de útero ou a impossibilidade de engravidar por risco de saúde elevado (Scheffer et al., 2003).

No Brasil, a maternidade de substituição, técnica de reprodução medicamente assistida, é uma opção para casais que não conseguem ter filhos por algum problema de saúde e não por preocupações estéticas ou pelas dores do parto, por exemplo. Ressalte-se ainda que o artigo 199, §4º, da Constituição Federal proíbe qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, incluindo coletas, processamento e transfusão de sangue e derivados. Desse modo, por analogia, o contrato de “barriga de aluguel”, isto é, negócio jurídico em que uma mulher aluga o seu útero para quem pague pelo serviço de gestação, não tem respaldo legal e, conseqüentemente, seria nulo pela ilicitude de seu objeto nos termos do artigo 166, inciso II, do Código Civil.

Nesse contexto, a Resolução nº 2.013/2013 do CFM impediu que a maternidade de substituição fosse feita mediante remuneração, em virtude da exigência de parentesco de até quarto grau entre a mulher que gestará a criança e um dos parceiros. Assim, confirma-se a viabilidade da prática no Brasil, uma vez que há o conhecimento de toda a dificuldade que os pais tiveram, ao tentar a gravidez natural, além dos gastos despendidos e dos traumas sofridos.

Dessa forma, essa exigência reduziu os riscos de a mãe substituta não querer entregar a criança, de não ter cuidados durante a gravidez, até mesmo porque está carregando, em seu ventre, o seu sobrinho(a) ou primo, logo, já há laços afetivos com a criança, que não precisarão ser rompidos após o parto. Em continuidade, de acordo com o problema enfrentado, a inseminação artificial indicada pode ser homóloga, na qual os pais genéticos são os que desejam a criança, e a mãe de aluguel apenas gestará o embrião, ou heteróloga, se recorrerem a um banco de espermas ou a óvulos para formarem o embrião que será gestado (Camargo, 2003).

O procedimento, intitulado de Fertilização *in vitro* – FIV ou substituição uterina, ocorre mediante a gestação, na mãe hospedeira, de embriões gerados pela fertilização *in vitro* de gametas dos pais biológicos ou de um doador fértil (Camargo, 2003). Portanto, é possível a fertilização *in vitro* com gameta que não pertença à mulher que deseja engravidar e criar a criança, como também há a possibilidade de a gestante não ter colaborado com o óvulo, nem pretender criar a criança, pois se comprometeu apenas a gestá-la para quem não consegue fazê-lo em razão de algum problema anatômico.

Diante disso, discute-se a quem pode ser imputada a maternidade do bebê gerado, isto é, quem doou o óvulo, quem “encomendou” e vai criar a criança, ou ainda aquela que apenas cedeu

seu útero para o desenvolvimento do feto (Sauwen & Hryniewicz, 2000), mas a controvérsia será debatida no próximo tópico.

Acerca da validade do contrato de maternidade de substituição celebrado entre os pais genéticos e a mãe de substituição, verifica-se que a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina exige o Termo de Consentimento Informado, que atesta a vontade manifestada de forma livre e consciente. Ademais, tem efeito pecuniário quanto aos gastos concernentes ao procedimento, como o pagamento da clínica e das consultas, mesmo que não possua aspecto essencialmente patrimonial, lucrativo ou comercial etc., pois são pactuados valores necessários para a sua fiel execução, o que não caracteriza o “comércio de bebês”.

No contrato, os direitos familiares e sucessórios estarão definidos, bem como será acordada a confidencialidade e o preço que será pago à mãe de aluguel, se assim for permitido no ordenamento jurídico sob o qual estão submetidos. Em continuidade, os contratantes devem ser capazes de preencher o primeiro requisito disposto no art. 104 do Código Civil e os requisitos da Resolução n. 2.013, que exigem a adequação clínica e emocional da doadora temporária, o parentesco de até quarto grau e a idade máxima de 50 anos, além de outros aspectos médicos, biológicos, jurídicos, éticos e econômicos.

Para mais, não há falta de aptidão específica que impeça a capacidade das partes, pois o direito dos pais ao planejamento familiar é constitucional, e a maternidade de substituição se baseia nos mesmos pilares que as demais reproduções artificiais, como já foi explanado anteriormente. Desse modo, na realização do contrato, há a boa-fé objetiva, pois os contratantes ingressam na relação jurídica pela solidariedade familiar. Além disso, há a função social dos contratos, pois estes atendem ao interesse social de proteção da instituição familiar e da reprodução.

Observe-se que a cessão temporária do útero é o objeto contratado, vedado o caráter lucrativo, com o objetivo altruístico demonstrado na solidariedade familiar; logo, é lícita e cumpre o que determina o art. 14 do Código Civil, pois não se deve confundir a obrigação da mãe substituta de entregar a criança após o nascimento com o objeto do contrato de cessão temporária e altruística do útero. Essa distinção se mostra fundamental para que não seja o contrato considerado ilegal, por coisificar o feto ao negociá-lo e, conseqüentemente, retirar dele sua dignidade humana.

Também pode ser constatado que o objeto do contrato é determinado, uma vez que estará pactuado o “empréstimo” ou a cessão temporária do útero para a gestação do embrião por um período aproximado de nove meses, portanto, não há que se falar de indeterminação de forma e tempo. Nada obstante, postula-se o direito de conceber a vida, respeitada a dignidade humana. Assim, o contrato também é possível juridicamente, visto que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, inciso IX, assegura a liberdade da atividade científica, contudo, assevera também serem reconhecidos outros direitos, como a vida, a integridade física e psíquica e a privacidade.

Por consequência, a maternidade de substituição possui respaldo legal, e, se gratuita, seu contrato não fere a moral e os bons costumes, pois objetiva assegurar o desenvolvimento sadio da família, como tentativa de minimizar eventuais conflitos psicológicos, sociais, familiares decorrentes da infertilidade e possíveis demandas judiciais, principalmente quanto ao registro civil da criança.

2 O CONFLITO DA PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE CERTA: ESTUDO DE CASOS

Na reprodução humana, as obras doutrinárias sempre deram mais enfoque à paternidade, pois, tradicionalmente, a maternidade era sempre confirmada pela gravidez ou pelo parto conforme o princípio da maternidade certa, conhecido como *mater semper certa est* (Gama G. C., 2003). O parto e a gravidez são relatados como sinais exteriores inequívocos da maternidade; todavia, esse entendimento tem sido relativizado, pois essa presunção deve ser usada somente se há coincidência entre o fator biológico, o parto e a vontade de procriar (Gama G. C., 2003).

Para demonstrar a relativização, pontuam-se algumas considerações sobre um caso decidido pela Suprema Corte estadunidense, conhecido como *Baby M.*, e também sobre a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu a paternidade e a maternidade de uma criança gestada pela companheira de seu tio paterno sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana. Após, será realizada análise comparativa entre os dois casos de forma contextualizada.

2.1 O CASO INTERNACIONAL: BABY M.

Na cidade de *Tenafly*, em *New Jersey*, viviam o senhor W.S., engenheiro bioquímico, e a senhora E.S., pediatra. O casal S. desejava ter filhos, mas a senhora E.S. sofria de esclerose múltipla, e uma gravidez seria muito arriscado para sua saúde (Sandel, 2013). Além disso, o senhor W.S. era o último descendente vivo de sua família, quase extinta pelo nazismo na Segunda Guerra Mundial (Santos, 2001).

Nesse caso, foram ao centro de tratamento de infertilidade *New York Infertility Center*, que intermediava relações de locação de útero (Sandel, 2013). A sra. M.B.H., de 29 anos, casada com o sr. R.W. e mãe de dois filhos, candidatou-se e aceitou não só ceder seu útero, como também ter o seu óvulo fertilizado pelo esperma de senhor W.S. e, após o nascimento, entregar o bebê ao casal S. (Santos, 2001).

Segundo o contrato celebrado entre as partes, M.B.H. renunciava a quaisquer direitos maternos e viabilizava a adoção da criança pela senhora S. Acordaram também que M.B.H. receberia do casal US\$ 10,000.00 (dez mil dólares) pelo parto, acrescidos das despesas médicas e do pagamento à Clínica, quantia totalizada em US\$ 7,500.00 (sete mil e quinhentos dólares) (Sandel, 2013).

Em março de 1986, nasceu Baby M. mediante inseminação artificial do esperma de senhor W.S. na sra. M.B.H. Conforme o contrato, a criança deveria ser entregue ao casal S., mas a sra. M.B.H. dissera estar acometida de depressão e solicitou ficar alguns dias com a criança (Santos, 2001).

Alguns meses depois, Baby M. ainda não havia sido devolvida ao casal S., logo, estes recorreram ao Judiciário de *New Jersey*, solicitando a execução forçada do contrato, isto é, a entrega do bebê gestado por M.B.H., e, assim, foi permitido.

Em sede de sentença, o juiz Harvey R. Sorkow concedeu a guarda da criança para o casal S., uma vez que o acordo se baseava no direito constitucional de procriar e, pela proteção da reserva da intimidade privada, o Estado não deveria coibir um contrato que não estava proibido pela legislação (Santos, 2001). A corroborar a fundamentação, convém citar trecho da decisão do juiz Harvey R. Sorkow:

Nenhuma das partes estava em vantagem em relação à outra. Cada uma tinha aquilo que a outra queria. O valor do serviço que cada uma teria de realizar foi estipulado e o trato foi feito. Ninguém foi forçado a coisa alguma. Tampouco lançou-se mão de qualquer artifício que colocasse a outra parte em desvantagem. Ambas as partes tinham o mesmo poder de barganha.

Acerca da proibição de venda de crianças, o magistrado fundamentou que o sr. S. já era pai biológico, assim, não poderia comprar algo que já lhe pertencia. Nessa linha, decidiu conforme a força do vínculo contratual, pois decretou a adoção da criança pela sra. E.S., haja vista que a mãe genética e hospedeira havia desistido de quaisquer direitos maternos no contrato (Santos, 2001).

Para o juiz, não houve comércio de bebês, mas prestação de serviço mediante o pagamento de US\$ 10 mil dólares, ou seja, a quantia era devida pelo serviço de engravidar e de dar à luz o filho do senhor W.S., concebido a partir de seu esperma, e não pela criança como produto. Além disso, Sorkow comparou a gravidez de aluguel à doação de esperma, ao asseverar que: “se um homem pode oferecer meios para a procriação, uma mulher pode, igualmente, fazê-lo”, sob pena de violação à proteção igualitária de homens e mulheres (Sandel, 2013).

Em conclusão, o juiz afirmou que a união dos senhores M.B.H. e R.W. era instável, marcada por contínuas separações de fato, além de o marido ser alcoólatra. Por outro lado, o casal S. tinha boas condições financeiras e um casamento estável, logo, foi escolhido para criar a criança pelo critério do melhor para a criança e da força do vínculo contratual (Santos, 2001).

Contudo, a sra. M.B.H. não se resignou e apelou à Suprema Corte de *New Jersey*, que anulou, por unanimidade, a sentença do juiz Sorkow e invalidou o contrato celebrado entre as partes, alicerçada no comprometimento da vontade e na constituição de comércio de bebês. O relator e presidente da Suprema Corte de *New Jersey*, Robert Wilentz, declarou que o consentimento de M.B.H. era inválido por ela não ter como saber o que isso realmente implicava, tendo em vista que ainda não conhecia a força dos seus laços com a criança (Sandel, 2013).

Asseverou também que a grande necessidade financeira e a falta de informação quanto às consequências levaram-na a concordar, pois duvidava que o oposto ocorreria: casais ricos dispostos a fazer um acordo de barriga solidária com casais de camadas sociais mais baixas. Sobre a mercancia dos bebês, entendeu que o pagamento não se deu pela gravidez, mas sim pela venda dos direitos da mãe sobre a criança, uma vez que a quantia só seria paga depois que M.B.H. desistisse da custódia do bebê e também de seus direitos maternos (Sandel, 2013).

Assim, segundo ele, a transação foi comandada pelo objetivo de lucro, e o exercício do pátrio poder passaria a ser de quem pagou mais a uma mulher que só almejava dinheiro com a gestação e renunciaria a seu estado familiar, antes mesmo de ter a criança. Ao reformar a sentença, declarou que o direito constitucional de procriar do senhor S. não foi violado, pois pôde ter filhos pela inseminação artificial, mas não teria o condão de anular o mesmo direito da sra. M.B.H.

Posto isso, anulou a adoção em prol da sra. S. e reconheceu que os pais eram a sra. M.B.H. e o sr. S. A criança foi entregue ao sr. S., pois este tinha melhores condições para garantir o desenvolvimento sadio e a educação de Baby M. pelo critério do melhor para a criança. Todavia, à sra. M.B.H. foram concedidos todos os direitos maternos, inclusive o de visita (Santos, 2001).

2.2 O CASO BRASILEIRO DA BEBÊ M.L.C.

Inicia-se a análise do caso brasileiro, em que o Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, órgão responsável pelas decisões de última instância que envolvam registros públicos daquele estado, foi solicitado para determinar a quem caberia a maternidade de uma criança gerada mediante fertilização *in vitro*. A sra. S.R.L. não podia gestar por condições fisiológicas, mas podia ceder o óvulo. Sendo assim, ela e H.F.C.Jr. forneceram os materiais genéticos, isto é, o óvulo e o espermatozoide, que foram fertilizados *in vitro*, e o embrião foi implantado em mulher distinta da fornecedora do óvulo (Venosa, Gagliardi, & Nasser, 2012).

A mãe de substituição e cunhada do sr. H.F.C.Jr., sra. M.E.T., comprometeu-se apenas a ceder o útero para o desenvolvimento do embrião e o posterior nascimento da criança, sem qualquer intenção de assumir a maternidade desta, conforme declaração emitida pela própria mãe gestacional (Venosa, Gagliardi, & Nasser, 2012). Após o nascimento da criança em 2009, a sra. S.R.L. e o sr. H.F.C.Jr. requereram ao Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Distrito de Barão Geraldo, da Comarca de Campinas, que figurassem como genitores no assento de nascimento de bebê M.L.C. (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Na solicitação, havia diversos documentos, tais como o Termo de Consentimento para Substituição Temporária de Útero, em que a sra. M.E.T. e o sr. A.F.C., seu companheiro e irmão do sr. H.F.C.Jr., apareciam como doadores do útero. Já a sra. S.R.L. e o sr. H.F.C.Jr. figuravam como pais genéticos. Também anexaram o Termo de Consentimento Pós Informado para FIV e outro para Criopreservação de Pré-embriões/ Embriões após Fertilização *in vitro* (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Ademais, incluíram a declaração do médico que confirmava a origem dos materiais genéticos usados na fertilização e inseminação artificiais e outra em que a sra. M.E.T. confirmara não ter pretensão de assumir a maternidade da criança gerada. Em oposição a esses documentos, na Declaração de Nascido Vivo, expedida pelo Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher – CAISM, Unicamp, constava como genitora da bebê M.L.C. a mulher que deu à luz e não a que forneceu o

óvulo, adotado o entendimento da presunção de maternidade certa pela gestação e parto (Processo nº 2009/00104323, 2010).

O Juiz Corregedor Permanente ordenou que a lavratura do assento de nascimento consignasse como pais a sra. S.R.L. e o sr. H.F.C.Jr., que forneceram os materiais genéticos utilizados na fertilização *in vitro*. Também determinou que fosse arquivado o procedimento administrativo (Processo nº 2009/00104323, 2010). A decisão fundamentou-se na inexistência de proibição legal para o procedimento de maternidade de substituição adotado e no melhor interesse da criança.

Contudo, o Ministério Público do Estado de São Paulo recorreu, alegando que o contrato celebrado entre os envolvidos não supera o princípio da maternidade certa pela gestação e parto e que não existia segurança jurídica da origem dos materiais genéticos. Em continuidade, o Juiz Auxiliar da Corregedoria conheceu do recurso, mas, no fim, entendeu pelo não provimento, pois, de acordo com o art. 1.605 do Código Civil, a filiação pode ser provada por qualquer meio admitido no direito, quando há começo de prova escrita, proveniente do pai ou da mãe, e quando há fatos certos que gerem a presunção de maternidade e paternidade, como no presente caso (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Nada obstante, ressaltou que, naquela esfera administrativa, para estabelecer a filiação mediante registro, não havia presunção de paternidade para o companheiro sem que existisse declaração expressa deste, tendo em vista que o art. 1.597 do Código Civil exige o consentimento para inseminações artificiais heterólogas (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Sendo assim, entendeu-se que não havia presunção de paternidade em favor do sr. A.F.C., pois este consignou não ser o fornecedor do material genético, e que a fecundação em análise não se tratava de tentativa de gerar prole para ele e sua companheira, pois não havia autorizado fecundação heteróloga de sua companheira com esse intuito e sabia que se tratava de cessão temporária e solidária de útero (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Portanto, segundo as declarações de sr. H.F.C.Jr., que afirmou ser o pai biológico e reconhecia a paternidade de bebê M.L.C., gerada por meio da fertilização *in vitro*, a imputação da paternidade não encontrava óbices, e a lavratura do assento de nascimento foi feita em conformidade com essas declarações.

Quanto às presunções de maternidade, afirmou que as formas disciplinadas no Código Civil eram relativas, uma vez que podiam ser contestadas na forma da lei, conforme artigos 1.601 e 1.608 do referido Código, ressalvada a irrevogabilidade do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (Processo nº 2009/00104323, 2010). Salientou também que é tida como mãe aquela que consta no termo do nascimento do filho, nos termos dos artigos 1.603, 1.604 e 1.608 do Código Civil, elaborado em consonância com a Declaração de Nascido Vivo, conforme art. 10, incisos II e IV, da Lei 8.069/90, que respectivamente dizem:

Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo ou, ou das declarações nele contidas.

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

[...] II – identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente.

[...] IV – fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato.

Depreende-se pela leitura destes artigos que aquela que deu à luz é presumida como mãe, independentemente da origem do óvulo, como delineia o princípio *mater semper certa est*. A esse respeito, o Juiz citou o entendimento de Rolf Madaleno, que afirmou ser o contrato de gestação substituta sem efeitos jurídicos, uma vez que a maternidade é definida pelo parto. Também citou outros autores que se posicionaram de diferentes formas, inclusive Guilherme Calmon Nogueira, que asseverou (Processo nº 2009/00104323, 2010):

[...]logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles **o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos**, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema.

Assim, concluiu que a definição da paternidade e maternidade deveria se pautar pelo melhor interesse da criança desse modo concebida e nascida, logo, no caso em concreto, a lavratura do assento de nascimento se daria com base nos laços biológicos da filiação, atribuindo como pai o sr. H.F.C.Jr. e como mãe a sra. S.R.L. (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Ademais, explicou que os documentos instruídos nos autos foram decisivos para constatar que a concepção e a maternidade foram almeçadas pelos pais biológicos desde o início, quando doaram os materiais genéticos necessários para a fertilização *in vitro*, uma vez que a sra. S.R.L. não podia gestar, e a sra. M.E.T. concordou em servir para a gestação e parto. Também por esse prisma foi o entendimento do Procurador de Justiça, o qual menciona que não houve violação à preservação da história da criança, pois o que se buscava era exatamente que o registro fosse condizente com a verdade biológica e afetiva (Processo nº 2009/00104323, 2010).

É importante destacar que a mãe substituta era cunhada dos genitores biológicos, logo, não assiste razão a alegação do recorrente de ausência de parentesco, pois o parentesco por afinidade também existe nas relações entre companheiros, por força do art. 1.595, parágrafo 1º, do Código Civil (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Em 19 de março de 2010, o Juiz Auxiliar da Corregedoria entendeu pelo não provimento do recurso e determinou que fosse anotado que o assento de nascimento da criança já fora lavrado por determinação do Juiz Corregedor Permanente em consonância com o seu entendimento. Após, o Corregedor-Geral da Justiça aprovou o parecer mencionado e negou provimento ao recurso interposto (Processo nº 2009/00104323, 2010).

2.3 A ANÁLISE COMPARATIVA DOS CASOS BABY M. E BEBÊ M.L.C.

Relatados os casos, atentando-se para a ausência de regulamentação por norma em sentido estrito, será feita a comparação entre as decisões prolatadas nos casos das crianças M. S. e M.L.C. para entender os critérios que definiram a maternidade e para verificar se a presunção de maternidade certa foi ou não relativizada.

No caso da bebê Baby M., ocorrido na cidade de *Tenafly*, em *New Jersey*, a forma de reprodução assistida escolhida pelos senhores S. foi a heteróloga, pois utilizou-se do gameta feminino de senhora M.B.H., que contribuiu não só com a gestação, mas com o óvulo necessário para a fecundação e para a concepção da criança. A demanda em tela foi escolhida justamente por enfatizar a discussão acerca da definição da maternidade no caso de barriga de aluguel (Sandel, 2013).

A Suprema Corte de *New Jersey*, em sede de apelação, anulou a adoção concedida pelo juiz Sorkow à sra. S., ao considerar o consentimento da sra. M.B.H. inválido, tendo em vista o desconhecimento das forças de seus laços com a criança, assim como a necessidade financeira como motivo determinante (Sandel, 2013).

Quanto ao contrato celebrado, este não foi observado justamente por implicar que a mãe genética e parturiente não criasse laços emocionais com sua filha, o que substituiria a norma de parentesco por uma de produção comercial, violando a dignidade da pessoa humana (Sandel, 2013). O reconhecimento de M.B.H. como mãe de Baby M.S., tanto pelo fator genético quanto pelo fato de ter sido ela quem deu à luz, adotou o critério do brocardo *mater semper certa est* (tradução livre: a mãe é sempre certa), ou seja, a verdadeira mãe é aquela que dá à luz a criança, ou a que a pariu (Rizzardo, 2011).

Todavia, essa presunção não pode ser acolhida como absoluta nos dias de hoje, pois admite prova em contrário, tendo em vista as formas de reprodução medicamente assistidas, inclusive o “útero de substituição” ou a “barriga de aluguel”. Assim, a determinação da maternidade tem fundamentos distintos dos tradicionais (Rizzardo, 2011).

A decisão da Suprema Corte de *New Jersey*, que adotou a presunção de maternidade pelo parto (*mater semper certa est*), foi adequada, considerando que, apesar de existir um contrato entre as partes, este não teria força suficiente para anular o vínculo materno entre a sra. M.B.H. e a criança, além disso, a vontade declarada pela mãe de aluguel foi invalidada, pois se pautou em necessidades financeiras.

Ademais, definir que a sra. S. era a única mãe da criança não seria justo, nem digno, pois assim a decisão estaria apenas transferindo a dor de uma mulher, que não consegue ter filhos, para outra, que consegue tê-los, mas que teria sido obrigada a ficar sem uma filha por força contratual.

Nessa perspectiva, seria interessante analisar a possibilidade de as duas figurarem como mãe, pois, atualmente, essa é uma discussão relevante e possível, ao serem observados tantos os laços sanguíneos quanto os afetivos, contudo, não é o objeto deste artigo. Assim, resguardou-se o melhor interesse da criança e, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, se a decisão fosse prolatada por um juiz ou tribunal brasileiro provavelmente seria a mesma, pois, no Brasil, é proibido o aluguel de útero pelo Conselho Federal de Medicina.

Já no segundo caso analisado, diferentemente do ocorrido em *New Jersey*, a sra. S.R.L. era a mãe genética (*genitrix*) e M.E.T. figurou como a mãe gestacional (*gestatrix*), para que esta carregasse em seu útero uma criança que não lhe pertencia. Esse caso foi escolhido por demonstrar que a presunção de certeza da maternidade pelo parto foi relativizada no parecer dos MM. Juiz Corregedor Permanente e Auxiliar da Corregedoria, uma vez que o registro de nascimento da criança espelhou a verdade biológica e afetiva, independentemente de quem deu à luz (Leite, 1995).

Do ponto de vista jurídico, decidiu-se pela verdade biológica da filiação, ou seja, no assento de nascimento lavrado, consta a sra. S.R.L. como mãe, ainda que não tenha sido ela quem deu à luz, mas por ter contribuído juntamente com seu marido com os materiais genéticos e ter desejado a concepção e a maternidade (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Comparando os dois casos estudados, percebe-se que as decisões foram feitas visando tanto à verdade biológica como às condições socioafetivas, a fim de assegurar as responsabilidades inerentes ao poder familiar, em especial os deveres de sustento e educação (Rizzardo, 2011).

No caso de Baby M., a maternidade foi concedida à M.B.H. não só por ela ser a mãe genética e gestante, mas também pela afetividade intensa que teve pela criança após o nascimento, o que comprometia sua vontade de entregá-la anteriormente atestada, pois desconhecia tal sentimento. Impedir que a mãe crie seu filho por um contrato de aluguel, degrada a criança por tratá-la como mercadoria, assim como degrada a dignidade da mulher, por tratar seu corpo como uma fábrica e por pagá-la para não criar laços afetivos com a criança que gerou (Sandel, 2013).

Desse modo, a presunção da maternidade ser sempre certa em razão do parto foi aplicada no primeiro caso, mas não de forma isolada, pois teve como fundamento o princípio do melhor interesse da criança assim como o princípio da dignidade da pessoa humana (Sandel, 2013, p. 122). Se o caso de *New Jersey* fosse decidido no Brasil, a decisão provavelmente seria a mesma, até mesmo porque as regras da Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina são claras no sentido de que é vedado o caráter lucrativo ou comercial nos casos de maternidade de substituição, logo, a mãe seria a parturiente.

Por outro lado, no caso do bebê M.L.C., a mãe substituta não forneceu o óvulo, mas apenas o seu ventre para a gestação; posto isto, a maternidade socioafetiva e a biológica eram correspondentes, mas diferentes de quem deu à luz (Sandel, 2013). Ademais, há estudos que afirmam que, ainda que a gestante não tenha contribuído geneticamente com o óvulo, existem trocas de material genético durante a gestação. Contudo, segundo o Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça, o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador e o ser gerado por meio de reprodução assistida.

Portanto, nos dois casos, para definir a filiação, os juízes observaram o que seria melhor para a criança gerada mediante a técnica de maternidade sub-rogada, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e, no caso de *New Jersey*, em detrimento da força da obrigação contratual (Sandel, 2013).

Atualmente, no Brasil, os casos que envolvam o registro civil de filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais heteroafetivos e homoafetivos observarão o Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça, de 14 de março de 2016, elaborado em razão da necessidade de uniformização, em todo o território nacional, do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para os filhos.

O Provimento informa que o assento de filhos concebidos por reprodução assistida será inscrito independentemente de prévia autorização judicial e ordena quais são os documentos necessários para o registro e a emissão da certidão de nascimento e, no art. 2º, § 2º, explica que, no caso de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na Declaração de Nascido Vivo – DNV.

CONCLUSÃO

Em conclusão, este artigo esclarece como funciona a maternidade de substituição, quais as questões jurídicas que podem ser suscitadas e como poderiam ser resolvidas, principalmente quanto ao registro civil, além de expor diferentes posicionamentos doutrinários que se mostraram favoráveis ou não à técnica.

A maternidade de substituição pode proporcionar alegria e bem-estar para as famílias, além disso, não substituiu a adoção, pois esta não deve ser imposta aos pais que não podem gerar uma criança naturalmente, sob pena de prejudicar o desenvolvimento sadio de uma criança, considerando que as vontades são diferentes.

Para alguns autores, o correto seria vedar a implantação do embrião em mulher diversa da que contribuiu com o material genético, seja de forma onerosa, seja gratuita, uma vez que poderia gerar alguns conflitos éticos ou jurídicos, mas isso não solucionaria as controvérsias dos casais que já tiveram a criança por gestação em útero alheio. Nada obstante, não parece apropriado impedir a oportunidade de conceber um filho tão desejado, quando observados os requisitos da Resolução nº 2.013/2013 do CFM, somente para não ter que lidar com o assunto no Judiciário e nos demais Poderes, além disso, não se deve olvidar todas as questões emocionais e psicológicas que envolvem a dificuldade em poder ter filhos.

Como foi dito, no Brasil, a mulher que gestará a criança deve ser parente de até quarto grau de um dos parceiros, confirmando a viabilidade da prática, uma vez que há o reconhecimento de toda a dificuldade que os pais tiveram ao tentar uma gravidez natural, além dos gastos despendidos e dos traumas sofridos. Dessa forma, essa exigência reduziu os riscos de a mãe substituta não querer

entregar a criança, de não ter cuidados durante a gravidez, até mesmo porque está carregando em seu ventre o seu sobrinho(a) ou primo, logo, já há laços afetivos pela criança que não precisarão ser rompidos após o parto.

Não se pode esquecer que ter filhos envolve uma série de responsabilidades além da parte afetiva; sendo assim, o Direito não pode simplesmente deixar que as decisões do casal sejam totalmente livres e não respeitem alguns princípios constitucionais e fundamentais para um desenvolvimento sadio da prole. As famílias buscam a felicidade como seres dignos e dotados de direitos, inclusive os de reprodução e livre planejamento familiar. Consequentemente, ao pedirem que outras mulheres engravidem de seus filhos, não estão infringindo o ordenamento brasileiro nem os bons costumes, pois não há lei que o proíba, e os requisitos definidos pela Resolução nº 2.013/2013 do CFM são pertinentes.

Sobre a barriga de aluguel, vedada pela Resolução nº 2.013/2013, sabe-se que a chance de existirem conflitos é maior, entretanto, também apresenta aspectos benéficos, pois o dinheiro arrecadado já possibilitou que muitas mulheres melhorassem a própria qualidade de vida e a de seus familiares.

Desse modo, deve-se ter em mente que gerar a criança para alguém realmente deveria envolver exclusivamente um fim altruístico, mas as desigualdades sociais e econômicas influenciam nas escolhas da sociedade, assim, essa gestação pode não caracterizar um comércio de bebês, mas apenas a forma de unir o sonho de alguém sem a possibilidade de gestar com a necessidade de outras pessoas.

Saliente-se também que não se trata de venda de uma criança ou dos direitos da mãe sobre um filho, salvo se a mãe parturiente também contribuiu com o material genético necessário, pois, se não foi assim que ocorreu, a verdadeira mãe é a pessoa que teve o ânimo materno desde o início e forneceu o óvulo para ser fecundado e inseminado na mãe de aluguel.

Portanto, alugar o útero pode ter uma análise diferente da usual, não só com pontos negativos, mas com base em benefícios, como o bem-estar das pessoas envolvidas, seja quem encomendou, seja quem se comprometeu a prestar o “serviço”, pois quem recorre ao aluguel de útero alheio consegue ter filhos biológicos, bem como a mãe de aluguel pode conseguir mudar as condições em que vive ao proporcionar alegria para outras famílias.

Após análise dos aspectos positivos e negativos da maternidade de substituição e da barriga de aluguel, passa-se a apreciar, de forma conclusiva, a definição da maternidade nos casos da Suprema Corte de *New Jersey* e o do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo (órgão competente para decidir sobre registros públicos deste Estado).

A decisão da Suprema Corte de *New Jersey* adotou a presunção de maternidade pelo parto (*mater semper certa est*), determinando que a mãe era a senhora M.B.H., tendo em vista que foi ela quem forneceu o óvulo, gestou e pariu Baby M. A guarda ficou com o pai, pelo melhor interesse da criança, mas M.B.H. teria direitos de visitação. Essa decisão foi adequada, considerando que, apesar de existir um contrato entre as partes, este não teria força suficiente para anular o vínculo materno

entre a sra. M.B.H. e a criança, além disso, a vontade declarada pela mãe de aluguel foi invalidada, pois se pautou em necessidades financeiras.

Ademais, definir que a sra. S. era a única mãe da criança não seria justo, nem digno, pois assim a decisão estaria apenas transferindo a dor de uma mulher, que não consegue ter filhos, para outra, que consegue tê-los, mas que teria sido obrigada a ficar sem uma filha, por força contratual. Nessa perspectiva, seria interessante analisar a possibilidade de as duas figurarem como mãe, pois, atualmente, essa é uma discussão relevante e possível, ao serem observados tanto os laços sanguíneos quanto os afetivos, contudo, este não é o objeto do presente trabalho.

Relacionando todo o conteúdo pesquisado sobre a maternidade de substituição e suas vertentes, percebe-se que adotar a presunção da maternidade certa foi o mais apropriado, pois foi fundamentada no princípio do melhor interesse da criança e, conseqüentemente, no princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, no Brasil, é proibido o aluguel de útero, logo, se a decisão fosse prolatada por um juiz ou por um tribunal brasileiro, provavelmente seria a mesma.

No caso da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, houve maternidade de substituição e não barriga de aluguel, pois a Sra. M.E.T. cedeu seu útero para que seu cunhado e esposa, o sr. H.F.C.Jr. e a sra. S.R.L., pudessem ter um(a) filho(a) descendente de sangue, mas não recebeu nada por isso.

A sra. M.E.T. não tinha qualquer intenção de ser mãe da criança que gestaria, até mesmo porque ela e seu companheiro não contribuíram com qualquer material genético. Destaque-se que havia parentesco por afinidade, pois a união estável entre a sra. M.E.T. e A.F.C. tinha sido declarada; logo, a primeira era cunhada dos pais biológicos do bebê M.L.C.

Em razão disso, ficou decidido que a sra. S.R.L. era a mãe do bebê M.L.C., ao levar-se em conta que, desde a concepção, a sra. S.R.L. e o sr. H.F.C.Jr. se consideravam os pais da criança e assumiram todas as responsabilidades devidas como tais, bem como eram os pais biológicos, logo, concluindo pela melhor opção para a criança. Portanto, na demanda em tela, a presunção *mater semper certa est* foi relativizada, pois, em vez de deliberarem pela mulher que deu à luz, definiram como mãe a genética e afetiva.

Como foi dito anteriormente, o CNJ editou o Provimento nº 52, a fim de uniformizar nacionalmente o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão para filhos oriundos de reprodução assistida. Dessa forma, o Provimento sana várias discussões quanto ao registro da maternidade extrajudicialmente, favorecendo a desjudicialização de conflitos.

Por fim, feitas as pesquisas para a elaboração deste artigo científico, depreende-se que a presunção de maternidade pelo parto não pode ser tida como incontestável, pois, como visto, a regra inflexível dificilmente subsumirá em todos os registros de maternidade. Deve-se considerar as particularidades de cada caso, conforme o melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana.

NOTAS

- ¹ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.
- ² BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.
- ³ BRASIL. **Lei Nº 9.293, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.
- CAMARGO, Juliana Frozel. **Reprodução Humana – Ética e Direito**. São Paulo. Edicamp. 2003, p. 27.
- CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito**: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade. São Paulo: Madras, 2004.
- COSTA JR., J. B. de O, 1977 apud DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. 3. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família: As Famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. 2008 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 485.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida**: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. Revista Brasileira de Direito de Família nº 5, abr. jun/2000, p. 16.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos e psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 402.
- LÔBO, Paulo, 2008 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. v. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 2006 apud Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- PEREIRA, Sumaya Saady Morhy, 2007 apud Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- PIMENTEL, Sílvia. “Direitos reprodutivos e ordenamento jurídico brasileiro”. **Caderno da Comissão de Cidadania e Reprodução**, dez.1993.

- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SÁ, Maria de Fátima Freire. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 117.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. et al. **Biodireito**: Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 2009/00104323. Corregedor José Marcelo Tossi Silva. São Paulo, 19 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 29 ago. 2015.
- SAUWEN, R.; HRYNIEWICZ, S. **O Direito “in vitro”**: Da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCHEFFER, Bruno Brum. et al. **Reprodução Humana Assistida**. Rio de Janeiro: Atheneu, 2003.
- VENOSA, S. S.; GAGLIARDI, R. V.; NASSER, P.M. **10 anos do Código Civil**: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012.
- WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 32.

Caroline Rocha Pereira Teixeira

Especialista em Direito Civil pela AVM – Faculdade Integrada.

Graduada em Direito pelo UniCEUB.

Advogada.

Avenida das Américas, Vila Iara, nº 100

Formosa/GO

CEP 73803-075

carolinerocha11@hotmail.com

TIPOLOGIA E PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR E A VIA PARALELA E SALUTAR DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Cecília Teresa de Menezes Oliveira

TIPOLOGY AND BRINGING OF THE POPULAR ACTION AND THE
UITABLE AND SALUTARY ADMINISTRATIVE MISCONDUCT LAW

RESUMO

O artigo consagra a ação popular como garantia, remédio constitucional e cláusula pétrea presente na Constituição Federal para a impugnação de atos lesivos ao patrimônio público moral e material. Discorre, também, sobre a vertente salutar da ação de improbidade administrativa para formulação das pretensões deduzidas em ações populares: ambas as ações pertencem ao microsistema de tutela de direitos coletivos; todavia, os procedimentos são diferentes e, dependendo da espécie de ato questionado, uma ação é mais vantajosa que a outra. A pesquisa baseou-se em consulta doutrinária e jurisprudencial. Breves comentários ao procedimento específico da ação popular foram necessários; ressalta-se que, entre a ação popular e a ação fundada na lei de improbidade, sem prejuízo da identidade da causa de pedir, haverá mera continência e não litispendência. O tema é relevante em razão do contexto histórico atual do Brasil. Buscou-se comparar a finalidade e a sistemática procedimental da ação popular com a da ação de improbidade administrativa. O atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) também poderá ser utilizado de forma benéfica tanto na ação popular como na de improbidade administrativa. Esse sistema processual geral promove a atitude ativa do magistrado, a economia processual e a instrumentalidade, tendo em vista a aplicação dos princípios da não surpresa, da presunção racional, da efetividade da prestação jurisdicional, do combate ao formalismo exacerbado, da adaptabilidade e da adequação do procedimento. Conclui-se que a ação de improbidade administrativa é mais ampla e que é maior a efetividade jurisdicional dela, para punir os que lesionam o patrimônio público, bem jurídico sensível e caro à sociedade.

» PALAVRAS-CHAVE: AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTOS. IMPROBIDADE. TUTELA COLETIVA.

ABSTRACT

This research establishes the Brazilian popular action as guarantee, constitutional remedy and entrenchment clause for impugnation of harmful acts to public patrimony. This article discusses about salutory aspect of civil action for administrative misconduct for formulating deducted in class actions claims: both actions belong to the collective rights of guardianship microsystem, however, the procedures are different and depending on the kind of questioned act, an action is more advantageous than other one. The inquiry was based on doctrinal and jurisprudential query. Brief comments to the specific procedure of popular action were needed; it is noteworthy that among the popular action and action based on the administrative misconduct law, notwithstanding the identity of cause of action, there will be mere continence and no lis pendens. The theme is relevant at the current historical context of Brazil. It was looked to compare the finality and procedural scheme of the popular action at the administrative misconduct action. The current Civil Procedure Code (Law No. 13,105 / 2015) can also be used beneficially by popular author in view of the principles of no surprise, rational presumption, the effectiveness of judicial assistance, combating exacerbated formalism. The overall procedural system promotes active attitude of the magistrate, judicial economy and instrumentality. Concluded that the administrative misconduct action conduct is broader, with greater judicial effectiveness of this for punishment those who injure the money from the government, propriety so sensitive and costly to society.

» KEYWORDS: POPULAR ACTION. PROCEDURES. MISCONDUCT. COLLECTIVE PROTECTION.

INTRODUÇÃO

A origem da ação popular é remota, pois já existia em Roma, na época da República, e aí tinha um campo de atuação considerável. Com a ação popular, defendia-se o patrimônio da entidade pública ou do erário e, também, o de pessoas privadas, como o pupilo prejudicado por atos de seu

tutor, em cujo caso se pode dizer que esse patrimônio estava em primeiro lugar, mas, ao defendê-lo, restabelecia-se a ordem jurídica alterada pelo ato irregular (BIELSA, 1954).

Essa espécie de ação é mais que meio jurisdicional idôneo para defesa do interesse da coletividade: é remédio, garantia constitucional, cláusula pétrea, e qualquer abordagem didática que a envolva deve, primordialmente, enaltecer o disposto no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

No Brasil, a supracitada norma constitucional alargou a proteção conferida ao patrimônio histórico e cultural pela Lei 4.717/1965, lançada no âmbito da Constituição Federal de 1946. Conjuntamente com as ações civis públicas em geral (ação coletiva em sentido estrito), com os mandados de segurança coletivos e com as ações de improbidade administrativa (art. 37, §4º, da Constituição Federal), a ação popular pertence ao mesmo microsistema de tutela de direitos coletivos.

Todavia, para alcançar a proposta deste artigo, que apontará os pontos importantes do procedimento da ação popular, o qual, muitas vezes, é sucedâneo de ações de improbidade administrativa – quando os legitimados se omitem ou não têm ciência dos atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural –, vale a leitura do sermão do Padre Antônio Vieira¹, que estampou, em 1655, o antigo e ainda vigente desequilíbrio das forças dos que estão no Poder e dos “administrados” tutelados pelo Estado:

[...] O texto de Santo Agostinho fala geralmente de todos os reinos, em que são ordinárias semelhantes opressões e injustiças, e diz que, entre os tais reinos e as covas dos ladrões — a que o santo chama latrocínios — só há uma diferença. E qual é? Que os reinos são latrocínios, ou ladroeiros grandes, e os latrocínios, ou ladroeiros, são reinos pequenos: *Sublata justitia, quid sunt regna, nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt, nisi parva regna?* É o que disse o outro pirata a Alexandre Magno. Navegava Alexandre em uma poderosa armada pelo Mar Eritreu a conquistar a Índia, e como fosse trazido à sua presença um pirata que por ali andava roubando os pescadores, repreendeu-o muito Alexandre de andar em tão mau ofício; porém, ele, que não era medroso nem lerdo, respondeu assim. — Basta, senhor, que eu, porque roubo em uma barca, sou ladrão, e vós, porque roubais em uma armada, sois imperador? — Assim é. O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza; o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito, os Alexandres. Mas Sêneca, que sabia bem distinguir as qualidades e interpretar as significações, a uns e outros definiu com o mesmo nome: *Eodem loco pone latronem et piratam, quo regem animum latronis et piratae habentem*. Se o Rei de Macedônia, ou qualquer outro, fizer o que faz o ladrão e o pirata, o ladrão, o pirata e o rei, todos têm o mesmo lugar, e merecem o mesmo nome.

[...]

Rei dos reis e Senhor dos senhores, que morrestes entre ladrões para pagar o furto do primeiro ladrão, e o primeiro a quem prometestes o Paraíso foi outro ladrão, para que os ladrões e os reis se salvem, ensinaí com vosso exemplo, e inspirai com vossa graça a todos os reis, que, não elegendo, nem dissimulando, nem consentindo, nem aumentando ladrões, de tal maneira impidam os furtos futuros, e façam restituir os passados, que em lugar de os ladrões os levarem consigo, como levam, ao inferno, levem eles consigo os ladrões ao Paraíso, como vós fizestes hoje: *Hodie mecum eris in Paradiso.*” (VIEIRA. Antônio (1655). Sermão do bom ladrão. Disponível em <http://www.dominio-publico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action&co_obra=16404>. Acesso em: 25.jul.2016.)

Os atuais conflitos na sociedade brasileira empolgam as massas que são reapresentadas à ação popular, cuja legitimidade ativa pertence a qualquer um, diferentemente da ação de improbidade administrativa.

A ação popular é educativa, e o seu exercício faz do cidadão um colaborador da moralidade e da legalidade onde mais falta faz o seu controle.

Com base no liame típico da ação popular, presente em Estados Democráticos de Direito, verifica-se que ela vem sendo mal utilizada para defesa de interesses pessoais e políticos, ou seja, a intenção, muitas vezes, é manejar a ação em contendas desprovidas de interesse público.

Mesmo assim, a ação popular é a porta do cidadão que, nos termos da lei, não pode ingressar como legitimado ativo em outras espécies de ações que visam à proteção do patrimônio público moral ou material.

Nesse contexto, este artigo visa auxiliar na definição da legitimidade e do interesse jurídico do autor popular, bem como identificar a causa de pedir e os pedidos que devem ser formulados.

Após essa análise, comparar-se-á a finalidade da ação popular com outro instrumento de reparação e punição de danos ao patrimônio público material ou moral: a ação de improbidade administrativa.

1 DA TIPOLOGIA E DA FINALIDADE DA AÇÃO POPULAR

Para se perquirir sobre o tipo em que se enquadram a ação popular e seu respectivo processo, convém fazer uma prospecção sobre aquilo que pode constituir o seu objeto (MANCUSO, 2015).

Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos no artigo 2º da Lei 4.747/1965 (Lei das Ações Populares), os bens e os direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. E são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas citadas no artigo 1º da referida Lei nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade.

Para a conceituação dos casos de nulidade, observar-se-ão as seguintes normas do parágrafo único do artigo 2º da Lei das Ações Populares:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Ressalte-se que, entre a ação popular e a ação fundada na Lei de Improbidade, sem prejuízo da identidade da causa de pedir, haverá mera continência (e não litispendência), como no final deste artigo será demonstrado.

Indicada a topologia da norma e a sua finalidade, passar-se-á à análise dos principais pontos procedimentais imprescindíveis para o sucesso da demanda popular.

2 FASE POSTULATÓRIA E PROBATÓRIA DA AÇÃO POPULAR

2.1 A FORMAÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL E OS ELEMENTOS DE CONSTRUÇÃO

O atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) também poderá ser utilizado de forma benéfica pelo autor popular, tendo em vista os princípios da não surpresa, da presunção racional, da efetividade da prestação jurisdicional, do combate ao formalismo exacerbado, da adaptabilidade e da adequação do rito, dentre outros preceitos (MEDINA, 2016, p. 281-296).

Inexistem óbices na legislação especial para a aplicabilidade desses; todavia, os citados princípios devem ser contrabalanceados com as disposições legais específicas, principalmente com o previsto em alguns artigos da Lei 4.717/1965, que consagram requisitos específicos da inicial de uma ação popular, não previstos para outras ações civis. Veja-se um exemplo:

Art. 1º [...] § 4º Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades, a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

Com foco no citado exemplo de dispositivo legal, ressalte-se que as normas de conduta processual aplicáveis ao juiz (artigo 139 e seguintes do Código de Processo Civil) resultam no dever-poder de o magistrado, considerada a legislação específica das ações populares, valorizar a efetiva prestação jurisdicional, ou seja: deve determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; deve assegurar às partes igualdade de tratamento; deve determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária etc.

Agora, as normas positivadas passam a ser regra de conduta e serão exploradas pelos que buscam a valorização do patrimônio público seja pela ação popular, seja pela ação de improbidade administrativa, tendo em vista a nova realidade social do litígio, com menos formalismo e mais ativismo.

A participação ativa de partes, advogados e magistrados no processo vem em socorro principalmente daqueles titulares de parcela do direito ou de interesse deduzidos em juízo, os quais, exatamente pelo caráter de massa do conflito, estão incapacitados de adentrar no tribunal e acompanhar diretamente o desenrolar da disputa (BENJAMIN, 2012).

Nesse contexto inicial da ação, caberá ao juiz, também, analisar e tentar sanar problemas referentes à legitimidade e ao interesse do autor popular, à causa de pedir e aos pedidos formulados. O autor deve indicar especificamente a causa de pedir, o ato maléfico que pretende combater, não devendo formular pedido excessivamente genérico (MANCUSO, 2015, p. 117).

O autor popular age em legitimação ordinária e, desde as origens romanas, o exercício da ação popular esteve condicionado ao pleno gozo dos direitos políticos. A Constituição Federal é clara: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular. O clássico livro de José Afonso da Silva, *Ação Popular Constitucional*, cuja primeira versão foi impressa no ano de 1968, cita lição altruísta de Rafael Bielsa (1956, *Revista Forense* 157-34 e ss):

O autor popular é uma espécie de ‘cavalheiro cruzado’ da legalidade e da moralidade pública ou da defesa do meio ambiente. Nele se vê uma expressão de solidariedade para com todos os cidadãos honestos ou animados de espírito cívico ou preocupados com o equilíbrio ambiental.

Quanto ao litisconsórcio, conquanto o ente político (União, Estado, Município, Distrito Federal) e os órgãos da administração indireta não possam experimentar prejuízo algum com a eventual procedência da ação proposta (já que, em princípio, ela é proposta em seu favor), o interesse processual que determina sua citação e, pois, sua condição de cointegrante do polo passivo, repousa na razão técnica de que tal litisconsórcio é do tipo necessário,

[...] assim qualificado aquele que vem determinado *ex vi legis* ou quando assim o imponha a própria natureza da relação de direito material, de maneira que a eficácia do julgado fica a depender da citação de todos os legítimos contraditores (CPC/1973, art. 47; novo CPC, arts. 114, 115, II) (MANCUSO, 2015, p. 247).

Na 8ª edição da obra *Ação Popular*, Rodolfo Camargo Mancuso (2015, p. 247) cita Ruy Armando Gessinger (1985, p. 42) com o objetivo de explicar a espécie de litisconsórcio para ser observada na ação em comento (art. 47, CPC/1973, e artigos 114, 115, II, CPC/2015):

No ponto, Ruy Armando Gessinger observa: “Sendo um só o ato arguido de ilegítimo, tal circunstância faz nascer uma comunhão de interesses entre os seus sujeitos passivos, que conduz ao litisconsórcio necessário (CPC, art. 47).”

Com relação ao pretense ato, para ser anulado ou declarado nulo, deve ser indicado de forma objetiva, observando-se as normas dos artigos 1º a 4º da Lei 4.717/1965, na qual, especificamente no último artigo, a jurisprudência e a doutrina constatam que a lesividade é presumida.

Quanto aos pedidos formulados, estes também não podem ser excessivamente genéricos, nem demonstrar natureza estritamente particular e subjetiva ou serem realizados em nome de terceiro sem autorização deste. Podem ser condenatórios (ressarcimento ao erário; restituição de bens e valores, conforme artigo 14 e parágrafos), desconstitutivos (nulidade ou rescisão do ato lesivo), o que qualifica a ação como predominantemente pessoal nos termos da doutrina de José Afonso da Silva (2011, p. 217).

Quanto ao interesse jurídico, logicamente o cidadão, como ser individual, via de regra, ingressa com uma ação popular em defesa de interesse particular e subjetivo. O problema, como a seguir será exposto, é constar esse interesse individual como causa de pedir.

Nesse ponto, são oportunos alguns comentários de José Afonso da Silva (2007, p. 152), nos quais sintetiza que:

[...] a ação popular consiste num instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade. Diretamente, é certo, o interesse defendido não é do cidadão, mas da entidade pública ou particular sindicável e da coletividade, por consequência. Mas é seu também, como membro da coletividade.

De forma exemplificativa, o fato de o autor da ação popular ter algum interesse pessoal no resultado do processo não afasta sua legitimidade.

O que importa é que ele também vise ao benefício do patrimônio público, da moralidade administrativa ou do meio ambiente.

Aliás, todas as vezes em que ajuizar uma ação popular, o autor sempre terá um interesse pessoal, ao menos indireto, por ser um dos integrantes da coletividade que é titular dos bens difusos ofendidos. Portanto, ainda que o autor seja o maior interessado na procedência de uma ação popular, como, por exemplo, caso vise anular uma licitação na qual sua empresa saiu vencedora, estará legitimado a agir, embora seu interesse jurídico ou pessoal não deva constar na causa de pedir (ANDRADE et al., 2011, p. 267).

Dessa forma, o interesse particular, mas não exclusivo, jamais poderá ser motivo para indeferimento da inicial de uma ação popular sob pena de o Judiciário ferir direito constitucional individual e fundamental do cidadão.

Quando da análise da admissibilidade da ação, no que tange ao interesse de agir (e, consequentemente, à legitimidade), é preciso que o julgador, no mínimo, ressalve os fatos que aparentam ser relevantes e demonstram, pelo menos perfunctoriamente, atos que ferem a moralidade, o meio ambiente e o interesse público.

Quanto à competência para ajuizamento da ação popular, Mancuso afirma que (2011, p. 217):

Ocorre que a ação popular apresenta certas peculiaridades, v.g., o fato de lobrigar questões de ordem pública, indisponíveis; o fato de sempre envolver ato ou omissão de autoridade, servidores, e mesmo de terceiros; a circunstância de apresentar um polo passivo subjetivamente complexo, abrangendo autoridades e agentes públicos de mais de um nível de governo e até de mais de um Poder; o fato de seu objeto, por vezes, concernir a mais de um Estado da Federação, ou a mais de um nível do governo. Singularidades essas que, tomadas em conjunto, induziram o legislador a regular a competência para essa ação através de certos critérios especiais, por vezes derogatórios das regras do CPC.

E continua discorrendo sobre três critérios especiais de competência. O primeiro critério estabelece que a causa seja proposta no foro ou juízo relativo ao ente político interessado (por ser competência territorial, a Súmula 33 do STJ é aplicável). Já o segundo ressalta que aquela *vis attractiva* competência territorial em favor do ente político interessado também se aplica a ente paraestatal. O terceiro critério vale ser citado de forma direta (MANCUSO, 2011, p. 219):

Quando ao ato ou à omissão sindicados na ação concernem a mais de um nível de governo (v.g., uma hidrelétrica que está sendo construída com recursos de um Município e de um fundo federal), a competência se desloca em favor do ente político mais proeminente, no caso a União, o mesmo se dando se a concomitância de interesses envolver Estado e Município (LAP, § 2.º do art. 5.º).

Os levantamentos das questões iniciais e breves sobre a formação da petição inicial da ação popular e os pressupostos mais importantes servirão para refletir, em seguida, sobre o recebimento da petição inicial de uma ação popular e a repercussão dela decorrente.

2.2 O INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

Ressaltados os pontos importantes quanto à legitimidade, ao interesse jurídico do autor popular, à necessidade de individualização objetiva e à comprovação mínima, logo na inicial, dos atos lesivos impugnados, entende-se que o indeferimento da petição inicial acarretará tão somente nova propositura da demanda, situação que não se mostra compatível com os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da economia e da celeridade processuais, da adequação e da adaptabilidade.

Dessa forma, sabendo-se que o Código de Processo Civil se aplica ao que for compatível com sua lei específica (art. 22 da Lei 4.717/1965), não se olvida que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, inclusive no procedimento das ações populares, atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (Art. 8º da Lei 13.105/2015).

Salutar entendimento do Superior Tribunal de Justiça ressalta a necessidade de seguimento das demandas populares para apuração da lesividade aduzida, pois presumida, e valoriza a pacificação social, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DESMEMBRAMENTO DE TERRENO. CONSTRUÇÃO DE RESIDENCIAL. DESCUMPRIMENTO DE TERMO DE OBRIGAÇÕES. QUESTIONAMENTO DE LICENÇAS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. LESIVIDADE PRESUMIDA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA.

[...] 6. Para o cabimento da Ação Popular, basta a ilegalidade do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material. Nesse sentido: “mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico da administração” (Resp 849.297/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8.10.2012). Confira-se ainda: “A ação popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexistente dano material ao patrimônio público. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 774.932/GO, DJ 22.03.2007 e Resp 552.691/MG, DJ 30.5.2005” (REsp 474.475/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 6.10.2008. No mesmo sentido, os precedentes do STF: RE 120.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.8.99; RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.8.94; RE 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.8.1999. 7. O debate sobre o indeferimento da inicial indica que se está diante de juízo de deliberação. Na presença de dúvida fundada a respeito da lesividade do ato, deve o magistrado permitir o prosseguimento da demanda, como tripla garantia: a) ao autor, que terá oportunidade de robustecer em instrução suas ponderações; b) ao réu, que, finalizado o trâmite processual, obterá resposta definitiva que, se lhe for favorável, estará albergada pela coisa julgada material, em situação de efetiva pacificação, e não meramente formal, como decorre do indeferimento da petição inicial; e c) à coletividade, cuja proteção é a finalidade última da Ação Popular. 8. No mais, a) a efetiva lesividade – os efeitos da construção – é matéria que será dirimida em cognição exauriente; b) o conteúdo preciso do termo de obrigações não foi objeto de análise final pelo acórdão recorrido e não pode ser examinado agora, sob pena de violação da Súmula 5/STJ, embora inequívoca a natureza jurídica *propter rem* das restrições voluntariamente assumidas pelos gestores originais do empreendimento hoteleiro; c) o art. 1.299 do CC, que afirma o axioma do direito de construir, e o art. 10 da Lei 6.766/1979 não têm (sic), neste momento processual, comando suficiente para alterar o posicionamento atacado, dado que o cerne da discussão está nos motivos da restrição, apreciados sob enfoque de dimensão diferenciada; d) analisar aqui se a vontade das partes envolvidas teria suplantado/distratado o conteúdo do termo de obrigações demanda reexame de matéria fática, inviável de acordo com a Súmula 7/STJ. [...] 11. Recursos Especiais não providos. (STJ, REsp 1252697/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, DJe de 2/2/2015.)

Recente julgado do Supremo Tribunal Federal entendeu ofensiva ao inciso LXXII do art. 5º da CF a sentença que julgou sem mérito a ação popular; o Juízo *a quo* entendeu ser condição da ação demonstrar haver lesão ao patrimônio público material concomitantemente com lesão ao patrimônio imaterial (moralidade), senão vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. CONDIÇÕES DA AÇÃO. AJUIZAMENTO PARA COMBATER ATO LESIVO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO QUE MANTEVE SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR ENTENDER QUE É CONDIÇÃO DA AÇÃO POPULAR A DEMONSTRAÇÃO DE CONCOMITANTE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO MATERIAL. DESNECESSIDADE. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida.

1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal.
2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico.
3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência. (STF, ARE 824781 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/8/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito, DJe de 9/10/2015.)

Confira-se o seguinte apontamento de Vicente Greco Filho (1999, p. 91) quanto à importante definição do elemento fático e da causa de pedir para viabilidade jurídica da ação proposta por um cidadão, com fulcro no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal:

[...] a causa de pedir é constituída do elemento fático e da qualificação jurídica que dele decorre, abrangendo, portanto, a *'causa petendi'* próxima e a *'causa petendi'* remota. A causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos que justificam o pedido, e a causa de pedir remota são os fatos constitutivos.

Assim, o tema relacionado à formação da petição inicial e seu indeferimento não se esgota pelo exposto. A aferição pelo juízo da existência de preponderante interesse pessoal como causa de pedir e a necessidade de adequação do pedido para afastar o mencionado interesse da parte (que desqualifica a finalidade da ação em comento) são atos que convergem para o interesse da coletividade.

2.3 A TRAMITAÇÃO DA AÇÃO POPULAR E O CONJUNTO PROBATÓRIO

O respeito aos artigos 1º a 4º da aludida Lei da Ação Popular combinados com as regras processuais para elaboração da petição inicial (artigo 319 do CPC/2015) facilitam o sucesso da empreitada jurídica do cidadão.

Todavia, muitas vezes, na petição inicial, não consta, de forma definida, qual ato o autor popular pretende impugnar, apesar de a narrativa ser coesa. Isso ocorre por vários motivos, por exemplo, por falta de definição de qual ato está lesando o patrimônio público, por se tratar de ato omissivo. Outro é a alegação de falta de licitação e contratação direta.

Dessa forma, Mancuso (2011, p. 262) expõe que o autor coletivo deve:

[...] ao momento da petição inicial: i) juntar a prova documental de que dispõe, inclusive, sendo o caso, a prova pré-constituída que tenha adrede preparado; ii) requerer sejam requisitadas, junto às entidades sindicadas, as certidões e outros assentamentos (Lei 4.717/65, art. 7º, I, b), embora o juiz possa fazê-lo também de ofício; iii) protestar pelas demais provas que intente produzir (testemunhal, pericial, depoimentos pessoais, expedição de ofícios e precatórias), ficando ciente de que, se por ocasião da fase em que seria possível “julgamento conforme o estado do processo” (CPC, art. 329) vier a ‘requerer’ prova oral ou pericial, tal comunicação determinará que o rito do processo passe a ser o ordinário (LAP, art. 7º, V).

Quanto ao item ii supracitado, que dispõe sobre a requisição às entidades sindicadas, o §4º do art. 1º da Lei 4.717/1965 é claro:

§ 4º Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades, a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

Note-se que a ação popular é densamente documental e, em menor intensidade, pericial (MANCUSO, 2011, p. 263).

Sobre esse ponto, muitas vezes o autor popular encontra dificuldade burocrática (má vontade em alguns casos) nos órgãos públicos, sejam municipais, sejam estaduais ou federais, não sendo possível abstrair se realmente o autor buscou as informações relacionadas aos atos administrativos que impugna, principalmente, no que tange à comprovação de atos omissivos.

Nesse ponto, alguns entendem que a normativa e a sistemática do microsistema de normas coletivas em defesa dos interesses difusos e coletivos são capazes de solucionar a problemática: basta o protocolo de petição para demonstrar o questionamento e o não atendimento deste (MANCUSO, 2011, p. 209).

Por outro lado, verifica-se que “o juiz, na ação popular, está autorizado a gerenciar a massa probatória, tendo ainda poderes censórios bem mais acentuados” (MANCUSO, 2011, 245). Quanto a esse ponto, a função do Judiciário no caso de ações populares é repleta de nuances desde antes da vigência da atual legislação processual.

Os poderes instrutórios do juiz são amplos em relação aos demais procedimentos cíveis, todavia não desincumbem as partes de atentarem à natureza contenciosa da ação popular. Mancuso (2011, p. 243-244), em belos apontamentos, esclarece que:

A Ação Popular possibilita um tipo de contencioso civil de dúplice natureza: 1) de um lado, é um “processo das partes”, ocorrendo, naturalmente, uma pretensão do autor popular no sentido de que certo ato ou omissão foi ilegal e resultou lesivo ao patrimônio público, donde seu pedido à desconstituição do ato e/ ou condenação dos responsáveis ao ressarcimento ou à restituição dos fatos ao “*statu quo ante*”; paralelamente, as autoridades, agentes públicos e terceiros aos quais se imputa a responsabilidade ou o locupletamento, oferecerão a resistência que tiverem; 2) de outro lado, porém, registra-se a existência de um “contencioso objetivo de legalidade” [...], na medida em que se tem o Judiciário procedendo a um contraste objetivo entre a conduta da Administração, ou da autoridade, e o modelo que vem indicado na norma de regência, presente a consideração de que os atos administrativos são em sua maioria vinculados e, portanto, somente são válidos quando se realizam conforme a norma (relações entre os particulares: *permissit quod non prohibetur*). Essa dúplice função da ação popular acarreta algumas particularidades na produção da prova, como veremos nos itens a seguir.

E complementa Mancuso (2011, p. 244, citando ALVIM NETTO, Revista de Processo nº 32/163, 1983):

[...] como se sabe, o Juiz é destinatário da prova, mas no âmbito da ação popular sua missão é um tanto diversa da que ele exerce nas demais ações civis [...], ao passo que na ação popular, como bem observado por José Manoel Arruda Alvim, o juiz se coloca “numa postura mais envergadamente inquisitória”, que nessa ação ocorre “uma substancial mudança no tradicional comportamento do Juiz no tocante à aferição da prova, tudo para melhor proteção do interesse da coletividade e do patrimônio público lesado.

Essa postura do juiz na ação popular será relembrada no tópico que trata sobre o ônus probatório nessa espécie de ação.

Por fim, sobre a tramitação da ação popular, vale ressaltar que os seguintes parágrafos do artigo 1º da Lei 4.717/1965 dispõem que poderá o Juízo requerer as informações ou as certidões negadas pelos órgãos e pelas entidades competentes, salvo em razão de segurança nacional:

§ 6º Somente nos casos em que o interesse público, devidamente justificado, impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

§ 7º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos

do indeferimento, e salvo em se tratando de razão de segurança nacional, requisitar umas e outras; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado de sentença condenatória.

No ponto relacionado ao ônus da prova, o atual Código de Processo Civil tenta corroborar a postura mais envergadamente inquisitória do juiz. Em paralelo, “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (artigo 378 do CPC/2015).

E incumbe “ao terceiro, em relação a qualquer causa: I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II – exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder”. Igualmente, o texto legal ainda prevê que “poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” (artigo 380 do CPC/2015).

No que tange à tramitação e ao conjunto probatório, a natureza jurídica das ações populares já levava à conclusão de que, caso o Juízo entenda aplicável o rito ordinário, este não extinguiria a ação; o magistrado deve transformar o rito da ação popular para aquele rito, passando a ter tratamento infraconstitucional: aplicação dos princípios da adequação e da adaptabilidade, que passaram a ser regra no processo civil brasileiro, com a vigência da Lei 13.150/2015.

Sob o foco da tramitação da ação popular, seguindo na análise da fase probatória, dispensa-se item específico deste artigo para tratar do ônus da prova na ação popular.

» 2.3.1 O ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO POPULAR – POSSIBILIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS E DE INVERSÃO

No processo da ação popular, “de um lado, lobrigam-se questões de ordem pública e, de outro, o interesse que está em lide é o interesse público, dado que o autor não está ali sustentando posição jurídica própria, mas agindo como um *alter ego* da sociedade”. Seguindo esse raciocínio, Rodolfo de Camargo Mancuso estabelece que “daí que a postura do juiz nessa ação resulta especial, aproximando-se do juiz de instrução, existente, v.g., no ordenamento italiano” (MANCUSO, 2011, p. 245).

Quanto aos poderes instrutórios do juiz, o item anterior deste artigo discorreu sobre a postura do magistrado na tramitação de uma ação popular. Destacou-se a ressalva da Lei n. 4.717/1965, no artigo 22 mais especificamente, que conclama as regras do Código de Processo Civil (de 2015) para aquilo que não contrariar os dispositivos da Lei que regula a Ação Popular nem a natureza específica da ação.

Com o atual Código Processual, pode-se afirmar que a citada postura se tornou regra geral, tendo em vista o dever de colaboração e a legalização do entendimento jurisprudencial e doutrinário que defendia a distribuição dinâmica do ônus da prova na ação popular.

A admissão da distribuição dinâmica do ônus da prova na teoria geral das provas (no Código de Processo Civil) está assim positivada nos parágrafos 1º e 2º:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Nesse contexto, continua sendo regra a distribuição estática do ônus da prova. Leia-se Rodolfo Camargo (2011, p. 262):

No plano substancial, onde incidirá, propriamente, a decisão sobre o mérito da controvérsia, deve o autor popular desincumbir-se do ônus de provar o fato constitutivo de sua pretensão. Não basta alongar-se acerca das conotações jurídicas da lide: as regras *'da mihi factum dab tibi jus'* e *'jura novit curia'*, indicam que a tarefa primacial do autor é relatar com previsão os fatos, sobrelevando-lhes todos os aspectos mais importantes e, principalmente, calçando-os desde logo com as provas documentais de que dispuser; ao depois cuidará de atribuir-lhes a consequência jurídica que entenda pertinente.

A Lei das Ações Cíveis Públicas e a Lei de Improbidade Administrativa não dispõem de mecanismo de distribuição do ônus probatório diverso do estático.

O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. **O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.**

2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.

3. Embargos de divergência providos. (STJ, EREsp 260.821/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio De Noronha, Primeira Seção, julgado em 23/11/2005, DJe de 13/02/2006, p. 654, **grifo nosso**.)

Claro que a decisão que distribui o ônus da prova (no saneamento do processo) não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Atualmente, diversas instituições, órgãos (ver nota de fim sobre a campanha #CORRUPÇÃO-NÃO²), organizações não governamentais e a sociedade brasileira como um todo levantam questões relacionadas à efetividade das ações que visam à proteção dos bens coletivos, inclusive discutem a positivação da possibilidade de inversão do ônus da prova.

Conforme outrora exposto, o autor popular, muitas vezes, não indica precisamente os atos que pretende anular e realiza pedido que se assemelha ao instituto jurídico da inversão do ônus da prova ou de exibição de documentos para atribuir aos réus a responsabilidade por apresentar a documentação que comprove a regularidade de alguma relação jurídica ou negócio jurídico.

A inversão do *onus probandi* é um dos temas defendidos na supramencionada campanha #CORRUPÇÃO-NÃO; interessante e envolvente para alguns aplicadores do direito e, para outros, ofensiva aos direitos e garantias fundamentais (notas de fim deste artigo relacionadas à Síndrome de Alice³).

Projetos de lei foram formulados para legalizar a inversão do ônus da prova no âmbito das ações de improbidade e, conseqüentemente, em outras demandas do supramencionado microsistema.

No que se relaciona à ação popular, há quem argumente que, por se enquadrar como uma espécie de ação coletiva, a inversão do ônus da prova seria possível com base noutros diplomas legais, como, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor e na legislação ambiental (MANCUSO, 2015, p. 272).

Essa conclusão é sensível e incentiva os interessados à efetividade da proteção do erário e de outros bens jurídicos coletivos, tendo em vista a incontestável sofisticação dos atos que importam danos ao patrimônio público.

Assim, quando se enfrenta o tema ônus da prova, é aplicável apenas a dinamização deste na fase probatória das ações populares, prevista no supramencionado §1º do art. 373 do CPC/2015, principalmente nos casos em que a parte incumbida de provar algo em razão de seu cargo ou função detenha a prova adequada ao alcance da verdade real. Não se cogita a possibilidade de inversão do ônus probatório.

Nos casos em que a obtenção das provas seja impossível ou excessivamente difícil (provas diabólicas), basta a parte encarregada judicialmente desse ônus argumentar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de produzir a prova.

Ressalte-se que o atual Código de Processo Civil melhorou o artigo 335 do CPC de 1973 para consagrar o bom senso do Juízo, quando positiva que:

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Nesse sentir, a prova documental avulta em importância no procedimento da ação popular, passando a ser prova legítima a partir do momento em que colacionada aos autos, devendo a parte contrária argumentar, de forma esdrúxula (na contestação), a falsidade documental, pois “cessa a fé do documento público ou particular, sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade” (artigo 427 do CPC/2015).

Quanto às ações populares que visam contestar atos discricionários ou políticos, o aplicador do direito deve atentar-se ao princípio da separação dos poderes. Vale lembrar que, no campo do direito administrativo, não se permite que o Judiciário aprofunde a análise do mérito do ato administrativo, salvo quanto à legalidade deste.

Por fim, outro problema processual reflexivo sobre a fase probatória da demanda está na não resposta pelo ente público ou pela pessoa jurídica sujeito do polo passivo da ação popular, apesar de efetivo o ato citatório.

Quanto a esse ponto, em regra, não se aplicam os efeitos da revelia na ação popular, tendo em vista que o §3º do artigo 6º da Lei específica desta dispõe que “a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

Assim, “a imputação de revelia, com seus consequentes efeitos, no caso de a entidade pública ‘não se defender’, afigura-se incompatível com as peculiaridades que singularizam a demanda popular” (MANCUSO, 2015, p. 290).

Importante, portanto, que o autor popular identifique, de forma pormenorizada (se possível), os agentes, pessoas físicas, para tornar sua imputação mais sugestiva e eficaz, com destaque para o fato de que, no início deste artigo, se concluiu pela necessidade de formação de litisconsórcio necessário.

Por outro lado, na prática, há a presunção de lesividade de alguns atos públicos (artigo 4º da LAP), e o prosseguimento da ação para posterior julgamento de improcedência ou extinção confere mais credibilidade e efetividade à prestação jurisdicional, principalmente para o acusado de cometer atos lesivos.

Caso seja temerária a acusação do cidadão, a própria Lei das Ações Populares prevê a condenação ao pagamento de multa em seu art. 13.

3 PARALELO ENTRE A AÇÃO POPULAR E A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Atualmente, salutar opção à ação popular na defesa de bens jurídicos coletivos é a ação de improbidade administrativa, criada pela Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que regulamenta procedimento de natureza não penal e dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos (e políticos) nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública.

A aclamação popular espalhada em diversos segmentos da sociedade brasileira pelos mais de 500 anos de descaso com esta Nação tão rica em diversos aspectos resultou em interessantes e salutares propostas de projetos de lei, tanto em matéria cível como penal.

A supracitada Lei descreve o ato de improbidade administrativa como aquele que importa em enriquecimento ilícito: obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, prática de qualquer ato que cause lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades (artigos 9º e 10º da Lei 8.429/1992).

Ainda, entende-se por improbidade administrativa atos que atentem contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11 da Lei 8.429/1992).

Não obstante a semelhança dos bens jurídicos tutelados, consideradas as duas ações indicadas neste artigo jurídico, sabe-se que a ação popular prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos (§3º do art. 5º da Lei 4.717/1965).

Ademais, a Lei das Ações Populares indica os limites objetivos do julgado sob sua égide: “Art. 11. A sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele [...]”.

Portanto, a ilegalidade e/ou a lesividade levam à desconstituição do ato impugnado e, também, ao ônus do ressarcimento em espécie ou no sucedâneo que se afigure idôneo. Naturalmente, como outrora exposto neste artigo, a sentença que não acolha a ação, total ou parcialmente, tem conteúdo declaratório-negativo em relação ao pedido condenatório e/ou (des)constitutivo formulado na inicial. No ponto, “a condenação e a constituição só se configuram quando as sentenças acolhem a pretensão do autor, porque, se a rejeitam, são sentenças declaratórias negativas” (CINTRA et al., 2003, p. 303, apud MANCUSO, 2015, p. 91).

Importante, ainda, lembrar que, atualmente, no Brasil, de forma expansiva, tem-se discutido, em diversos setores da sociedade, a importância dos atos de combate às ações lesivas à administração pública, inclusive com mudanças consideráveis na Lei 8.429/1992.

Em contraponto à maior efetividade e justiça nas ações coletivas que visam punir atos lesivos ao patrimônio público, existem projetos de lei que pretendem afrouxar a normativa em prejuízo ao interesse coletivo. Algumas propostas tornam subjetiva a configuração de abuso de autoridade, situação que supostamente intimidará a aplicação das normativas processuais restritivas de liberdade ou de direitos pelas autoridades públicas.

Diametralmente contrário à força que prevê o enfraquecimento da lei de improbidade está o Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, que ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, realizada em 29 de março de 1996⁴ (com reserva apenas ao art. XI, parágrafo 1º, inciso ‘c’). Por outro lado, em 2006, o Presidente da República promulgou, por meio do Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 (Dia Internacional contra a Corrupção).

Há várias propostas legislativas para efetivação e implantação das convenções da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU)⁵.

Dessa forma, mesmo cientes da necessidade de aprimoramento da legislação aplicável às espécies de danos protegidos pela ação popular e de fortalecimento das instituições competentes para o combate aos atos lesivos ao patrimônio público, o interessante, no momento, é ressaltar a importância da Lei 8.429/1992, assim que o autor popular ‘noticia’ a ocorrência de atos lesivos ao patrimônio público como um todo.

Entre a ação popular e a ação fundada na Lei de Improbidade, sem prejuízo da identidade da causa de pedir, haverá mera continência (e não litispendência), sendo da primeira o objeto mais amplo.

Não se mostram juridicamente viáveis os pedidos atravessados em uma ação popular que vise à aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (GARCIA; ALVES, 2013, p. 856-858).

Pedro Roberto Decomain, em seu artigo *Conexão entre as Ações Populares e entre Ação Popular e Ações Coletivas Correlatas* (2009), dispõe que:

A conexão entre a ação popular e a ação de improbidade existirá, mesmo que a ação por improbidade seja aforada pela própria entidade pública ou privada prejudicada pelo ato ímprobo. Acerca disso, deve-se registrar, que ações por improbidade administrativa podem ser ajuizadas não somente pelo Ministério Público, como também pela própria entidade pública ou privada que haja sido prejudicada pela improbidade. Mesmo que seja este o caso, porém, não parece possível cogitar da extinção da ação popular, se aforada posteriormente à ação por improbidade, ao fundamento de eventual litispendência, a extinção da ação popular violaria o direito constitucional assegurado ao respectivo autor, de também tomar providências judiciais na preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa. [...] ensinamento de Cassio Scarpinella Bueno: 'a prevenção se estabelece tendo em conta o momento da distribuição da primeira petição e não levando em consideração qual juízo despachou primeiro ou perante qual foi primeiro promovido a citação. Não incidem as regras dos arts. 106 e 219 do CPC, mas sim aquelas do parágrafo 3º do art. 5º da Lei n. 4.717/65 e do parágrafo 5º, do art. 17, da Lei n. 8.429/92' (BUENO; PORTO FILHO, 2001).

Portanto, por iniciativa de ação popular, poderá o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios tomar conhecimento da existência de atos ilícitos ou danosos ao Poder Público (de cotejo moral ou material) e ao interesse público, ou até mesmo dos indícios que talvez não fundamentem uma ação popular. Ainda, conquanto as razões das duas ações aparentem convergência, poderá o Ministério Público, com base nas suas prerrogativas institucionais, instaurar inquérito civil ou até mesmo propor ação civil pública, tudo com base nos procedimentos correlatos e de forma "paralela".

O exemplo levantado por Rogério Pacheco (GARCIA, 2013, p. 857) é bastante elucidativo:

Imagine-se a seguinte hipótese: determinado administrador violando as normas previstas na Lei n. 8.666/1993, finda por realizar contratação com valores evidentemente superfaturados. Joaquim Prudêncio, diligente cidadão, propõe ação popular com vistas à anulação do ato e consequente condenação dos réus ao ressarcimento dos prejuízos acusados ao erário. O Promotor de Justiça da mesma Comarca propõe a ação civil pública de improbidade. Qual o pedido formulado nesta última? A anulação do ato, a condenação dos réus ao ressarcimento do prejuízo (mesmos pedidos formulados pelo autor da ação popular) e a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento e multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios). Em situação tal, soa evidente que o pedido formulado na ação proposta pelo *Parquet* é muito mais amplo do que o formulado por João Prudêncio, embora idêntica a causa de pedir, levando-nos a concluir pela existência de continência, causa modificadora da competência que conduz a reunião dos processos (art. 105 do CPC), aplicando-se os critérios dos arts. 106 ou 219 do CPC, a depender da hipótese, para a determinação do órgão jurisdicional competente.

Nesse contexto, distingue-se a ação de improbidade da ação popular quanto ao objeto que, nesta, é muito mais restrito.

Na ação popular, por sua índole desconstitutiva-condenatória, entende-se, da leitura dos artigos 1º, 11 e 14 da Lei nº 4.717/1965, que há incompatibilidade entre os pedidos de condenação à obrigação de fazer ou de não fazer. Nesta ação, o resguardo do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural resulta em sentença de procedência para julgar inválido ato da administração pública. É possível, ainda, pedido de condenação dos responsáveis e beneficiários do ato nas perdas e danos (art. 11 da Lei 4.717/65). Contudo, não é possível a aplicação naquele rito de sanções, como as previstas no art. 12 da Lei Geral de Improbidade Administrativa.

Dessa forma, diante de um ato de imoralidade ou de lesividade ao patrimônio público (dentre outros atos lesivos), a ação mais efetiva é a de improbidade administrativa. Para essas

espécies de atos imorais e/ou ilegais, a ação popular e a ação civil pública convencional são subsidiárias à ação de improbidade.

Reforce-se que a sistemática da Lei de Improbidade não inviabiliza, em momento algum, o manejo da ação popular. Confira-se (ALVES, 2013, p. 855):

A uma, porque tal instrumento, historicamente, sempre se voltou à reprimenda de toda e qualquer conduta lesiva ao patrimônio público, representando, em virtude de sua ampla legitimação ativa, uma importantíssima ferramenta de democracia participativa. A duas, porque a própria Lei n. 7.347/1985, em seu art. 1º, deixa claro que o exercício da ação civil pública não impede o ajuizamento da ação popular (Art. 1º Regem-se pelas disposições esta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações e responsabilidade por danos causados...). A três, porque seria mesmo inadmissível que a sistemática de tutela concebida pela legislação ordinária limitasse o campo de incidência de um instrumento que goza de status constitucional, esvaziando-o na hipótese de lesão ao patrimônio público resultante de improbidade. Neste particular, não é demais lembrar que é a própria Constituição Federal, do alto de sua unidade hierárquico-normativa, que prevê a ação popular e a ação civil pública como instrumentos voltados à tutela do patrimônio público (art. 5º, LXXIII, e 129, III).

Já Rodolfo Mancuso (2015, p. 245) estabelece que:

Tenha-se ainda presente que, sob o aspecto da defesa do erário, tangenciam-se os objetos da ação popular e da ação por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), cabendo destacar o § 5.º do art. 17 desta última: “A propositura da ação prevenirá a jurisdição [rectius: a competência] do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto” (parágrafo acrescido pela MedProv 2.180-35/2001).

Por fim, destaque-se que, tanto nas ações populares como nas ações de improbidade (mais especificamente nestas, por serem aplicadas sanções), o princípio da presunção de não culpabilidade (inocência), constitucionalmente consagrado no artigo 5º, LVII, não prepondera sobre o *in dubio pro societate* da primeira fase procedimental.

Caso haja dúvidas sobre a ocorrência dos fatos imputados ao réu, pessoa física ou jurídica, a ação deve prosseguir até a prolação de sentença de improcedência (*in dubio pro reo* vigora na segunda fase do procedimento da ação de improbidade), evitando-se o julgamento sem mérito da demanda.

CONCLUSÃO

A riqueza das discussões quanto ao cabimento de ações populares ou de ações de improbidade administrativa evidencia-se diante dos acontecimentos e da pretensão do povo brasileiro.

Os governantes são reflexo da sociedade e devem representar, de forma ética e harmoniosa, os anseios desta e não exclusivamente os desejos de pequenos grupos não legitimados. O direito constitucional conferido ao cidadão desejoso de litigar contra os agentes que danificam o patrimônio público moral e material deve ser adequadamente promovido.

Preciosa é a contribuição da ação de improbidade administrativa que, conjuntamente com a ação popular, pode ser instrumento de vigilância e de desaprovação de certas condutas reiteradas dos agentes públicos, políticos e outros.

Com base no disposto, salvo nos casos em que a ação é utilizada para defesa de interesses puramente pessoais ou em contendas políticas, sem interesse público, nota-se que a ação popular

ainda é uma das portas do cidadão para ingressar como legitimado ativo em contenda que vise à proteção do patrimônio público moral ou material.

O Estado não se encontra isolado na tarefa de proteção da sociedade e dos bens públicos materiais e imateriais. A comunidade possui importante papel de colaboração.

Assim, os órgãos competentes, ao serem cientificados da possível ocorrência de atos danosos ao patrimônio público, devem agir primordialmente por meio da ação popular, auxiliando no impulso processual, e paralelamente, em ação civil adequada que vise à efetividade da proteção dos bens jurídicos coletivos agredidos.

O atual Código de Processo Civil, além de promover a atitude ativa do magistrado, poderá ser utilizado de forma benéfica ao autor popular, tendo em vista os princípios da não surpresa, da presunção racional, da efetividade da prestação jurisdicional, do combate ao formalismo exacerbado, dentre outros preceitos.

Todas as normas citadas neste artigo passam a ser regra processual e material de valorização (não apenas proteção) do patrimônio público.

Pela ação popular ou pela ação de improbidade administrativa, os interessados poderão, em tese, alcançar as sanções consideradas justas e proporcionais em desfavor dos agressores de bens jurídicos coletivos.

A normativa, apesar de antiga (a Lei nº 4.747 foi promulgada em 1965), é base importante do microsistema de tutela coletiva e boa ferramenta para o combate a atos imorais, ilegais, pessoais, obscuros ou, ainda, permissivos ao enriquecimento de terceiro, em desfavor do patrimônio público.

Entenda-se: os bens jurídicos tutelados pelas vias escolhidas nesta pesquisa científica são caros e sensíveis.

Aprovado: 7/11/2016. Recebido: 5/9/2016.

NOTAS

¹ Responsável pelo desenvolvimento da prosa no período do barroco, nasceu em Lisboa, em 1608, e morreu na Bahia, em 1697. Ficou conhecido por seus sermões polêmicos em que criticava e defendia os índios e sua evangelização, condenando os horrores vivenciados por eles nas mãos de colonos, e os cristãos-novos (judeus convertidos ao Catolicismo) que aqui se instalaram.

² FAQ do site da campanha #CORRUPÇÃOÃO: é uma realização do Ministério Público Federal brasileiro, em parceria com a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP) <<http://corrupcaoao.mpf.mp.br/faq>> Programa do BRASIL. Ministério Público Federal. 10 medidas — Portal de Combate à Corrupção. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 12.05.2016.

³ Vladimir Costa Magalhães, Juiz Federal da 4ª Vara Federal Criminal - RJ em seu artigo disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/205>, expõe: “O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista”, discorre sobre a síndrome de Alice acometida pelos garantistas: “Por outro lado, a banalização e a promiscuidade com que vem sendo tratada a teoria garantista no Brasil têm contribuído para a deturpação de seu autêntico sentido. Em verdade, o extremismo na visualização dos preceitos garantistas vem sendo concebido com o notório propósito de servir de escudo para a delinquência econômico-empresarial, expressão moderna da criminalidade do colarinho branco vislumbrada a partir da década de 1930.”

⁴ Decreto nº 4.410/2002 – Preâmbulo da Convenção Interamericana contra a corrupção, anexo do Decreto Nº 4.410, DE 7 DE OUTUBRO DE 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.

⁵ Representantes do Ministério Público Federal (MPF), do Judiciário e de entidades da sociedade civil se reuniram dia 19 de julho de 2016, com o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, para discutir a tramitação do Projeto de Lei nº 4.850/2016, que reúne as 10 Medidas Contra a Corrupção. Durante o encontro, foi definido que o dia 9 de dezembro (Dia Internacional Contra a Corrupção) será um marco na tramitação do PL. O objetivo é fazer com que a proposta seja votada pela Câmara dos Deputados. Informações sobre as “10 medidas contra a corrupção” disponíveis em <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>, acessado em 03 ago. 2016. Informações sobre o PL 4.850/2016 Disponíveis em <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Editora Método, 2011 (Esquematizado), p. 267.
- ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Ação popular. **Revista de Processo** v. 8, n. 32, p. 163-177, out./dez. 1983.
- BARROSO, Luis Roberto. Ação popular e ação civil pública: aspectos comuns e distintos. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, v. 1, n. 4, p. 233-241, jul./set. 1993.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **A Citizen Action norte-americana e a tutela ambiental**. Revista Ajuris, v. 18, n. 53, p. 87-113, nov. 1991. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/9454>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- BIELSA, Rafael. **A ação popular e o poder discricionário da administração**. Publicado em *La Ley* março de 1954 e traduzido por Guilherme A. dos Anjos. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14254/13126>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Do país Constitucional ao país Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. São Paulo: Editora Malheiros Editores. 4. ed. 2009.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 10, inciso “c”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.717 de junho de 1965**. Lei das ações populares. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Instituiu o Código de Processo Civil de 1973** (Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Lei 8.429 de 2 de junho de 1992. **Lei de improbidade administrativa**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 03 de ago. 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. ANDRADE, Landolfo. **Ônus da prova na ação civil pública. Regime atual e influências do novo CPC**. São Paulo: Editora Verbatim. 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**, São Paulo: Malheiros, 2001.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Código do Consumidor e Processo Civil: aspectos polêmicos**. Revista dos Tribunais. vol. 671. p. 32-39. São Paulo; Ed. RI, set. 1991.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. Conexão entre as ações populares e entre ação popular ações coletivas correlatas. **Revista Dialética de Direito Processual**. 71, 2009, p. 108-110.
- FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção No Brasil: Estudos de Casos e Lições Para o Futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. Rv. Ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- GESSINGER, Ruy Armando. **Da ação popular constitucional**. Porto Alegre: Ajuris, 1985.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vols. 1 e 2, p. 91.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord). **Processo e constituição: Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Ed. RI, 2006. p. 942-951.

MAGALHÃES, Vladimir Costa. “O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista”, **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Vol. 17, Nº 29 (2010). Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/205> Acesso em: 02 ago. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 7. ed. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Biblioteca Digital Thompson Reuters ProView. 1. ed. em e-book baseada na 8. ed. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 28. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo CPC – Quadro Comparativo – CPC/2015 x CPC/1973**. Grupo de Pesquisa do Professor José Miguel Garcia Medina para distribuição gratuita. Disponível em <<http://professormedina.com/>>.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar**. Capítulo do livro: A lei da ação popular em face do novo Código de Processo Civil. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 18. ed. Malheiros Editores, São Paulo: 1997.

MENDONÇA, Felipe. **A evolução do conceito jurídico de cidadania no panorama democrático do século XXI**. São Paulo, 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Sérgio Resende de Barros.

SIDOU, J. M. Othon. **As garantias ativas dos direitos coletivos: habeas corpus, ação popular, mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros. 2. ed. 2007.

VIEIRA, Marcelo Barbosa Alves. Os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa e a distribuição judicial do ônus da prova à luz do Novo CPC. **Revista Contas Abertas**. Revista Técnica do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul, publicação semestral, nº 1, v. 1, nov. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Coordenação. GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**. Ano 40, vol. 249, nov. 2015, p. 117-139.

Cecília Teresa de Menezes Oliveira

*Pós-graduada em Poder Judiciário com Ênfase em Direito Processual Civil pela
Instituição AVM Faculdade Integrada parceira da
Escola de Administração Judiciária do TJDF.
Pós-graduanda em Direito Constitucional,
Parlamentar e Administrativo pela Escola Paulista de Direito.
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF.*

*Condomínio Império dos Nobres, Quadra 4, Conjunto H, Casa 20
Região dos Lagos
Sobradinho/DF
CEP 73252-158
ctmoliveira@gmail.com
cecilia.oliveira@tjdft.jus.br*

CONCESSÃO DE INDULTO PLENO PARA OS CONDENADOS PELO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES CUJA PENA CORPORAL SEJA SUBSTITUÍDA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Não obstante o Decreto Presidencial 8.380/2014 vede a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos e equiparados, o TJDFT vem decidindo, a teor da exceção prevista no art. 9º, parágrafo único, do referido Decreto, que o indulto é plenamente aplicável, quando a pena privativa de liberdade for substituída por restritiva de direitos. Tal entendimento também encontra respaldo em recente jurisprudência firmada pelo Plenário do STF, que excepcionou a Lei 8.072/1990 e afastou a natureza hedionda do delito de tráfico de drogas na modalidade privilegiada (§4º do art. 33 da Lei 11.343/2006), permitindo ao condenado ser beneficiado com o instituto do indulto pleno.

Em contrapartida, há Magistrados que divergem desse posicionamento e decidem pela impossibilidade da concessão do indulto. Para a corrente minoritária, a vedação à concessão do indulto nas hipóteses de crimes hediondos e a eles equiparados está explícita na Constituição Federal e na Lei 8.072/1990, e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos não teria o condão de afastar o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas privilegiado.

Acórdãos representativos da possibilidade de concessão de indulto:

Relator Des. Jesuino Rissato

[...] o parágrafo único do art. 9º do Decreto 8.615/2015 elenca algumas hipóteses em que a vedação à concessão do indulto é afastada, entre as quais, aquela prevista no inciso XIV do art. 1º do mesmo decreto, referente ao sentenciado condenado à pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos. Tenho que as ressalvas previstas no decreto presidencial no tocante à possibilidade de se indultar a pena quanto aos crimes hediondos e equiparados não estão em confronto com a lei, ou até mesmo com a Constituição Federal, porquanto inserida no amplo poder discricionário do Chefe do Poder Executivo, conferida pelo art. 84, XII, da CF, a quem compete avaliar a conveniência e oportunidade da não execução da pena. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 978609, RAG 20160020406030, Relator Des. Jesuino Rissato, DJe de 11/11/2016, p. 95/108.)

Relator Des. João Batista Teixeira

[...] sempre adotei o entendimento no sentido de que o Decreto Presidencial nº 8.380/2014 veda a concessão de indulto aos condenados a crimes hediondos e equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes, mas excepciona a regra, no caso, em seu art. 9º, parágrafo único, quando a pena privativa de liberdade for substituída por

restritivas de direitos, hipóteses em que o indulto seria plenamente aplicável, cujos fundamentos também se aplicam ao Decreto Presidencial nº 8.615/2015, que possui o mesmo teor. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 978193, RAG 20160020388945, Relator Des. João Batista Teixeira, DJe de 9/11/2016, p. 123/136.)

Relatora Des^a. Ana Maria Duarte Amarante Brito

É possível a concessão de indulto aos condenados por tráfico de drogas, quando a pena privativa de liberdade imposta for substituída por restritiva de direitos e o reeducando tenha cumprido os requisitos objetivo e subjetivo estabelecidos no Decreto Presidencial 8.615/15. [...] Recente decisão do c. STF excepcionou a Lei 8.072/90 e afastou a natureza hedionda do delito de tráfico de drogas, na modalidade privilegiada. [...] Recurso conhecido e provido. Indulto concedido. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 974063, RAG 20160020322835, Relatora Des^a. Ana Maria Amarante Brito, DJe de 24/10/2016, p. 413/427.)

Relator Des. Souza e Avila

De acordo com o entendimento do STF, expressado pelo Plenário no julgamento do HC 118.533, o crime de tráfico de drogas privilegiado, ou seja, aquele em que incide a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não tem natureza hedionda. De consequência, não são exigíveis requisitos mais severos para a concessão do livramento condicional (cumprimento de 2/3 da pena), bem como para a progressão de regime (cumprimento de 2/5 da pena, se primário, ou 3/5, se reincidente). O réu condenado pelo crime de tráfico privilegiado passa a ter, em tese, o direito à anistia, graça e indulto, desde que observados os demais requisitos. (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 973503, RAG 20160020334544, Relator Des. Souza e Avila, DJe de 19/10/2016, p. 90/110.)

Relator Des. João Timóteo de Oliveira

[...] tendo em vista que o crime de homicídio qualificado privilegiado não é considerado hediondo em virtude da ausência de previsão nos referidos artigos 1º e 2º da Lei nº. 8.072/90, os quais fazem menção apenas ao homicídio qualificado, o mesmo tratamento deve ser estendido ao tráfico privilegiado, haja vista que o referido art. 2º faz alusão ao tráfico ilícito de drogas, claramente na qualidade de crime equiparado a hediondo. Nesse diapasão, como os condenados pelo crime de homicídio qualificado podem ter suas penas indultadas em virtude da incidência da minorante prevista no § 1º do art. 121 do CP (de um sexto a um terço), igualmente o tráfico de drogas deve auferir esse acolhimento pela presença da causa de diminuição de pena, a qual, diga-se de passagem, reduz a reprimenda em *quantum* ainda maior (um sexto a dois terços). [...] Destarte, considerar o tráfico privilegiado como equiparado a crime hediondo para negação do benefício do indulto, é fator que claramente configura desrespeito aos princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, os quais certamente devem preponderar sobre o formalismo constitucional extensível pelo Supremo Tribunal Federal ao indulto (como espécie de graça). (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 965293, RAG 20160020328015, Relator Des. João Timóteo de Oliveira, DJe de 14/9/2016, p. 194/228.)

Acórdãos representativos da impossibilidade de concessão de indulto:

Relator Des. Cesar Laboissiere Loyola

[...] o indulto é de competência reservada ao Chefe do Poder Executivo e se traduz no exercício de seu poder discricionário. Porém, encontra limite na vedação do art. 5º, XLII, da Carta Magna, a qual, conforme interpretação jurisprudencial citada, não admite o deferimento dessa benesse ao condenado por tráfico de entorpecentes, independente da pena fixada ou de sua substituição por restritiva de direitos, como acima se demonstrou. [...] Sendo assim, seguindo o entendimento dos Tribunais Superiores, tenho que, embora o Decreto nº 7.873/2012, em seu artigo 8º, parágrafo único, excepcionalmente, conceda o indulto pleno aos condenados por crime de tráfico de drogas que tiveram suas penas privativas de liberdade substituída por restritivas de direitos, impõe-se reconhecer que tal dispositivo é inconstitucional, além de afrontar o disposto na Lei 8.072/90. (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 968410, RAG 20160020317340, Relator Des. Cesar Laboissiere Loyola, DJe de 30/9/2016, p. 147/153.)

Relatora Des^a. Sandra De Santis

[...] O Decreto 7.873/2012, no artigo 1º, *caput*, inciso XII e parágrafo único do artigo 8º, permitiu a concessão de indulto aos condenados pela prática de tráfico de drogas, desde que beneficiados pela substituição da sanção corporal por restritivas de direitos ou pela suspensão condicional da pena. [...] Recente discussão da 2ª Turma do STF é no sentido de que o tráfico de drogas, ainda que privilegiado, é insuscetível de indulto. [...] O artigo 2º, inciso I, da Lei 8.072/90 veda expressamente a concessão de indulto. Pelo princípio da hierarquia das normas jurídicas, o Decreto 7.873/2012 é incapaz de sobrepor-se à Lei Ordinária ou à Constituição Federal. [...] Recurso desprovido. (TJDFT, Câmara Criminal, Acórdão n. 950862, EIR 20150020327746, Relatora Des^a. Sandra De Santis, DJe de 4/7/2016, p. 99/100.)

COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A MULTIRREINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE

Conforme vem julgando o TJDFT, nos casos em que o réu é multirreincidente, não é possível a compensação integral da agravante da reincidência pela atenuante da confissão espontânea, haja vista a maior reprovabilidade da conduta contumaz comparada à situação em que o réu possui uma única sentença criminal condenatória configuradora da reincidência.

Acórdãos representativos:

Relatora Des^a. Nilsoni de Freitas

[...] cumpre destacar que o acusado é multirreincidente, haja vista as condenações anteriores definitivas que ostenta em sua folha penal, não se mostrando recomendável a compensação entre as mencionadas circunstâncias, a fim de se alcançar os fins preventivos e repressivos da pena. (TJDFT, 3^a Turma Criminal, Acórdão n. 975963, APR 20161610003000, Relatora Des^a. Nilsoni de Freitas, DJe de 28/10/2016, p. 158/177.)

Relator Des. Roberval Casemiro Belinati

[...] o réu ostenta três condenações transitadas em julgado anteriormente ao fato em análise [...] que foram empregadas para caracterizar a multirreincidente. Assim, embora devidamente reconhecida a atenuante da confissão espontânea, inviável sua compensação integral com a multirreincidente do réu, razão pela qual, nesse ponto, nenhuma censura merece a sentença. (TJDFT, 2^a Turma Criminal, Acórdão n. 971980, APR 20150111353477, Relator Des. Roberval Casemiro Belinati, DJe de 17/10/2016, p. 192/202.)

Relator Des. Esdras Neves

Consoante o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses em que o agente possui várias condenações transitadas em julgado, configurando a multirreincidente, mostra-se inviável a compensação da reincidência com a confissão espontânea, em observância aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, devendo esta ser agravada em maior proporção. (TJDFT, 1^a Turma Criminal, Acórdão n. 970304, APR 2015011161409, Relator Des. Esdras Neves, DJe de 5/10/2016, p. 115/127.)

Relator Des. Silvanio Barbosa dos Santos

Tratando-se de réu multirreincidente, a compensação integral implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, uma vez que a multirreincidente exige maior reprovação, devendo prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea. (TJDFT, 2^a Turma Criminal, Acórdão n. 964328, APR 20160110000958, Relator Des. Silvanio Barbosa dos Santos, DJe de 8/9/2016, p. 224/241.)

Relator Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior

Incabível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea quando o réu é multirreincidente. Precedente do STJ. (TJDFT, 3^a Turma Criminal, Acórdão n. 958106, APR 20150710150773, Relator Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, DJe de 5/8/2016, p. 46/50.)

CONCESSÃO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA MEDIANTE SIMPLES AFIRMAÇÃO NA PETIÇÃO INICIAL

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, consolidou-se o entendimento de que é possível a concessão da gratuidade judiciária mediante simples declaração formal nos autos de que a parte não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família. Observa-se, contudo, que a declaração implica presunção relativa, a qual pode ser afastada em razão de provas a ela contrárias ou, ainda, de contestação pela outra parte nos termos dos artigos 4º, § 1º, e 7º da Lei 1.060/1950.

Em contrapartida, há aqueles que decidem pela impossibilidade da concessão da gratuidade de justiça mediante simples declaração formal nos autos. Para essa corrente jurisprudencial, o interessado deve comprovar a alegada insuficiência de recursos para custear as despesas processuais.

Acórdãos representativos da possibilidade de concessão da gratuidade de justiça:

Relatora Desª. Carmelita Brasil

Embora a Constituição Federal afirme que apenas os necessitados que comprovarem esse estado peculiar de pobreza podem fazer jus aos benefícios da assistência judiciária gratuita, a jurisprudência mais benigna há muito já sufragava o entendimento segundo o qual bastaria a afirmação de pobreza da parte para fazer emergir o direito de ser deferida a gratuidade de justiça. E essa interpretação, segundo a qual bastaria a afirmação da necessidade, a meu sentir, sempre foi a melhor. Isso porque, o conceito de pobreza ou de necessidade da gratuidade de justiça é elástico e de difícil apreensão *a priori*. De se notar que o novo regramento da matéria consolidou o entendimento jurisprudencial ao presumir como verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural, conforme o supracitado § 3º do art. 99 do CPC. Assim, a simples afirmação de hipossuficiência, desde que não provado o contrário, é suficiente para a obtenção do benefício. (TJDF, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 980835, AGI 20160020323813, Relatora Desª. Carmelita Brasil, DJe de 21/11/2016, p. 154/174.)

Relator Des. Diaulas Costa Ribeiro

O artigo 98, *caput*, do CPC/2015 prevê a possibilidade de concessão do benefício àqueles que afirmarem não terem condições de pagar as custas, despesas e honorários advocatícios. Além disso, presume-se, embora de maneira re-

lativa, que a alegação de hipossuficiência financeira é verdadeira, quando feita por pessoa natural. Contudo, não obstante a benesse possua a finalidade de promover o acesso de todos à justiça, importante ressaltar que não deve ser admitida de forma indiscriminada, mas apenas em casos excepcionais. Trata-se de benefício com o intuito de, efetivamente, contemplar os mais necessitados, aqueles que não possuam condições de arcar com as custas do processo, em detrimento da própria subsistência ou de seus familiares. Nessa seara, o art. 99, § 2º do CPC/2015 estabeleceu a hipótese de o Magistrado, após analisar detidamente as condições pessoais do postulante, como salário recebido e gastos mensais, indeferir a gratuidade de justiça, desde que verificados nos autos os elementos que evidenciem a falta dos requisitos para a sua concessão. (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 978344, AGI 20160020369825, Relator Des. Diaulas Costa Ribeiro, DJe de 11/11/2016, p. 329/336.)

Relator Des. Mário-Zam Belmiro

Os benefícios da assistência judiciária são concedidos à parte com insuficiência de recursos, quando não estiver em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. [...] A declaração de hipossuficiência firmada por pessoa natural goza de presunção de veracidade, sendo suficiente para deduzir sua impossibilidade de arcar com as despesas inerentes ao processo. [...] O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade. Inteligência do Art. 99, § 2º, do Código de Processo Civil. (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 977739, AGI 20160020391517, Relator Des. Mário-Zam Belmiro, DJe de 8/11/2016, p. 229/243.)

Relatora Desª. Simone Lucindo

Consoante dispõe o artigo 98, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, 'a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei'. Essa disposição é balizada pela presunção de veracidade da alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural, somente podendo ser afastada caso haja nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade (§§ 2º e 3º do artigo 99 do Novo Código de Processo Civil). (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 975244, APC 20150111057827, Relatora Desª. Simone Lucindo, DJe de 4/11/2016, p. 141/169.)

Relatora Desª. Fátima Rafael

Como visto, o artigo 99 e parágrafos do novo Código de Processo Civil, seguindo nova tendência jurisprudencial, estabelece que o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso, não fazendo qualquer exigência da declaração de pobreza prevista no artigo 4º da Lei 1.060/50. A "alegação" tratada no parágrafo 3º do artigo 99 do Código de Processo Civil refere-se aos fundamentos do pedido da gratuidade de justiça. O pedido feito pelo advogado supre a ausência de declaração da parte, sendo ele responsável pela afirmação, inclusive, porque a falsa alegação de hipossuficiência, a qual altera a verdade dos fatos, acarreta a sanção de litigância de má-fé. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 973995, APC 20150710175998, Relatora Desª. Fátima Rafael, DJe de 25/10/2016, p. 1611/1628.)

Relator Des. Jair Soares

Tendo a agravante apresentado declaração de pobreza, presume-se, até prova em contrário, a insuficiência de recursos. E, assim, pode gozar dos benefícios da assistência judiciária, ressaltando-se a possibilidade de o agravado impugná-la. Caso acolhida a eventual impugnação, sujeitarão aos agravantes ao pagamento até o décuplo das custas judiciais (CPC/15, art. 100, parágrafo único). (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 961892, AGI 20160020249367, Relator Des. Jair Soares, DJe de 30/8/2016, p. 267/324.)

Acórdãos representativos da impossibilidade de concessão da gratuidade de justiça:

Relator Des. Angelo Canducci Passarelli

É certo que o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal prevê que 'o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos' (grifei). Da literalidade do dispositivo extrai-se a exigência de comprovação da situação de miserabilidade econômica do requerente. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 973009, APC 20140111073225, Relator Des. Angelo Canducci Passarelli, DJe de 11/11/2016, p. 223/231.)

Relatora Desª. Leila Arlanch

Os artigos 98 a 102 do novo Código de Processo Civil disciplinam a gratuidade de justiça, estabelecendo, inclusive os requisitos para sua concessão. As referidas normas, contudo, devem ser interpretadas em consonância com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição da

República, que é norma hierarquicamente superior e que determina a efetiva comprovação da necessidade, daqueles que pleitearem o benefício. [...] É relativa a presunção de pobreza emanada da declaração firmada pela parte, sendo permitido ao julgador, mesmo sem provocação da parte adversa denegar de plano o benefício quando concluir não se encontrar o pretendente enquadrado nas disposições legais. [...] Havendo elementos que indiquem que a parte não dispõe de condições financeiras para arcar com as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, o benefício da gratuidade de justiça deve ser deferido. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 973156, AGI 20160020289233, Relatora Desª. Leila Arlanch, DJe de 17/10/2016, p. 226/242.)

DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA X CONDUTA ATÍPICA

O tema ainda não foi pacificado no âmbito do TJDF. Há Magistrados que entendem configurar crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal o descumprimento de medida protetiva fixada no curso de processo judicial que verse sobre violência doméstica. O fato de a Lei 11.340/2006 prever a possibilidade de aplicação de sanções de natureza extrapenal na hipótese de descumprimento das medidas protetivas não impede que o agente seja denunciado pelo crime de desobediência, tendo em vista a independência entre as esferas cível e penal.

Outra corrente entende tratar-se de conduta atípica, uma vez que a Lei Maria da Penha prevê sanções específicas para a hipótese de descumprimento de medida protetiva – como a prisão preventiva, expressa em seu art. 20 – e medidas extrapenais, tais como o auxílio de força policial, a imposição de *astreintes*, dentre outras. Dessa forma, não se pode punir o agente duas vezes sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Acórdãos representativos da tese de que o descumprimento de medida protetiva configura o crime de desobediência:

Relator Des. Jesuino Rissato

Quanto à tipicidade da conduta de desobediência imputada ao acusado, vale anotar que o fato de o § 4º do art. 22 da Lei nº 11.340/2006 prever a possibilidade de estipulação de multa para o caso de descumprimento de medidas protetivas não impede que o agente seja também processado pelo crime tipificado no art. 330 do CP, pois a esfera civil e a penal são independentes. Ademais, o § 1º do art. 22 da Lei nº 11.340/2006 prevê que ‘as medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. (TJDF, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 966484, APR 20161010013730, Relator Des. Jesuino Rissato, DJe de 21/9/2016, p. 163/176.)

Relator Des. Romão C. Oliveira

O fato de a Lei 11.340/2006 prever a possibilidade de aplicação de outras sanções de natureza extrapenal, na hipótese de descumprimento das medidas protetivas, não impede que o agente seja também denunciado quando incorrer na prática do crime insculpido no artigo 330 do Código Penal, tendo em vista a independência das esferas civil e penal. (TJDF, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 957802, APR 20140410127712, Relator Des. Romão C. Oliveira, DJe de 3/8/2016, p. 86/93.)

Acórdãos representativos da tese de que o descumprimento de medida protetiva não constitui crime de desobediência:

Relator Des. João Batista Teixeira

A despeito de não ser pacífica a questão em torno do tema ora em debate, a meu sentir, não constitui delito autônomo a conduta descrita na peça acusatória, relativa ao fato de o apelante ter descumprido medida protetiva consistente na proibição de aproximação e contato com a ofendida, determinada nos autos nº [...] entendo que a referida conduta não configura o crime de desobediência, uma vez que o descumprimento de medida protetiva pode ensejar a prisão preventiva prevista no art. 20 da Lei nº 11.340/2006, de sorte que o mesmo fato não é passível de punição com duas sanções penais diversas sem que a lei tenha ressalvado expressamente tal possibilidade. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 979517, APR 20140410115128, Relator Des. João Batista Teixeira, DJe de 16/11/2016, p. 587/598.)

Relator Des. Cesar Laboissiere Loyola

Consoante entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, não configura o crime de desobediência o descumprimento das medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006, visto que a previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência à ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo ressalva expressa de cumulação, inexistente no caso. (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 975484, APR 20150810001356, Relator Des. Cesar Laboissiere Loyola, DJe de 25/10/2016, p. 1484/1500.)

Relatora Desª. Sandra De Santis

[...] o descumprimento de decisão judicial proferida em medidas protetivas de urgência é atípico na esfera criminal. A Lei Maria da Penha trouxe providências extrapenais para o caso, como o auxílio de força policial e a imposição de multa (artigo 22, §§ 3º e 4º, da Lei 11.340/2006). Pode-se, inclusive, decretar a prisão preventiva do réu (artigo 313, inciso III, do CPP). E não há previsão legal que autorize a incidência cumulativa dessas medidas com a figura típica do artigo 330 do CP. Impossível a condenação pelo crime de desobediência. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 963766, APR 2013110015455, Relatora Desª. Sandra De Santis, DJe de 5/9/2016, p. 260/266.)

Relator Des. George Lopes Leite

[...] o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o descumprimento de medida protetiva não caracteriza o crime previsto no artigo 330 do Código Penal, porque a Lei Maria da Penha previu medidas extrapenais para o caso de descumprimento, como o auxílio de força policial (artigo 22 da lei 11.340/2006), a imposição de multas, a decretação de prisão preventiva (artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal), dentre outras (a exemplo das previstas no artigo 461, § 5º e 6º, do Código de Processo Civil) e não há previsão legal autorizando a incidência cumulativa das medidas citadas com o artigo 330 do Código Penal. Assim, reputa-se atípica a conduta, inclusive porque a jurisprudência prestigia o princípio da intervenção mínima no Direito Processual Penal moderno. Dessa forma, mantém somente as condenações pelas vias de fato e pela ameaça. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 952101, APR 20150810064007, Relator Des. George Lopes Leite, DJe de 6/7/2016, p. 257/272.)

FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A PACIENTE NECESSITADO – DEVER DO ESTADO

Segundo vem decidindo o TJDFT, a Administração Pública tem o dever constitucional de dar atendimento médico à população, fornecendo àqueles que não possuem condições financeiras medicamento sob prescrição médica em homenagem à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial.

Acórdãos representativos:

Relator Des. Angelo Canducci Passareli

[...] uma vez que o medicamento indicado pelo médico da rede pública de saúde é a única combinação hábil a conferir eficácia ao tratamento do paciente, além do fato de ter sua eficácia e segurança comprovadas, mediante inclusão na relação de medicamentos da ANVISA, o fornecimento ao paciente é medida que se impõe, sendo desinfluyente o fato de não constar dos referidos Protocolos Clínicos indicados pelo Apelante. [...] não havendo vedação à distribuição ou comercialização do produto, impõe-se ao Estado fornecê-lo a quem necessita, sem que possa arcar com a despesa correspondente. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 977903, APC 2014011132845, Relator Des. Angelo Canducci Passareli, DJe de 23/11/2016, p. 274/285.)

Relator Des. Fernando Habibe

O Estado tem o dever de assegurar a todos o direito à saúde, nos termos da Constituição Federal (196) e da Lei Orgânica do Distrito Federal (204; 205; 207), do qual não se exonera, ainda que o medicamento não seja padronizado ou que não conste de protocolos clínicos. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 981049, APC 20140110918002, Relator Des. Fernando Habibe, DJe de 22/11/2016, p. 484/492.)

Relator Des. Silva Lemos

[...] os limites à atuação do Poder Público em defesa do cidadão esbarram em quatro pilares: reserva de consistência, reserva do possível, igualdade e proporcionalidade. De outra sorte, não obstante os limites impostos, encontra amparo principiológico e normativo o fornecimento de medicamento sob prescrição médica, destinado ao tratamento indispensável a pacientes em estado grave, em homenagem à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 968664, RMO 20120111315306, Relator Des. Silva Lemos, DJe de 4/10/2016, p. 419/429.)

INTERNAÇÃO DE PACIENTE EM UTI PARTICULAR – OBRIGATORIEDADE DO ESTADO EM VIRTUDE DA INEXISTÊNCIA DE VAGAS EM HOSPITAL PÚBLICO

À luz do disposto nos arts. 196 da Constituição Federal e 207 da Lei Orgânica do DF, o TJDFDT tem decidido que, comprovadas a necessidade de internação em unidade de terapia intensiva e a inexistência de vaga em UTI da rede pública de saúde, o Distrito Federal deve assegurar ao paciente o direito à saúde, possibilitando sua internação em hospital particular.

Acórdãos representativos:

Relator Des. Sebastião Coelho

Forma-se relação jurídica entre o hospital particular e o Estado, no caso de não haver leito em UTI de rede pública e, pelo estado de emergência, ser o paciente obrigado a se internar em unidade particular. Configura omissão estatal e nasce a obrigação do Estado em arcar com os custos do tratamento a partir do momento em que a parte busca os meios legais para ter seu direito atendido. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 974050, APC 20140110540639, Relator Des. Sebastião Coelho, DJe de 8/11/2016, p. 175/188.)

Relator Des. Arnaldo Camanho de Assis

Constatada a necessidade de o autor internar-se em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), e não possuindo condições financeiras de custeá-la, incumbe ao Estado providenciar, às suas expensas, os recursos necessários para o seu tratamento. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 961314, RMO 20150111022618, Relator Des. Arnaldo Camanho, DJe de 29/8/2016, p. 221/230.)

Relator Des. James Eduardo Oliveira

Dada a latitude e gabarito constitucional do direito à saúde, decisão judicial que impõe a implementação do atendimento médico regularmente prescrito, por se apoiar diretamente na Lei Maior, não traduz qualquer tipo de vulneração à independência dos poderes ou aos primados da isonomia, da igualdade e impessoalidade" [...] Irrepreensível, pois, a sentença que imputa ao ente estatal a responsabilidade pela internação do paciente em leito de UTI da rede pública ou, em caso de falta de vaga, em leito de UTI da rede privada. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 956642, RMO 20150110521197, Relator Des. James Eduardo Oliveira, DJe de 1º/8/2016, p. 201/212.)

Relator Des. José Divino de Oliveira

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196 da CF/88). [...] O Estado deve garantir assistência médica, incluída a internação de paciente em unidade de tratamento intensivo na rede particular, quando o poder público não dispõe de leitos disponíveis. (TJDFT, 2ª Câmara Cível, Acórdão n. 953768, MSG 20160020140760, Relator Des. José Divino, DJe de 13/7/2016, p. 87.)

MENOR DE 18 ANOS APROVADO EM VESTIBULAR – MATRÍCULA EM SUPLETIVO

Sobre a possibilidade de o menor de 18 anos aprovado em vestibular efetuar matrícula em curso supletivo para a expedição do certificado de conclusão do ensino médio, há dois entendimentos no TJDF. O primeiro é o de que a vedação contida na Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) deve ser interpretada à luz da capacidade do aluno, não sendo razoável obstar o acesso aos níveis mais avançados de ensino quando o estudante demonstra estar habilitado para tanto. A matrícula do aluno é, então, permitida.

Por outro lado, há magistrados que entendem que o menor de 18 anos, mesmo aprovado em exame vestibular, não pode realizar as provas do supletivo para a expedição do certificado de conclusão do ensino médio em virtude da vedação expressa disposta no art. 38 da referida Lei.

Acórdãos representativos do entendimento de que não há óbice para a matrícula:

Relator Des. Gilberto Pereira de Oliveira

A vedação contida na Lei nº 9.394/96 deve ser interpretada à luz da capacidade do aluno, não sendo crível obstar o acesso aos níveis mais avançados de ensino, quando o estudante demonstra estar habilitado para tanto. A agravante, embora ainda não tenha completado a idade exigida em lei, ou seja, 18 anos, tendo sido aprovada em exame de vestibular, demonstra possuir capacidade intelectual suficiente, fato que impõe-lhe seja concedida a oportunidade de realizar as provas do supletivo para a expedição do certificado de conclusão do ensino médio exigido e, assim, possa matricular-se no curso para o qual já foi aprovada. O art. 208, V, da Carta Federal, assegura o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, conferindo amparo para se pleitear a obtenção do certificado de conclusão do ensino médio. (TJDF, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 968578, AGI 20160020220478, Relator Des. Gilberto Pereira de Oliveira, DJe de 29/9/2016, p. 264/272.)

Relator Des. Sérgio Rocha

[...] a vedação expressa no artigo 38 da Lei nº 9.394/96 (Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional) deve ser interpretada levando-se em consideração a capacidade do aluno, examinando, caso a caso, as peculiaridades do caso concreto, de maneira que sua interpretação não se afaste do disposto no texto constitucional [...] Isso porque, a aprovação para o curso superior que escolheu demonstra a capacidade intelectual e amadurecimento precoce do estudante. Além disso, o Código Civil prevê

que o menor adquire a capacidade plena em razão de colação de grau em curso superior (CC 5º, p. único, IV), motivo pelo qual, negar-lhe o acesso a esse ensino é atitude contraditória que não observa a necessidade de interpretação sistemática das leis, para garantir a harmonia do sistema jurídico. (TJDFT, Acórdão n. 959576, 4ª Turma Cível, APC 20150110721339, Relator Des. Sérgio Rocha, DJe de 17/08/2016, p. 161/169.)

Acórdãos representativos do entendimento de que a matrícula em supletivo não é possível para menores de 18 anos:

Relatora Desª. Gislene Pinheiro

[...] A exigência de idade mínima de 18 anos para realização de exame supletivo, imposta pelo artigo 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/96, não afronta o disposto no artigo 208, inciso V, da Constituição Federal. Quando a lei exigir idade mínima, não é possível dispensá-la sob a alegação de que, aprovada no vestibular, a aluna demonstrou conhecimento e maturidade para ingressar em curso superior, principalmente quando ainda se encontra no início do 2º ano do ensino médio. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 971196, AGI 20160020322747, Relatora Desª. Gislene Pinheiro, DJe de 13/10/2016, p. 235/283.)

Relatora Desª. Ana Cantarino

A regra é que o ingresso na educação superior seja franqueado a candidatos que tenham concluído o Ensino Médio ou equivalente e que tenham sido classificados em processo seletivo. [...] A modalidade de educação de jovens e adultos – EJA não tem por intuito encurtar o tempo de duração do ensino médio, tampouco representa caminho alternativo para o acesso mais rápido ao ensino superior. Cuida-se, sim, de modalidade de ensino destinada a pessoas que não tiveram a oportunidade de frequentar o ensino regular na idade adequada, e que se valem desse modelo para viabilizar a conclusão de seus estudos. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 965149, AGI 20160020227786, Relatora Desª. Ana Cantarino, DJe de 15/9/2016, p. 308/323.)

PROTESTO DE CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA

O art. 25 da Lei 12.767/2012 promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que serão incluídas, entre os títulos sujeitos a protesto, as certidões de Dívida Ativa da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. O Conselho Especial do TJDFT, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 2014.00.2.015764-8, afirmou a constitucionalidade do referido art. 25, do que decorre ser permitido o protesto de CDA.

Acórdãos representativos:

Relator Des. Romeu Gonzaga Neiva

O protesto de CDA é permitido pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 9.492/1997, introduzido pelo art. 25 da Lei n.º 12.767/2012, cuja constitucionalidade foi afirmada pelo Conselho Especial deste egrégio Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do mandado de segurança n.º 2014.00.2.015764-8. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 972023, APC 20140111823470, Relator Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJe de 20/10/2016, p. 160/181.)

Relatora Desª. Gislene Pinheiro

É possível o protesto de CDA, conforme previsão expressa contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/97, incluído pelo art. 25 da Lei nº 12.767/2012, cuja constitucionalidade foi afirmada pelo Conselho Especial deste e. Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do mandado de segurança nº 2014.00.2.015764-8. Além do mais, o mero fato de haver uma ação de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (ADI nº 5135) não indica qualquer reconhecimento de que tal norma é incompatível com a Constituição Federal, devendo prevalecer o entendimento de que as leis gozam de presunção de constitucionalidade. (TJDFT, 2ª Câmara Cível, Acórdão n. 968496, MSG 20160020093695, Relatora Desª. Gislene Pinheiro, DJe de 29/09/2016, p. 164/166.)

PENHORA DE VERBAS DE NATUREZA SALARIAL – HIPÓTESES EXCEPCIONAIS

O TJDFT vem decidindo, a teor do art. 833, inciso IV, § 2º, do novo Código de Processo Civil, que são impenhoráveis os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios, os montepios e as demais verbas de natureza alimentar, salvo nas hipóteses de constrição destinada ao pagamento de prestação alimentícia e de importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais.

Acórdãos representativos:

Relatora Desª. Maria de Lourdes Abreu

Não se tratando o caso de nenhuma das hipóteses excepcionais em que o Código de Processo Civil autoriza a penhora de verbas salariais, pois não se refere à penhora para o pagamento de prestação alimentícia nem a executada auferir vencimentos maiores que 50 (cinquenta) salários mínimos, deve prevalecer a regra geral de impenhorabilidade absoluta desses valores, os quais possuem caráter eminentemente alimentar. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 970144, APC 20160510051706, Relatora Desª. Maria de Lourdes Abreu, DJe de 14/10/2016, p. 373/377.)

Relator Des. Teófilo Caetano

Os salários, subsídios, soldos, remunerações, proventos e vencimentos usufruem de intangibilidade legalmente assegurada, sendo absolutamente impenhoráveis, conforme apregoa o artigo 649, inciso IV, do estatuto processual de 1973, e agora o artigo 833, inciso IV, do novel estatuto processual legal, não contemplando o legislador nenhuma ressalva, salvo exclusivamente a constrição destinada à satisfação de obrigação alimentícia e o que extrapolar o equivalente a 50 salários mínimos mensais (§ 2º), à proteção que contempla. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 969976, AGI 20160020187526, Relator Des. Teófilo Caetano, DJe de 14/10/2016, p. 313/341.)

Relatora Desª. Ana Maria Duarte Amarante Brito

A Lei 13.105/15 manteve a impenhorabilidade dos salários, prescrevendo, contudo, nova exceção. A ressalva à impenhorabilidade se aplica, conforme disposto no art. 833, § 2º, a valores superiores a 50 salários mínimos mensais. Nestas hipóteses, é possível a penhora sobre remuneração e proventos. A inovação acolhe o objetivo de evitar que os devedores dotados de rendimentos elevados sejam blindados de constrição, em prejuízo do direito de crédito do exequente. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 967938, AGI 20160020212850, Relatora Desª. Ana Maria Duarte Amarante Brito, DJe de 4/10/2016, p. 437/484.)

Relator Des. Josaphá Francisco dos Santos

Segundo o disposto no art. 833, IV, do CPC e do decidido pela sistemática dos recursos repetitivos no julgamento

do REsp nº 1184765/PA, há de se observar a impenhorabilidade absoluta dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e demais verbas de natureza alimentar, com exceção apenas ao pagamento de prestação alimentícia e as importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos (§ 2º). (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 967567, AGI 20160020102989, Relator Des. Josaphá Francisco dos Santos, DJe de 27/09/2016, p. 329/336.)

Relator Des. Flavio Rostirola

A teor do art. 833, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil, são impenhoráveis os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvadas as importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 959187, AGI 20160020072988, Relator Des. Flavio Rostirola, DJe de 25/8/2016, p. 152/169.)

REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CPC

Consoante vem decidindo o TJDFT, os recursos relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 devem observar os requisitos de admissibilidade na forma prevista no CPC/1973; já os recursos referentes a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016, ou seja, após a entrada em vigor do novo CPC/2015, devem obedecer ao regramento da nova Lei.

Acórdãos representativos:

Relator Des. Gilberto Pereira de Oliveira

Considerando que a publicação da decisão agravada se deu na vigência do novo CPC, é esta norma processual que embasará a análise da questão. Portanto, incide ao caso o Enunciado Administrativo n.º 3 oriundo do STJ, que estipulou que ‘aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC’. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 970393, AGI 20160020192600, Relator Des. Gilberto Pereira de Oliveira, DJe de 17/10/2016, p. 251/268.)

Relator Des. Getúlio de Moraes Oliveira

A Lei 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil – não se aplica às decisões publicadas em data anterior a sua vigência, ocorrida em 18 de março de 2016. No caso concreto, a sentença foi publicada na vigência do CPC de 1973. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 970603, APC 20150110550228, Relator Des. Getúlio de Moraes Oliveira, DJe de 13/10/2016, p. 421/459.)

Relator Des. Alfeu Machado

Segundo o Enunciado Administrativo n. 3 do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), como é o caso dos autos, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 964678, APC 20140111730947, Relator Des. Alfeu Machado, DJe de 27/9/2016, p. 267/279.)

Relatora Desª. Ana Cantarino

A norma processual tem aplicabilidade imediata, sem eficácia retroativa, de modo que as regras do Novo Código de Processo Civil, que somente entraram em vigor na data de 18 de março de 2016, não eram aplicáveis aos atos praticados antes dessa data. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 957982, AGI 20160020071792, Relator Desª. Ana Cantarino, DJe de 22/08/2016, p. 140/149.)

TRATAMENTO NA MODALIDADE HOME CARE – OBRIGATORIEDADE EM VIRTUDE DE INDICAÇÃO MÉDICA

A jurisprudência do TJDFT considera abusiva a cláusula dos contratos de plano de saúde que exclui ou limita o tratamento domiciliar (*home care*) quando há indicação médica, em razão de restringir direitos ou obrigações fundamentais e inerentes à natureza do acordo celebrado entre as partes, além de violar o disposto no art. 51, IV e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Acórdãos representativos:

Relatora Des^a. Vera Andrighi

O art. 13 da Resolução ANS 211/10 prevê expressamente as condições para o fornecimento do serviço de internação domiciliar, quando oferecida em substituição ao tratamento hospitalar. [...] É nula a cláusula do contrato de seguro-saúde que exclui o tratamento *home care*, nos termos do inc. IV do art. 51 do CDC. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 981157, APC 20150710295732, Relatora Des^a. Vera Andrighi, DJe de 22/11/2016, p. 566/592.)

Relatora Des^a. Leila Arlanch

Desta feita, deve ser garantido aos pacientes, conveniados ao Plano de Saúde, os tratamentos necessários à plena recuperação de sua saúde, sob pena de se macular a própria finalidade do contrato firmado, além da violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, havendo indicação pelo médico do tratamento na modalidade *Home Care* (fl. 47), não pode o Plano de Saúde, por sua iniciativa, substituí-lo por outro que repute mais adequado. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 977024, APC 20150710040388, Relatora Des^a. Leila Arlanch, DJe de 3/11/2016, p. 255/306.)

Relator Des. Sandoval Oliveira

[...] Não cabe à operadora do plano de saúde deliberar sobre qual é o melhor tratamento ao qual o paciente deve ser submetido, mas sim o médico responsável por ele, sendo abusiva qualquer cláusula que permita à empresa estabelecer as necessidades específicas do usuário, mormente quando não há nos autos especificação dos critérios utilizados para avaliar a condição do paciente. [...] Se o profissional que acompanha a paciente recomendou a continuidade da assistência médica domiciliar – *home care* – para a recuperação da saúde e manutenção da vida da autora, tem a operadora do plano de saúde a obrigação de restabelecer o tratamento, pelo período de 24 horas por dia, de acordo com as prescrições médicas, a fim de que se atenda à finalidade do contrato de saúde firmado e ao princípio da dignidade humana. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 975186, APC 20160710028839, Relator Des. Sandoval Oliveira, DJe de 25/10/2016, p. 1555/1599.)

Relatora Des^a. Nídia Corrêa Lima

[...] deve ser considerada abusiva a cláusula contratual que exclui ou até mesmo limita tratamento domiciliar devidamente prescrito por médico responsável pelo tratamento, do segurado de plano de saúde, uma vez que viola o disposto no art. 51, IV e seu § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 968390, APC 20160110252589, Relatora Des^a. Nídia Corrêa Lima, DJe de 30/9/2016, p. 423/430.)

Relator Des. João Egmont

[...] Embora não haja previsão na lei ou no contrato firmado entre as partes sobre a obrigatoriedade do fornecimento do *home care*, tal fato não pode acarretar a vedação ao fornecimento do tratamento, sob pena de afronta aos direitos constitucionais à vida e à saúde. [...] Cumpre ao médico que acompanha o estado de saúde do paciente recomendar qual a terapêutica necessária para condução de tratamento. [...] O Código de Defesa do Consumidor, no art. 51, dispõe que são nulas as cláusulas que colocam em desvantagem exagerada o consumidor, especialmente quando restringem direito fundamental inerente à natureza do contrato. [...] A cláusula contratual que exclui ou limita a cobertura do tratamento de *home care* é nula de pleno direito, uma vez que gera desequilíbrio entre as partes, em atenção aos princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 957551, APC 20150111333104, Relator Des. João Egmont, DJe de 2/8/2016, p. 273/299.)



NORMAS EDITORIAIS

A **Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT destina-se à publicação semestral de obras que apresentem conteúdo de interesse jurídico amplo e que primem pela inovação e pela reflexão sobre temas relevantes para a Justiça Comum Estadual.

Podem ser publicados, conforme avaliação da equipe editorial, artigos, resenhas e resumos de teses e dissertações relacionados a matérias pertinentes à Justiça Comum Estadual, inclusive ao Juizado Especial no âmbito estadual, nas áreas de Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Civil; Direito Processual Civil; Direito do Consumidor; Direito Empresarial; Direito Penal; Direito Processual Penal; Lei Maria da Penha; Estatuto do Idoso; Estatuto da Criança e do Adolescente; Direito Ambiental; Direito Tributário; Direito Previdenciário; Direito Urbanístico; Direito Agrário; Filosofia do Direito; Sociologia Jurídica; Psicologia Jurídica; Métodos de Solução de Conflitos, Mediação e Conciliação.

A periodicidade da RDJ é semestral, com divulgação preferencialmente nos meses de fevereiro e agosto, nas formas impressa e eletrônica. Em todas as suas edições divulga artigos, jurisprudência do TJDFT e obras referentes a ações de destaque desenvolvidas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Excepcionalmente, haverá convites para publicação.

A RDJ está aberta a colaborações de especialistas, mestres e doutores em Direito e outras áreas afins, desde que haja relevância do tema para a Justiça Comum Estadual.

REMESSA DE TEXTO

Os textos devem ser submetidos na página <https://revistajuridica.tjdft.jus.br>. Os trabalhos devem ser originais e inéditos, assim considerados aqueles que nunca foram publicados em qualquer fonte de divulgação. Essas exigências se estendem às monografias, dissertações ou teses de mestrado e doutorado que foram publicadas nos repositórios das Universidades/Faculdades.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Os interessados na publicação devem encaminhar os originais, redigidos conforme os padrões da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, em arquivo eletrônico, no seguinte formato: editor de texto Microsoft Word; folha em tamanho A4; fonte *Times New Roman*, no tamanho 12; margens esquerda e superior de 3,0 cm; margens direita e inferior de 2,0 cm, com alinhamento justificado; recuo de 1,5 cm na primeira linha e espaçamento entre linhas 1,5, sem espaçamento entre os parágrafos. Devem ter de 10 a 25 páginas, sem marcações de quebra de página, de seção ou de coluna.

Os trabalhos devem ser apresentados em língua portuguesa, admitindo-se trabalhos em língua estrangeira, desde que acompanhados de tradução.

O trabalho original não deve conter qualquer identificação do autor, cujos dados devem ser informados em documento suplementar, com as seguintes especificações: título do artigo; nome completo do(s) autor(es); indicação da

instituição à qual está vinculado; cargo; telefone, *e-mail* e endereço para correspondência e referência aos principais títulos e atividades acadêmicas, segundo a ordem de importância (utilizar no máximo três linhas).

O artigo deve ser precedido de título, resumo e palavras-chave em português e inglês; o título deve conter no máximo 15 palavras, em letras maiúsculas em negrito; o resumo e o *abstract*, de 100 a 250 palavras, deve conter campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão, em espaçamento simples, e devem ser apresentadas cinco palavras-chave e *keywords*.

As citações devem ter referência bibliográfica e quaisquer incorreções serão de inteira responsabilidade do autor.

As citações no corpo do texto devem ser feitas por sobrenome do autor, data e, se possível, número de página da publicação. Quando se tratar de dois autores, ambos devem ser citados e, havendo mais de dois autores, a citação deve ser acompanhada pelo sobrenome de um dos autores, seguido da expressão *et al.*

Citações com mais de três linhas devem ser feitas em parágrafo independente, com recuo de 4 cm; fonte no tamanho 10; espaçamento simples, sem aspas e sem itálico. Citações com até três linhas devem ser inseridas no próprio corpo do texto, entre aspas e sem itálico.

O itálico deve ser utilizado somente para destacar palavras que não pertencem à língua portuguesa.

As tabelas e os gráficos devem ser geradas no editor de textos *Microsoft Word* e apresentados em preto e branco.

As notas de rodapé não serão aceitas; no entanto, quando necessárias, devem ser indicadas com números arábicos sequenciais, imediatamente depois da frase a que digam respeito. Deverão ser apresentadas ao final do texto (notas de fim), numeradas sequencialmente, antes das referências bibliográficas.

As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas ao final do texto, em ordem alfabética, segundo as normas da ABNT (NBR-6023).

AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

Somente as contribuições que cumprirem os requisitos formais estabelecidos serão submetidas ao processo de avaliação.

O editor-chefe avaliará, preliminarmente, a adequação aos padrões de editoração e à linha editorial da Revista. O trabalho que não atender aos objetivos da Revista será imediatamente devolvido ao autor.

Havendo inadequação às normas da Revista, a Comissão Executiva entrará em contato com o autor para as devidas adaptações. Cumpridas as exigências, a submissão será confirmada. Caso não sejam atendidas as normas da Revista, o trabalho será devolvido ao autor.

Admitida a submissão, a Comissão Executiva providenciará a avaliação técnica no prazo máximo de 6 (seis) meses.

Cada trabalho será distribuído a 2 (dois) pareceristas, ficando em sigilo os nomes do autor e dos avaliadores, para garantir o anonimato e a lisura do processo de avaliação (*blind peer review*). Após 15 (quinze) dias do encaminhamento, os pareceristas emitirão manifestação

em formulário próprio, indicando ou não a publicação do trabalho avaliado, podendo, se necessário, recomendar ao autor ajustes antes da emissão do parecer definitivo.

O trabalho que obtiver duas recomendações negativas será devolvido ao autor.

Em caso de divergência entre os avaliadores, um terceiro parecerista opinará sobre a indicação ou não do trabalho para publicação, podendo, ainda, recomendar ao autor ajustes antes da emissão do parecer definitivo. Não sendo recomendada a publicação do trabalho pelo terceiro parecerista, devolver-se-á o trabalho ao autor.

Em caso de sugestão de ajustes, o autor poderá promovê-los no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da ciência da avaliação. Não havendo manifestação do autor no prazo estipulado, o trabalho será devolvido a ele.

O trabalho com os ajustes será submetido a nova análise do(s) parecerista(s) solicitante(s), o(s) qual(is), no prazo de 05 (cinco) dias, emitirá(ão) parecer definitivo sobre a recomendação ou não de publicação do trabalho.

Após a avaliação dos pareceristas, o editor-associado poderá ser consultado e o editor-chefe decidirá, em caráter definitivo, sobre a pertinência da publicação do trabalho na Revista, comunicando ao respectivo autor.

O autor será comunicado da recomendação ou eventual recusa da publicação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da decisão do editor-chefe.

Os trabalhos que não forem publicados na edição imediatamente posterior à data de aprovação para publicação ficarão armazenados em arquivo próprio e, havendo interesse do autor,

poderão ser publicados em edições futuras. Nessa hipótese, o autor poderá, a qualquer tempo, solicitar a devolução do trabalho, ficando ele excluído do rol de artigos aptos à publicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando da submissão dos trabalhos, os autores deverão concordar com termo de submissão de artigo e de autorização para publicação, cessão de direitos autorais e declaração de originalidade e ineditismo, constante na página <https://revistajuridica.tjdft.jus.br>.

A submissão dos trabalhos implica a anuência incondicional às normas da RDJ, e também a cessão total, irrevogável e gratuita dos direitos autorais a eles pertinentes.

Os autores serão inteiramente responsáveis pelas citações, referências, titularidade e originalidade dos trabalhos e opiniões manifestadas nos artigos.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDF, independentemente do tipo de mídia em que sejam publicados.

TJDFT

PRODUÇÃO GRÁFICA

COORDENAÇÃO DE SERVIÇOS GRÁFICOS » CSG

TJDFT

ISSN 0101-8868

Venda Proibida

