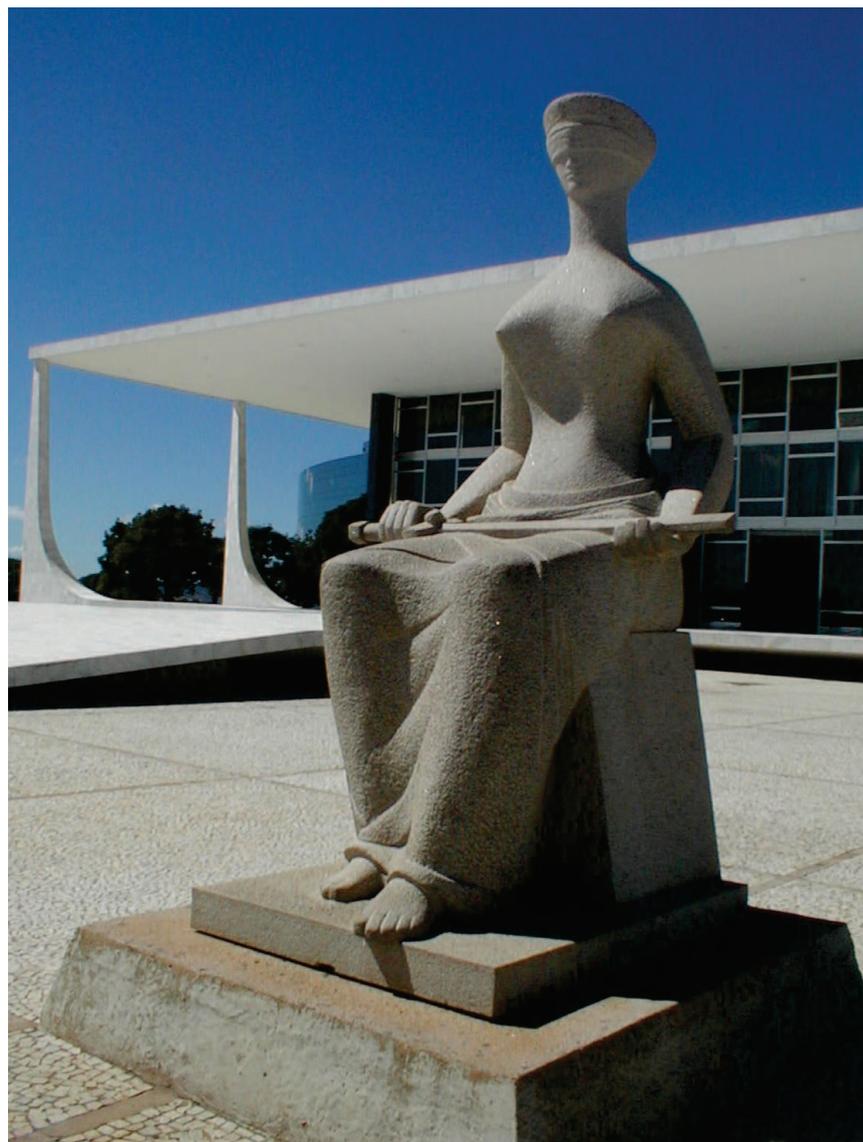


Revista do Curso de Direito da Faciplac

Ano I - Vol. I

Nov. 2010



faciplac

**UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO
CENTRAL – FACIPLAC
Aprovadas pela Portaria SESu/MEC Nº 368/08 (DOU 20/05/2008)**

SUELLEN DA COSTA GONÇALVES

**ADOÇÃO DO MAIOR INCAPAZ AO ARREPIO DA
HIERARQUIA LEGAL**

Gama-DF
Junho de 2010.

SUELLEN DA COSTA GONÇALVES

**ADOÇÃO DO MAIOR INCAPAZ AO ARREPIO DA
HIERARQUIA LEGAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC.

Orientador: Prof. Esp. Omásio Teixeira de Souza

Gama-DF
Junho de 2010.

**UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO
CENTRAL – FACIPLAC
Aprovadas pela Portaria SESu/MEC Nº 368/08 (DOU 20/05/2008)**

TERMO DE APROVAÇÃO

SUELLEN DA COSTA GONÇALVES

**ADOÇÃO DO MAIOR INCAPAZ AO ARREPIO DA
HIERARQUIA LEGAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC.

Examinadores:

Prof. Esp. Omásio Teixeira de Souza

Examinador 1

Examinador 2

Gama-DF
Junho de 2010.

Aos meus pais e todos os demais familiares que me apoiaram.

Ao Marcilio, pedaço do meu coração.

AGRADECIMENTOS

Ao meu maravilhoso Deus, que me guia e me abençoa em todos os momentos.

Aos meus pais, que são o meu suporte e a minha motivação constante.

Ao meu Marcílio, que me traz ternura e felicidade todos os dias.

Meu especial agradecimento ao Professor Omásio, que me norteou durante este trabalho, sua colaboração foi gratificante.

À atenção despedida pela professora Isolda Bezerra, que sempre estendeu a sua mão na realização desta etapa.

Grandioso foi o suporte oferecido pela minha amiga Doutora Ana Flávia Vitorino, com sua cooperação na elaboração deste trabalho.

“Não julgueis, e não sereis julgados; não condeneis, e não sereis condenados; perdoai, e sereis perdoados;”

Lucas capítulo 6, versículo 37,
Bíblia Sagrada

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar, dentro da ótica interdisciplinar do Direito de Família juntamente com o Direito Constitucional, a existência do poder legítimo de se integrar a um ambiente familiar, pelo instrumento da adoção, o deficiente mental maior quando não se preenche o requisito da diferença legal de idade entre o adotante e o adotado. O direito à proteção do amental que possui idade superior a dezoito anos em estado de abandono, alimentado apenas pela curatela, é tão imperioso quanto o arrimo dado a uma criança, a qual a lei ampara pela adoção. Os princípios da dignidade da pessoa humana e o da função social da lei, entre outros, regem a possibilidade jurídica da adoção do deficiente mental maior ao desagrado de requisitos legais estéreis, e demonstram a existência de efetivos benefícios para o adotado, bem como, acautelam a possibilidade de extensão do poder familiar a estes indivíduos, os quais se configuram como infantes na ótica da mentalidade. Parece, inicialmente, que este tipo de adoção em foco vai de encontro ao modelo tradicional de família, em que a diferença de idade é necessária para a manutenção da ordem familiar, da austeridade e do respeito. Contudo, essa irreverência ao acato hierárquico da família não se sustenta neste tipo de adoção, uma vez que o deficiente mental constitui-se em profunda criança no seu âmago mental, apesar de, biologicamente, seu corpo lhe apresentar uma estética amadurecida. A doutrina, a jurisprudência e a lei devem dar interpretação capaz de indicar caminhos racionais e pertinentes à realidade destes fatos.

Palavras-chave:

Direito de Família; Adoção; deficiente mental; maior de idade; função social da lei.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I A MEDIDA JURÍDICA DA PERSONALIDADE	10
1.1 Aspectos gerais	10
1.2 Restrições absolutas ao exercício dos atos da vida civil	12
1.3 Restrições relativas ao exercício dos atos da vida civil	14
1.4 A representatividade das pessoas restritas ao exercício dos atos da vida civil	15
1.4.1 Poder familiar	16
1.4.2 Tutela	18
1.4.3 Curatela	19
II ADOÇÃO: “VINHO NOVO EM ODRES VELHOS”	22
2.1 Conceito	22
2.2 Finalidade	23
2.3 Requisitos	24
2.4 Efeitos pessoais e patrimoniais da adoção	27
2.5 A adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069/90 com as alterações da Lei nº 12.010/09	28
III ADOÇÃO DO MAIOR INCAPAZ AO ARREPIO DA HIERARQUIA LEGAL	32
3.1 O <i>status</i> da hierarquia como requisito para a adoção	32
3.2 A natureza da medida e as reais vantagens para o adotado	33
3.3 Motivos legítimos para a extensão do poder familiar e a adoção ao arrepio da hierarquia legal: Sistemas de preenchimento da lei	37
3.4 A extensão do poder familiar por meio da adoção do maior incapaz ao seu curador	42
3.5 A adoção do maior incapaz ao arrepio da hierarquia legal à luz das decisões Judiciais	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

No Brasil, atualmente, é parca ou quase nula a discussão acerca da possibilidade de adoção de pessoas maiores de dezoito anos portadoras de deficiência mental. Em se tratando de adoção, a lei brasileira generalizou, indevidamente, os seus termos de aplicação aos adotandos infantes e adultos, sem ainda entregar qualquer atenção aos maiores amentais. Esta falta de melhor trato da lei aos ametais adultos está ofuscando os reais benefícios de uma adoção livre de rigores legais para estes indivíduos, principalmente no que diz respeito à flexibilização do requisito da obrigatoriedade da diferença de idade mínima de dezesseis anos entre adotante e adotado, e à permissão da adoção como medida substitutiva da curatela do incapaz maior, chegando-se à extensão do poder familiar por meio desta medida a estes indivíduos específicos.

Para a concessão da adoção nos termos em que as benesses são asseguradas ao incapaz maior, obram como meio imediato de atender ao clamor social em tema tão peculiar as decisões judiciais, as quais podem agir como norma no caso concreto na ausência de melhor lei específica no assunto. A formação de uma sólida jurisprudência pode ser capaz de levar ao desuso a lei de adoção, forçando a criação de uma legislação mais coerente com a especificidade dos destinatários deficientes intelectuais maiores de dezoito anos.

Com a finalidade de demonstrar todos estes fatos foi que se desenvolveu este estudo, que se inicia com uma explanação acerca das pessoas absolutamente incapazes, definindo os conceitos de personalidade e capacidade, os tipos de incapacidades, e explicando como ocorre a representatividade dos indivíduos caracterizados pela inaptidão para o exercício dos atos da vida civil.

No corpo do segundo capítulo, são apresentados o conceito, finalidade, requisitos, efeitos pessoais e patrimoniais da adoção, bem como uma abordagem já crítica sobre a nova lei de adoção.

O terceiro capítulo fornece ao julgador, ao legislador e à doutrina argumentos capazes de municiar melhor perspectiva de uma solução imediata aos casos concretos que envolvam a adoção de maior de idade incapaz ao descontentamento do requisito legal da exigência da distância mínima de dezesseis anos entre a idade do adotante e do adotado, atingindo a extinção da curatela pela extensão do poder familiar por meio desta adoção.

Apesar de mitigado pelo legislador e doutrinadores especializados neste assunto, o alicerce para arazoar o entendimento maduro do tema foi construído com base nos meios de integração e interpretação da lei, tais como o instituto da analogia, os princípios gerais do direito, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da função social da lei e do melhor interesse do adotado e dos princípios específicos previstos no art. 100 do ECA, apresentados como princípio da proteção integral e prioritária do adotando e o princípio da responsabilidade primária e solidária do poder público.

I A MEDIDA JURÍDICA DA PERSONALIDADE

1.1 Aspectos gerais

Para conceituar personalidade se faz necessário o entendimento da acepção da palavra “pessoa”, que equivale ao titular do direito. Washington de Barros Monteiro¹ informa que o mencionado vocábulo deriva do latim *persona*, aplicado no meio teatral antigo para designar as máscaras utilizadas pelos atores. Posteriormente, passou a designar o próprio papel desenvolvido por estes. Chegando à acepção atual, significa o indivíduo que figura como ator. A atuação deste é ser o dono do direito e por isso figura nas relações jurídicas.

Divide-se o termo “pessoa” nas modalidades física ou natural, que corresponde a um único indivíduo, e jurídica, entidade moral constituída por aglomerado humano com interesse comum. Nesta abordagem, interessa apenas a pessoa natural, assim como, as observações pertinentes à sua personalidade.

Juridicamente, entende-se como “pessoa” o sujeito de direitos e obrigações, resumido no termo “sujeito de direitos”. Justamente por ter posse de direitos e deveres, o indivíduo possui personalidade que se traduz como atributo, característica inerente à pessoa, a qual está apta a atuar na ordem jurídica.

A aptidão para adquirir tais prerrogativas e deveres é o que se denomina personalidade, garantida a todos, sem discriminação, pela lei. O art.1º do Código Civil (CC) propõe que “Toda pessoa é capaz de direitos na ordem civil”, o que significa que toda pessoa é detentora de personalidade.

A pessoa passa a existir no mundo jurídico por meio da personalidade, a qual proporciona um universo de direitos ao indivíduo, tornando-o sujeito. Da personalidade

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v.1, p.63.

irradiam incontáveis direitos, como, por exemplo: identidade da pessoa, sua liberdade, sociabilidade, reputação, integridade física, moral e intelectual, proteção à vida, proteção à família, enfim, o universo dos direitos reconhecidos de forma geral e ampla a todos os indivíduos.

O rol desses direitos é arbitrado como absoluto, intransmissível, indisponível, irrenunciável, ilimitado, imprescritível, impenhorável e inexpropriável. Em outras palavras, a soberania dos direitos de personalidade configura-se como a proteção maior da ordem jurídica, conforme exposto de maneira sucinta e exemplificativa nos artigos 11 ao 21 do CC, e de maneira mais genérica na Constituição Federal do Brasil (CFB) em seus fundamentos, principalmente no decorrer de seu art. 5º.

O art. 2º do Código Civil dita, no tocante à pessoa natural, que a personalidade civil começa com a vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. É de suma importância saber quando se dá início à personalidade jurídica e, pelo exposto, entende-se que o direito civil brasileiro tem como termo inicial o nascimento com vida, embasado na teoria natalista, não bastando o simples nascimento, mas a vinda da criança viva.

Por sua vez, como linha final da personalidade, a pessoa natural terá sua existência considerada finalizada quando ocorrer o fator morte, por expressa disposição do art. 6º do CC.

Sabendo que a personalidade é constituída, pela ótica da lei, como condição básica para se possuir direitos e obrigações, ocorrerá a capacidade ou incapacidade quando se mede a extensão desta posse ou poder. A capacidade se constitui como “a medida jurídica da personalidade”², ou seja, para que possa agir sobre seus direitos e obrigações, a pessoa precisa estar apta. A aptidão se denomina capacidade. A lei procede à medição para regular a ordem das ações realizadas entre os indivíduos, que constituem as relações sociais.

A capacidade pode ser limitada ou plena. A capacidade plena requer a junção da capacidade de exercício com a de direito, de modo que, na falta da capacidade de exercício, estar-se-ia diante da capacidade limitada.

A capacidade atribuída a todas as pessoas, quando nascem, é denominada direito ou gozo. Qualquer que seja a nomenclatura escolhida entre as duas opções oferecidas, este tipo de capacidade é dada a todos, independentemente de qualquer distinção, sendo ela inerente ao

² GOMES, Orlando apud Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** 26 ed., São Paulo: Saraiva. v.1, p.117.

ser humano, mesmo aqueles privados de discernimento mental, porquanto “nenhum ser dela pode ser privado pelo ordenamento jurídico”³.

De outro modo se conceitua a capacidade de exercício ou de fato, a qual se entende como a aptidão para se exercer o direito pessoalmente, com autonomia. Esta capacidade não é entregue a todos, podendo inclusive ser retirada. Este tipo de capacidade não subsiste sem a capacidade de direito. O conceito oferecido pela autora Maria Helena Diniz⁴ auxilia na admissão de que a capacidade de fato constitui-se na aptidão de exercer os atos da vida civil, podendo sofrer restrições decorrentes da lei, ao se considerar o fator idade, quando se refere à maioridade ou menoridade, ou o fator mental, quando há ou não amadurecimento mental constatado, ou seja, quando não há o discernimento constituído.

Inicialmente, presume-se, *juris tantum*, que todos são capazes. Entretanto, observa-se que a capacidade de exercício será vetada ou limitada na ocorrência das incapacidades arroladas pela lei. Há duas modalidades de incapacidades: as absolutas, previstas no art. 3º do CC, e as relativas, apontadas no art. 4º do mesmo diploma.

1.2 Restrições absolutas ao exercício dos atos da vida civil

Toda pessoa é detentora da capacidade de direito. Entretanto, se a pessoa não detém a capacidade de fato, terá ela a capacidade limitada, sendo então conhecida como incapaz. A lei, ao vedar o exercício do direito pelo incapaz, visa à sua proteção, pois crê o legislador que estas pessoas carecem de desenvolvimento mental, intelectual, saúde ou amadurecimento. Assim, é necessário que elas se façam representar ou assistir, conforme o caso, sob pena de nulidade do ato civil praticado.

O termo incapacidade deve ser visto, portanto, como restrição legal ao exercício dos atos da vida civil. Ele é uma exceção, já que, inicialmente, entende-se que todos deveriam ser detentores de capacidade.

Seguindo a ordem apresentada pelo Código Civil, este, em seu art. 3º, aponta aqueles que consistem em absolutamente incapazes, os quais estão proibidos de exercer, por si sós, os atos da vida civil, devendo para a validade do ato se utilizar do representante legal. Do

³ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p.69.

⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.153.

contrário, configurar-se-ia uma nulidade absoluta, conforme dita o inciso I do art.166 do CC: “É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz”.

Pela lei, são três os casos de incapacidade absoluta. O primeiro apresenta os menores de dezesseis anos. O segundo, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. O terceiro, os que não puderem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória.

Quanto aos menores de dezesseis anos, o legislador entende que estes detêm desenvolvimento mental reduzido, não possuindo discernimento necessário e suficiente para as decisões da vida civil.

O segundo tipo de incapacidade absoluta mencionado tem como sujeito aqueles que “por motivo de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não estão em condições de reger sua pessoa ou administrar seus bens”⁵. Aqui se trabalha com a anomalia psíquica definida por Maria Helena Diniz como “qualquer doença que compreende não só o estado fronteiro entre a sanidade e a insanidade mental como também a loucura”⁶.

Ainda dentro do segundo tipo de incapacidade absoluta, é necessário que haja discernimento mental reduzido, em que a debilidade mental bloqueia o discernimento e o entendimento, de forma duradoura ou permanente, não importando se a pessoa apresenta intervalos de lucidez. Basta apenas que o discernimento encontre-se reduzido de forma a acarretar falta de entendimento para a prática dos atos da vida civil. A vontade para a prática destes atos é inexistente. Ocorrendo esta incapacidade absoluta, imperiosa será a interdição do indivíduo, a qual consiste em ato judicial declarador da incapacidade do sujeito maior de idade e limitado psicologicamente a se administrar na vida civil. O procedimento da interdição deve ocorrer nos moldes do art. 1.177 e seguintes do Código de Processo Civil aliado ao que dispõe a Lei nº 6.015/73, Lei de Registros Públicos.

Por fim, consideram-se absolutamente incapazes aqueles que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, em razão de uma patologia ou qualquer fato impeditivo que perdure temporariamente. Em tal situação, há a compreensão, o entendimento, mas a exposição fiel da vontade é dificultada.

⁵ Ibidem, p.157.

⁶ Ibidem, p.159.

Há casos polêmicos que necessitam de uma análise específica para se enquadrarem neste terceiro tipo de incapacidade absoluta. Um exemplo são os surdos-mudos. Eles poderão se enquadrar como incapazes absolutos se houver limitação mental relevante a ponto de retirar-lhes o discernimento, ou educação inadequada para se fazer entender e ser entendido ao manifestar vontade.

Conforme for o caso, se a incapacidade do surdo-mudo for absoluta juntamente com a dificuldade de se exprimir a vontade, mas transitória e com discernimento existente, recai no caso do art.3º, III. Se for por causa duradoura, ou até permanente, sem a existência de discernimento, recai na segunda ocorrência de incapacidade absoluta, explanada pelo art. 3º, II, do diploma civil. Do contrário, conforme for o grau de entendimento, poderá a surdez ser fator determinante para se considerar o indivíduo relativamente incapaz, em consonância com o art.4º, III, do CPC, que enquadra aquele que, por enfermidade, tem o desenvolvimento mental incompleto. Enfim, o que se expõe é que não há como se tachar os casos genéricos, mas deve-se proceder ao seu estudo para distinguir a hipótese de incidência de incapacidade absoluta pelo inciso II ou III do art. 3º, bem como os casos de incapacidade relativa do art.4º do CC.

1.3 Restrições relativas ao exercício dos atos da vida civil

Pessoas que praticam atos da vida civil, observando o instituto da assistência, são consideradas relativamente incapazes, pois a lei permite que estas exerçam o ato, desde que assistidas por seu representante legal. Na falta deste, o ato será anulável, conforme dita o art. 171, I, do CC.

O art.4 do CC prevê quatro situações de incapacidade relativa. A primeira delas vale-se dos menores situados entre a idade de dezesseis até dezoito anos. Após a incidência dos dezoito anos completos, a pessoa estará apta à realização dos atos da vida civil de forma autônoma. Durante o mencionado interregno, estará o menor apto a praticar, sem assistente, tão somente determinados atos definidos em lei, devendo todos os demais serem assistidos, sob pena de anulabilidade.

Os deficientes mentais de discernimento reduzido são aqueles que possuem vestígio de compreensão, porém diminuída. Sobre eles, e também sobre os ébrios habituais e os

viciados em tóxicos, para quem o vício ao álcool ou drogas já se configura como uma patologia, recai a segunda hipótese de incapacidade relativa. Nestes casos, uma vez configurada a incapacidade relativa, aplica-se o instituto da curatela, conforme preceitos dos artigos 1.772 e 1.782 do CC.

Os excepcionais sem desenvolvimento mental completo configuram o terceiro inciso do art. 4º do CC, que enquadra, por exemplo, os portadores da Síndrome de Down e os surdos-mudos que não possuam entendimento plenamente estruturado em razão de ausência da educação adequada. Para eles, também se aplica a curatela, nos moldes do art. 1.767 e seguintes do CC.

Como última menção do art. 4º do CC, os pródigos, pessoas que corrompem o patrimônio pessoal inescrupulosamente, são relativamente incapazes. Como bem ensina Carlos Roberto Gonçalves⁷, tratam-se de indivíduos com defeito de personalidade, e seu quadro pode evoluir até ao ponto de se tornarem absolutamente incapazes.

Só será o pródigo apontado como relativamente incapaz quando houver sentença de interdição, a qual nomeará curador, segundo o art. 1.767 e seguintes do CC. A interdição será limitada aos atos de disposição e oneração do patrimônio do interditado.

A lei civil determina o tratamento da capacidade dos índios por legislação especial. De acordo com a Lei nº 6.001/73, na falta de adaptação à sociedade, o índio permanece sob tutela da União.

1.4 A representatividade das pessoas restritas ao exercício dos atos da vida civil

A finalidade precípua de compreender a representatividade dos incapazes é permitir a formação válida do negócio jurídico, que se constitui em ato de vontade, a qual gera o alcance do fim pretendido com sua realização.

Apesar de várias características, conceitos e desdobramentos pertencerem à configuração do ato jurídico, é suficiente abordar apenas um de seus elementos essenciais e comum a todos os gêneros de atos jurídicos, qual seja, o agente capaz, mencionado no primeiro inciso do art. 104 do CC.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v.1, p.98.

O agente capaz pressupõe um indivíduo dotado de consciência e vontade, estando assim apto a praticar todos os atos da vida civil, conforme lição de Washington de Barros Monteiro⁸.

Para atender ao requisito da capacidade, o Código Civil supre a incapacidade dos impossibilitados pela exigência da representação ou da assistência, que compõem a chamada representação legal. Este instituto, conforme ensina Maria Helena Diniz⁹, fornece aos incapazes segurança em relação à sua pessoa quanto aos bens que possui.

Os absolutamente incapazes são representados, o que significa que o representante do sujeito incapaz exerce o negócio jurídico em nome de seu representado. De outro modo, os relativamente incapazes são assistidos, atuação na qual o representante acompanha o ato praticado pelo próprio incapaz. Em qualquer uma das formas, o representado é que se obriga e não o representante, conforme preleção de Washington de Barros Monteiro¹⁰.

Pelo art. 120 do CC, os efeitos e requisitos da representação legal são estabelecidos nas normas respectivas, ou seja, pelo poder familiar, quando os pais exercem a assistência ou a representação, conforme o caso. *Mutatis mutandis*, assim, também será quanto ao tutor e ao curador.

1.4.1 Poder familiar

O poder familiar cabe aos pais que, em igualdade de condições, têm o encargo de cumprir deveres de cuidado em relação aos filhos. Hoje não perdura mais a figura discriminatória do título de pátrio poder. Pelas palavras de Washington de Barros Monteiro, “o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores. Eis a paternidade responsável”¹¹.

Maria Helena Diniz¹² assevera que o poder familiar configura-se em *munus* público, irrenunciável, inalienável, imprescritível, incompatível com a tutela e conservador de uma

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 221.

⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.182.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p.227.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 40 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.497.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v.5, p.565.

relação de autoridade, por serem pais e filhos ligados pela subordinação que têm estes em relação àqueles.

A competência do poder de família é dada aos pais, sem distinção. Todavia, na falta ou impedimento de um dos pais, caberá ao outro, com exclusividade, o exercício de tal poder. No caso de consortes separados ou divorciados, o exercício do poder ficará com quem detiver a guarda do menor. Na família não matrimonial caberá o poder familiar a ambos os pais se conviverem em união estável; do contrário, caberá a quem resida com o menor. Em se tratando de adoção, caberá ao casal, se ambos adotaram o menor; se apenas um adotou, apenas a ele caberá o poder familiar. Sujeitam-se ao poder familiar, portanto, todos os filhos menores, não emancipados, advindos ou não da relação matrimonial, adotados ou não, por força do art. 1.630 do CC.

O conteúdo do poder familiar, quanto à pessoa do menor, está adstrito ao art. 1.634 do Código Civil, o qual enumera a obrigação dos pais criarem e educarem os filhos, possuir a guarda, tomar decisões quanto ao consentimento do casamento destes, nomeação de tutor, representação até os dezesseis anos e assistência após esta idade, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir obediência e respeito.

Existe a possibilidade de suspensão do poder familiar, diante da ocorrência de prejuízo a um dos filhos ou a alguns deles. Esta suspensão configura-se como sanção e finda quando desaparecer a causa que a originou. São atos que determinam a suspensão do poder familiar: o abuso do poder por um dos pais, a falta aos deveres paternos, dilapidação dos bens do filho, condenação por sentença irrecorrível, maus exemplos, exploração, crueldade, enfim, todos os atos atentatórios à saúde, à segurança e à moralidade dos filhos.

Como meio de punição mais gravoso que a suspensão, e sendo produto de sentença judicial, a destituição do poder familiar recai sobre pai ou mãe que pratica castigos imoderados aos filhos, abandona-os, exerce atos contrários à moral e aos bons costumes, ou abusa de sua autoridade, faltando aos deveres inerentes à sua posição ou arruinando os bens dos filhos.

É oportuno afirmar que se opera a extinção do poder familiar pela ocorrência de um dos casos do art. 1.635 do CC: morte dos pais ou filhos; emancipação do filho; maioridade do filho; adoção; ou ainda, decisão judicial decretando a perda do poder familiar.

1.4.2 Tutela

Como asseverado outrora, o poder familiar cabe aos pais. Diante da impossibilidade ou do impedimento deles o exercerem, o complexo de obrigações e direitos passará a um tutor, o qual tem a missão de proteger o menor e administrar seus bens.

Importante observar que o poder familiar não pode coexistir com a tutela, o que mostra o caráter puramente administrativo desta medida sobre o menor, não derramando sobre este as prerrogativas do laço de afetividade para a realização plena das partes envolvidas. Por isso, a lei criou a adoção, para entregar esta vantagem ao adotante e ao adotado.

A tutela se apresenta em três formas. A primeira é conhecida como testamentária, disposta no art. 1.729 e seguintes do CC, e no art.37 e parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Nela, por ato de disposição de última vontade, os pais, no exercício do poder familiar, nomeiam tutor ao menor.

Em seguida há a tutela legítima, que segue uma ordem legal de pessoas hábeis a se tornarem tutoras, na falta da tutela testamentária. A listagem dos habilitados está disposta no art. 1.731 do CC, todos parentes consanguíneos do menor, iniciando-se pelos ascendentes, após irmãos ou tios.

Dativa é o terceiro tipo de tutela, em que uma decisão judicial opera na nomeação de tutor, na falta de tutor testamentário e inexistência de parente consanguíneo do menor. No caso das pessoas apresentadas na listagem de tutela legítima não deterem idoneidade, recai sobre elas a exclusão da tutela ou escusas dos tutores. Esta modalidade de tutela vai reger o menor mesmo que seus pais estejam vivos, mas destituídos do poder familiar. O menor será encaminhado para a nomeação judicial do tutor, ou será recolhido em estabelecimento público designado para tal finalidade. Inexistindo o referido estabelecimento, será o menor encaminhado à tutela de famílias voluntárias para este encargo.

Estão impedidas de exercerem a tutela as pessoas que incidam nas hipóteses abarcadas no art. 1.735 do CC: aquelas que não têm a livre administração de seus bens; que têm obrigação com o menor ou têm de fazer valer seu direito contra este, bem como têm pais, filhos ou cônjuge que estão demandando com o menor; que são inimigas do menor ou de seus pais, ou foram excluídas da tutela do menor; foram condenadas por crime de furto, roubo, estelionato ou falsidade; têm mau procedimento ou foram ímprobas ou culpadas de abuso em

tutelas anteriores; e por fim, aquelas que exercem função incompatível com a boa administração da tutela.

Existe a possibilidade de se escusar da tutela, se for a pessoa mulher casada; ou pessoa maior de sessenta anos; ou que tenha mais de três filhos em seu poder; ou que esteja enferma; ou more em local diverso do exercício da tutela; ou já esteja no exercício da tutela ou curatela; ou apresentar-se como sendo pessoa despida de parentesco com o menor, apontando quem o seja conjugado com a idoneidade para exercer a tutela.

Cabe ao tutor, sob a inspeção do Juiz, cuidar do menor e de seus bens, utilizando-se destes para o sustento e custeio do menor, por meio de valor a ser arbitrado judicialmente, cumprindo todos os deveres que normalmente cabem aos pais, mas ouvindo a opinião do menor se este contar com mais de doze anos. Deve ainda o tutor representar o menor até a idade de dezesseis anos, e assisti-lo a partir de então.

A responsabilidade civil do tutor permanecerá até que o Juiz aprove a prestação de contas que deve ser apresentada de dois em dois anos, ou quando, por qualquer motivo, deixar o tutor o exercício da tutela, inclusive por determinação judicial que entenda ser conveniente o afastamento do tutor.

A tutela termina por parte do tutelado, se este atingir a maioridade, for emancipado ou se alistar no serviço militar. Quanto ao tutor, finda a tutela se expirar o prazo de dois anos de serviço; se for removido, comprovada a sua inidoneidade; ou se recaírem os casos de escusas legítimas do tutor.

1.4.3 Curatela

Curatela é o instrumento que objetiva amparar uma pessoa que se encontre impossibilitada de reger sua vida e seus bens. Para complementar este conceito, Maria Helena Diniz¹³ afirma que curatela, em regra, configura-se como *munus* público, entregue ao curador para que dirija a pessoa do curatelado e os bens deste.

Por sua complexidade, a curatela é aplicável em diversos casos. Há a curatela para reger pessoa maior que esteja impossibilitada em razão de incapacidade, e curatela para reger

¹³ Ibidem, p.662.

nascituros e ausentes. Nestes dois casos, a curatela possui peculiaridades, tendo disciplina legal diferenciada. Há também as curatelas de fins especiais, denominadas curadorias especiais. Para o direcionamento do estudo, aborda-se aqui apenas a curatela dos adultos incapazes.

Maria Helena Diniz¹⁴ informa dois pressupostos para a curatela: a incapacidade, advinda de causas patológicas, congênicas ou adquiridas, que são capazes de delimitar a pessoa a ponto desta não rege-se e administrar seus bens; e a decisão judicial, pressuposto jurídico, que irá submeter o incapaz à curatela.

Estão no art. 1.767 do CC os casos sujeitos à curatela dos incapazes. O primeiro deles compreende os psicopatas, alienados mentais e excepcionais, ou seja, enfermos ou deficientes mentais que não têm o necessário discernimento para os atos da vida civil, devido a patologias prolongadas, duradouras, permanentes e habituais, não importando se há lapsos de lucidez, igual explana Washington de Barros Monteiro¹⁵. Acrescenta-se que não há obrigatoriedade de ser a enfermidade sem cura ou perpétua.

O inciso II do art. 1.767 do CC expõe aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade. Nesta leitura, enquadram-se, por exemplo, os surdos-mudos que se não são desenvolvidos para a prática de atos da vida civil, e os acometidos do estado de coma.

Os toxicômanos e os ébrios habituais também são interditados pela curatela. Em ambos os casos, a curatela será plena ou limitada, observando-se as condições de manifestação da vontade dos curatelados, que serão encaminhados a estabelecimentos apropriados para seu tratamento, caso não se adaptem ao ambiente familiar.

Igualmente são sujeitos à interdição os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Neste caso se adequam os relativamente incapazes do art. 4º, III, do CC. O juiz analisará o grau da incapacidade a fim de delimitar os limites da curatela.

Por fim, estão sujeitos à curatela os pródigos, já definidos na abordagem sobre os relativamente incapazes. De todo modo, a prodigalidade revela-se como doença ligada a jogos e vícios que levam a cabo o patrimônio do pródigo. Este poderá praticar atos que não envolvam a administração de seu patrimônio, sendo assistido neste caso por seu curador.

¹⁴ Ibidem, p.663-664.

¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros, 2010, p.591.

A caracterização da curatela só ocorre por decisão judicial, de cunho declaratório e constitutivo do estado de incapacidade, que será proferida por meio do processo de interdição, cuja finalidade é investigar a existência de justa causa para a medida.

O art. 1.768 do CC legitima como pessoas habilitadas a solicitar a interdição os pais ou tutores, o Ministério Público, o cônjuge ou qualquer parente. A atuação do Ministério Público está adstrita aos casos de doença mental grave, ou à omissão de outros habilitados para solicitar a interdição. Na verdade, a regra é que o Ministério Público atue como defensor do suposto incapaz, exceto quando o próprio órgão promover a interdição, caso em que o juiz nomeará um defensor.

A sentença concluirá pela incapacidade absoluta ou relativa, sendo a curatela plena ou limitada, respectivamente. Os atos do interdito serão declarados nulos ou anuláveis, conforme se revestir a incapacidade. Maria Helena Diniz¹⁶ conclui que a natureza da sentença é concomitantemente declaratória e constitutiva.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena, 2010, p.676.

II ADOÇÃO: “VINHO NOVO ODRES VELHOS”

2.1 Conceito

A adoção, prevista nos artigos 39 a 52 do ECA e nos artigos 1.618 e 1.619 do CC, é entendida como elo de paternidade e filiação concedido por ato jurídico sob o preenchimento de requisitos legais, que validam a formação de “uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado”¹⁷. Desta forma, o adotado é convertido em parente de primeiro grau na linha reta do adotante. Como consequência da adoção, ocorre a perda do vínculo existente entre adotado e sua família biológica.

Lídia Natalia Dobrianskyj Weber¹⁸ ensina que:

(...) a palavra adoção vem da palavra latina *adoptione*, a qual significa considerar, olhar para, escolher. Para os pais adotivos, [...] a adoção significa ‘um filho’. Para os filhos adotivos, a adoção tem um significado de ter um pai e uma mãe, ou de ter uma família.

Silvio de Salvo Venosa¹⁹ caracteriza a adoção como “modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural”. Contudo, sobre este conceito pesa uma palavra que não se adéqua à adoção, qual seja: artificial, pois a adoção é um instituto que envolve as mais ternas emoções vividas por duas pessoas motivadas pela conjugação da vontade de cuidar e ser cuidado.

O instituto da adoção é a exteriorização da garantia constitucional oferecida pelo art. 227 caput da CFB, que resguarda, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. Neste caso formar-se-á uma família substituta.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mario S. apud DINIZ, Maria Helena, 2010, p.523.

¹⁸ WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj apud ARMADA, Charles Alexandre Souza; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Do Abandono à adoção de crianças e adolescentes no Direito Brasileiro: uma trajetória de conceitos e preconceitos. **Consulex**, Brasília, v. 7, n. 75, p. 52-55, jun. 2008.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p. 273.

A definição de família substituta envolve, antes de tudo, a necessidade de se esclarecer outros dois termos: família natural e família extensa. Família natural exprime o caráter *stricto sensu*, em razão de ser uma comunidade constituída pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes, conforme observa o art. 25 do ECA. Dentro do ambiente formado pela família natural imperam o poder familiar e a guarda sobre os menores.

Recente reforma do tema adoção foi introduzida pela Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009, que acrescentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente a denominação de família extensa no parágrafo único do artigo 25, o qual aduz:

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

A família substituta abriga em seu recinto familiar uma pessoa, geralmente desconhecida, que carece de família natural, promovendo a integração deste indivíduo e seu desenvolvimento. Constituem meios legais para esta inserção a guarda, tutela e adoção.

A natureza jurídica da adoção é vista com diversidade por moldá-la em dois aspectos, o primeiro se exprime como o conteúdo contratual a ela atribuído, quando envolve o consentimento do adotante e do adotado numa espécie de “contrato de direito familiar”²⁰. O outro, ensinado por Carlos Roberto Gonçalves²¹, a enxerga além do conteúdo meramente contratual de contornos juscivilistas, alocando-a numa espécie de instituição de ordem pública, utilizada pelo Estado para assistir, dentro das normas determinadas pela Carta constitucional, os atos de adoção.

2.2 Finalidade

Posicionam-se como indivíduos a serem adotados crianças e adolescentes com até dezoito anos, cujos responsáveis forem falecidos, desconhecidos, destituídos do poder familiar ou concordarem com a adoção do filho. Os maiores de dezoito anos, capazes ou não, também são pessoas aptas à adoção. Estes desamparados são socorridos pelo caráter

²⁰ GOMES, Orlando apud DINIZ, Maria Helena, 2010, p.530.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v.1, p.342.

humanitário da adoção, que os acode e lhes assegura o suporte afetivo e familiar, servindo de garantia à proteção do adotado em situação de abandono.

A adoção se baseia no princípio do melhor interesse do adotado. Washington de Barros Monteiro²² afirma que na adoção, tanto de menores quanto de maiores de idade, o objetivo é estreitar laços afetivos que receberão efeitos jurídicos.

Para Sílvio de Salvo Venosa²³, a finalidade da adoção se reveste em dar filhos àqueles que não os possuem por meios naturais, bem como, dar ao adotado o devido amparo, moral e material. O interesse precípua é dar ao adotando a dignidade de um convívio familiar, direito que deve ser absolutamente resguardado aos deficientes mentais que já atingiram a maioridade civil.

A nova lei compreende a adoção como derradeiro caminho a ser percorrido quando não se verificar a possibilidade de manutenção da pessoa em sua família natural ou extensa.

Por força do §6º do art. 227 da Constituição Federal, a adoção concede igualdade de tratamento ao adotado, em direitos, deveres e qualificações, proibindo qualquer ato discriminatório de filiação, garantido a igualdade entre familiares nas suas relações de convívio.

2.3 Requisitos

Em se tratando de adotado menor de idade, antes da concessão da adoção se exige a perda do poder familiar, podendo ser decretada na mesma sentença que concede a adoção. O procedimento de perda deve resguardar a manutenção do contraditório e do devido processo legal, em virtude da importância do assunto.

Para a concessão da adoção, exige-se o preenchimento de alguns requisitos, os quais devem ser revestidos de relatividade em cada situação apresentada ao julgador.

Como exigência primeira, lança-se a legitimidade para se adotar, pela qual se apresentam como aptas pessoas físicas com idade mínima de dezoito anos, que não sejam ascendentes ou irmãos do adotado.

²² MONTEIRO, Washington de Barros, 2010, p.475.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 275.

A adoção pode ocorrer de forma singular, quando o adotante é um único indivíduo, pai adotivo ou mãe adotiva, ou conjunta, quando há um casal interessado em adotar. O estado civil do adotante não obsta a procedência da adoção, bastando demonstrar espaço familiar favorável ao adotado. Assim, duas pessoas que sejam casadas, ou vivam em união estável, ou que sejam ex-companheiras, podem adotar. Neste último caso, exige-se que o estágio de convivência com o adotado tenha se iniciado no curso da união, podendo incidir, após a adoção, a concessão de guarda compartilhada, motivada pela garantia emocional do adotado que havia se estabilizado com o casal antes do desenlace.

Uma pessoa casada que se interesse pela adoção singular poderá pleiteá-la, independentemente do consentimento do seu cônjuge, uma vez que a lei não faz tal exigência. O juiz deverá estar atento às razões do desinteresse do outro cônjuge na adoção, uma vez que as desvantagens para o adotado devem ser afastadas.

Casais homossexuais obtiveram o silêncio da recente legislação, que não abordou a concessão da adoção em tal sociedade familiar, apesar de ainda não ser reconhecida como entidade familiar pela lei. Todavia, as decisões judiciais não deixaram de prover processos adotivos dessa natureza quando demonstrados os benefícios para o adotado.

O ECA, no § 1º do art.41, revela que se mantêm os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes, se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro. Vislumbra-se neste caso a oportunidade de o padrasto ou madrasta estreitar o laço com o enteado pela adoção.

Abordagem em que se demonstra o caráter afetivo e social da adoção está nos fundamentos em que a lei, ECA artigos 42 e 47, permite adotar mesmo na ocorrência da morte do adotante no curso do processo de adoção, atribuindo à sentença efeitos retroativos à data do óbito, em razão dos laços sócio-afetivos já estabelecidos.

Os tutores e curadores podem requerer adoção do pupilo ou curatelado, respectivamente, desde que, além do pedido de exoneração do encargo público para exercer a adoção, sejam prestadas e aprovadas as contas de sua administração, na hipótese em que o adotado possua bens, art. 44 do ECA.

Além da legitimidade nos termos mencionados, exige-se que os interessados em adotar se apresentem pessoalmente, vedado o uso de procuração, conforme o art. 39, §2º do ECA. A presença é indispensável, pois os interessados passarão pelo crivo do juiz e de seus

auxiliares, que analisarão a capacidade para se adotar. Além disso, podem ser determinados à participação no programa de adoção e um estágio de convivência com o adotado, se necessário.

A lei apresenta como requisito para a adoção o consentimento do adotado ou de seu representante legal, conforme o caso. Sendo o adotado menor de doze anos de idade, o seu representante legal, se conhecido e não destituído do poder familiar, por ele consente. Acima de doze anos, terá o adotado sua opinião observada em audiência. Poderá ser nomeado curador *ad hoc* com a finalidade de representar ou assistir o menor, quando não houver quem o represente. O consentimento tem caráter retratável até a data da publicação da sentença de adoção, mas não será por si só fator impeditivo para se adotar, pois, como já observado, sempre prevalece o melhor interesse para o adotado.

A intervenção judicial na adoção é exigência decorrente do caráter institucional desta, uma vez que o dever de assistência do Estado neste tipo de processo é mandamento constitucional. Assim, a adoção somente se procede mediante processo judicial, com intervenção do Ministério Público, o qual está obrigado, por força do art. 82 do Código de Processo Civil (CPC), a atuar nos casos em que haja interesses de incapazes e onde o interesse público estiver evidenciado.

A diferença mínima de idade de dezesseis anos entre adotante e adotado expõe-se como requisito que tenta garantir o exercício do poder familiar pelos pais adotivos. O Código Civil deixou de apresentar tal menção em seu texto por revogação recente do art. 1.619 pela Lei nº 12.010/09, restando apenas a letra, já antiga, do §3º do art.42 do ECA. Supõe-se que o recente entendimento do legislador era derogar este aspecto, de exigir idade mínima entre as partes do processo de adoção. Leciona Washington de Barros Monteiro que o intuito da lei na manutenção desta cobrança é de “instituir ambiente de respeito e austeridade”²⁴. Este argumento não prospera a depender do caso apresentado ao judiciário, uma vez que a idade biológica não é fator absoluto a ser mantido para garantir ordem e respeito no convívio familiar.

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, 2010, p.478.

2.4 Efeitos pessoais e patrimoniais da adoção

A principal consequência prática da adoção é a irrevogabilidade. O adotado ingressa permanentemente para a família do adotante, mesmo que este venha posteriormente a ter filhos biológicos, e sua morte não tem o condão de reverter o poder familiar aos pais originários do adotado.

Os resultados da adoção revelam-se de ordem patrimoniais e pessoais, além de operarem a partir do trânsito em julgado da sentença, salvo na hipótese de adoção *post mortem*, em que incidirão da data do óbito.

A doutrina divide os efeitos da adoção em duas modalidades: pessoal e patrimonial. Como efeito pessoal, inclui-se o rompimento automático dos vínculos de parentesco com a família de origem. Também há o surgimento de laços de parentesco civil entre o adotado e o adotante, ligando igualmente a família deste ao novo membro familiar, permitindo imperar os impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 do CC.

Há a transferência, de pleno direito, do poder familiar para o adotante, somente na hipótese de adotado menor de idade, restrição discutida no capítulo que segue desta obra. O prenome do adotado poderá ser alterado a pedido das partes no processo de adoção, ocasião em que o sobrenome do adotado será automaticamente modificado nos termos do sobrenome do adotante. Nasce o direito de se interditar os pais adotivos ou destes interditar seus filhos adotivos quando a lei permitir, art. 1.768 do CC.

Além dos mencionados efeitos pessoais, há também a demarcação do domicílio do adotado menor de idade, que será o mesmo do seu novo representante legal. Embora seja adotado, o filho de vínculo civil possui o idêntico direito de um filho biológico em proporção de investigação de paternidade para conhecimento de sua filiação natural. Os irmãos biológicos têm o direito de se manter na mesma família adotiva, ressalvados os casos em que se justifique o rompimento do vínculo fraterno.

Sendo o adotado de origem cultural própria, como os indígenas ou quilombolas, tem ele direito ao resguardo desta identidade peculiar.

No rol dos efeitos patrimoniais há o direito do adotante de administrar e usufruir dos bens do adotado menor, com base nos gastos oriundos da manutenção deste. O adotante figura como obrigado em sustentar o adotado enquanto durar o poder familiar, além de prestar

alimentos a este nos mesmos casos em que são devidos pelo pai ao filho menor, conforme artigos 1.694, 1.696 e 1.697 do CC.

O direito ao seguro do adotante se transfere ao filho adotivo no caso de acidente de trabalho como regra de efeito patrimonial. Nessa mesma linha de efeitos, o adotante se mantém responsável pela reparação civil dos atos cometidos pelo adotado como determinado nos artigos 932, 933 e 934 do CC.

O filho adotivo se equipara aos filhos naturais também em matéria de sucessão, herdando em iguais condições. Dentro desta lógica, os pais adotivos sucedem aos filhos adotivos no caso de falecimento destes, ou seja, toda a cadeia sucessória será enquadrada na orientação de que o adotado pertence à nova família, seguindo a mesma ordem sucessória de um filho biológico.

O STF decidiu pela inclusão do filho adotivo no caso previsto no art. 1.973 do CC, que assegura o rompimento do testamento em todas as suas disposições se sobrevier descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou.

A superveniência de filho adotivo revoga doações celebradas pelo adotante, pois pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, a qual configura a herança legítima, podendo o testador só dispor da metade da deixa, porquanto o adotado é seu herdeiro necessário.

2.5 A adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069/90 com as alterações da Lei nº 12.010/09

A nova lei nacional de adoção retirou do corpo do Código Civil brasileiro praticamente todos os artigos referentes ao tema, na intenção de uniformizar o seu trato legal.

Indevidamente, as abordagens da nova legislação são consideradas mudanças, as quais não passaram de pontos com cunho de políticas públicas ou de atos procedimentais, deixando ao esquecimento matérias de interesse ao direito familiar.

A lei arrola procedimentos que, por imperativos lógicos, já deveriam ser aplicados por mera questão de protocolo na organização do sistema de adoção, como possuir cadastro

de pessoas aptas à adoção e também listagem daqueles interessados em adotar, os quais deverão receber orientação psicológica.

A nova ordem legal, além de estabelecer prazos para se manter crianças em abrigos, também estipula idade mínima de dezoito anos para o adotante. No caso de adoção conjunta, devem os interessados ser casados ou manter união estável. Se o adotado possuir mais de doze anos, tem o direito de ter sua opinião considerada no deferimento ou não da adoção. Quando há irmãos, deve o mesmo ambiente adotivo abarcá-los, salvo por impedimentos fundamentados. Uma família acolhedora pode ser utilizada de forma provisória até a realização da adoção do menor. Será encaminhada à justiça da infância e da juventude gestante que tenha interesse em entregar a criança para adoção. O deferimento de adoção por pessoas que residam fora do país só ocorrerá se não houver habilitação de pessoas residentes no Brasil.

Notícia vinculada em site apresenta a seguinte afirmação de Magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

A nova lei da adoção traz inovações que já eram adotadas pelo Judiciário brasileiro, segundo o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e professor de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP) Antonio Carlos Malheiros. Segundo ele, medidas como não separar irmãos ou autorizar os adotados a terem acesso ao seu processo já eram praticadas.²⁵

Como se vislumbra, o texto legal reproduziu comportamentos que já eram empregados no processo adotivo. A não inovação legislativa permitiu que temas de interesse público relevante permanecessem marginalizados, mesmo diante da ânsia da sociedade por sua regulamentação. São de clamor popular questões como a adoção por homossexuais, a extensão do poder familiar na adoção do maior incapaz, além da adoção livre da necessidade de preencher requisitos vazios, como o da distância mínima de dezesseis anos entre as partes interessadas.

Conceitua a nova lei o que vem a ser família extensa, no intuito de priorizar a adoção dentro do grupo familiar biológico, em detrimento do laço sócio-afetivo criado na família adotiva formada por pessoas sem relação consanguínea. Crítica ferrenha deve pesar neste

²⁵ FALTA, estrutura ao Judiciário para atender a demanda da nova lei de adoção. Hoje em dia, 26 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www. hojeemdia.com.br/cmlink/hoje-em-dia/noticias/brasil/falta-estrutura-ao-judiciario-para-atender-demanda-da-nova-lei-de-adoc-o-1.29310>>. Acesso em: 08 abr. 2010.

aspecto, uma vez que a lei demonstra preconceito entre os tipos familiares. Não deve ser estabelecida como prioridade a família biológica sobre a adotiva, uma vez que no processo de adoção se resguarda o melhor interesse do adotado, pesando sobre este todos os focos. A Constituição Federal não prevê a possibilidade de diferenciação das instituições familiares, inclusive as protege. A previsão constitucional que o processo de adoção deve resguardar é a preservação do melhor interesse do adotado, princípio amplamente citado pela jurisprudência brasileira.

Para melhor defesa, acastela a família adotiva o pronunciamento feito pela frente parlamentar da adoção de luta pela superação de obstáculos e preconceitos existentes na adoção de crianças no Brasil, realizado em sessão de 20 de abril de 2003 na Câmara dos Deputados, sobre o projeto de lei a propósito da instituição da Lei Nacional da Adoção: “Dados preliminares de pesquisa sobre famílias sinaliza (SIC) que as adotivas são mais afetivas que as biológicas”²⁶.

Partindo para outro ponto negativo da nova lei de adoção, o bloqueio criado pela Lei nº 12.010/09 para os estrangeiros adotarem vai de encontro ao interesse dos órfãos, uma vez o instrumento legal preteriu os adotantes estrangeiros, ao colocá-los como opção derradeira após a falta de interessados brasileiros na adoção. Esta legislação desestimula a candidatura dos estrangeiros a pais adotivos dos órfãos brasileiros, o que é ilógico, já que a intenção é de diminuir o alto número de órfãos nos abrigos adotivos, bem como acelerar o direito destes em ter uma família.

Ademais, os prazos estipulados pela lei que visam acelerar a inserção da criança e do adolescente em meio familiar não serão atendidos, uma vez o legislador manteve as exigências infundadas para a candidatura dos pais adotivos, o que torna os referidos prazos inócuos pela falta de pessoas aptas à adoção.

A adoção do maior de dezoito anos nunca teve uma normatização bem trabalhada, operando apenas com artigos confusos do Código Civil. A lei nacional da adoção derogou tais determinações legais, trazendo dois novos artigos, mais vazios que os anteriores. Nenhum olhar mais atento foi dirigido pelas autoridades legislativas à adoção de pessoas maiores de dezoito anos, principalmente aquelas que são absolutamente incapazes por enfermidade

²⁶ DISCURSOS e notas taquigráficas. Orador João Matos, PMDB-SC. Sessão nº 059.1.52.O. Frente parlamentar da adoção de luta pela superação de obstáculos e preconceitos existentes na adoção de crianças no Brasil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=059.1.52.O&nuQuarto=45&nuOrador=3&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=15:28&sgFaseSessao=GE&Data=29/04/2003&txApelido=JOÃO MATOS, PMDB-SC>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

mental. A omissão quanto a este tipo tão necessário de adoção obriga o julgador brasileiro a atender à verdadeira função social da lei, pelos institutos jurídicos do seu preenchimento.

Nesse cotejo, o nobre julgador, vendo a lei nacional de adoção como norma nem geral e nem abstrata, mas omissa e falha, deve procurar adaptar dispositivos aplicáveis a todas as situações que foram objetos de crítica neste capítulo. Neste padrão, irá ocorrer a aplicação do direito e da justiça quando for aposto no caso concreto aquilo que realmente é devido pelo princípio do melhor interesse do adotado, havendo inclusive a possibilidade da auto-integração das normas, autorizada pelo sistema jurídico brasileiro.

III ADOÇÃO DO MAIOR INCAPAZ AO ARREPIO DA HIERARQUIA LEGAL

3.1 O *status* da hierarquia como requisito para a adoção

Impera na adoção o requisito da diferença de idade entre adotante e adotado, que deverá ser de no mínimo dezesseis anos. A regulamentação deste requisito em uma linha histórica no Brasil a partir do Código Civil de 1916 era feita pelo art. 369, segundo o qual o adotante deveria ser pelo menos dezoito anos mais velho do que o adotado. Tal idade foi reduzida para dezesseis anos pela Lei nº 3.133 de 08 de maio de 1957. Posteriormente, o ECA manteve a mesma diferença legal no art. 42, §3º, bem como a confirmou o art. 1.619 do novo Código Civil. Este dispositivo no documento civil foi derogado pela nova lei de adoção, a qual, de forma questionável, manteve o art. 42, §3º do ECA, suscitando dúvidas.

Segundo a doutrina, tal exigência legal na diferença de idade entre as partes envolvidas no processo de adoção requer “instituir ambiente de respeito e austeridade, resultante da natural ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, como acontece na família natural, entre pais e filhos”²⁷.

Além dessas palavras doutrinárias, há outra afirmação que também desarrima a situação do maior incapaz: a de que o filho não poderia ter idade superior à dos pais, porquanto, diz Maria Helena Diniz²⁸, o adotante não teria condições para desempenhar cabalmente o exercício do poder familiar.

Será considerada, segundo a doutrina, nula a adoção que viole as prescrições legais. Explica Maria Helena Diniz que “nula será, p.ex., a adoção (...) por não haver diferença de pelo menos dezesseis anos de idade entre adotado e adotante”²⁹. Considerando nulidade o não

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, 2010, Loc. cit.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. v.5, p.511.

²⁹ Idem, 2010, p.545.

preenchimento do requisito diferencial de idade, revela-se que a ação cabível se quer declarar a desconstituição do vínculo de filiação, pois, conforme Maria Helena Diniz, “a filiação nasceu ineficaz”, ou seja, nunca existiu.

Ao sobrepujarmos o conceito da palavra ineficaz, pelo Dicionário Priberam da língua portuguesa têm-se o significado daquilo que é “inútil, vão”³⁰. Não há como deixar esta palavra imperar no que se relaciona à adoção do maior incapaz nos termos que se defende, haja vista que uma relação de afeto ligada por laços de maternidade, paternidade e filiação sócio-afetivos tem efeitos produzidos no universo da amabilidade que não se desfazem por vontade de lei, nem por decisão judicial.

3.2 A natureza da medida e as reais vantagens para o adotado

O deficiente mental como ser dotado de especificidade necessita de atenção especial em sua proteção, tanto que, além de suprir sua incapacidade nos atos da vida civil, requer, na falta de uma família natural ou extensa, a concessão de família adotiva empunhada do poder familiar, a qual proverá melhor tratamento na vida infante determinada pela sua mentalidade. Para tanto, a curatela deve ser afastada, concedendo-se a adoção em seu lugar, que é a medida ideal, adequada, à situação do amental, não podendo este ser colocado num instituto da interdição, que trata pessoas totalmente distintas como, por exemplo, o pródigo, o qual tem a maturação psicológica suficiente para se determinar como adulto, não podendo apenas praticar atos de disposição do patrimônio. As limitações do deficiente mental correm muito mais do que os meros atos de administração de patrimônio, mas atingem toda a habilidade social, porquanto sua dependência é *in totum*.

Para adoção específica a que se defende, é descabida a explicação dos doutrinadores baseada nos dizeres de que a exigência legal em comento serve para colocar a adoção o mais próximo da natureza (do biológico) e evita adoções levianas. Inclusive, Silvio de Salvo Venosa em sua obra comenta que:

Não havendo lapso mínimo de idade entre adotante e adotado o sistema, a nosso ver, ficará passível de distorções sociológicas de

³⁰ DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em:< <http://www.priberam.pt/dlpo/>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

todas as espécies, para dizer o mínimo, e fraudes, que podem causar danos inimagináveis à família e à sociedade.³¹

As afirmações da doutrina não sopesaram situações como a adoção do maior incapaz. Para explicar isto, há incontáveis teses. A primeira delas resvala-se na consideração do deficiente mental como criança, posto que o desenvolvimento biológico físico do adotado não foi acompanhado pela maturação psicológica. O deficiente mental maior não tem condições de se adaptar ao meio social sem o suporte familiar, assim também se encontram as crianças. O site Psicoweb Psiquiatria Geral caracteriza o retardado mental como pessoa que tem:

funcionamento intelectual significativamente inferior à média, acompanhado de limitações significativas no funcionamento adaptativo em pelo menos duas das seguintes áreas de habilidades: comunicação, auto-cuidados, vida doméstica, habilidades sociais, relacionamento interpessoal, uso de recursos comunitários, auto-suficiência, habilidades acadêmicas, trabalho, lazer, saúde e segurança.³²

Faz-se conhecer a clareza de que, comparativamente ao deficiente mental maior, uma criança tem todas estas características que a enquadram num grau de dependência, o qual a lei superou fornecendo ao infante a proteção do poder familiar em sua vida. Questiona-se o porquê da lei tratar de forma diferente pessoas tão iguais, com as mesmas dependências, pois tem a norma ofertado ao maior incapaz órfão a curatela, cujo caráter é frio e distante do molde familiar, visto que ela se conecta apenas aos interesses negociais do curatelado e da outra parte contratante do negócio jurídico.

A extensão do poder familiar à pessoa deficiente mental maior mostra-se mais viçosa do que o emprego da curatela, pois certo terá este indivíduo o direito a uma relação de pais e filhos que o completará além da necessidade dos negócios jurídicos, mas no âmbito emocional, produzindo a garantia de permanecer sempre regido pela mútua compreensão, proteção e amor.

A perda do poder familiar nesta linha de pensamento só se justificaria quando o deficiente mental deixasse de assim ser considerado, atingindo a maturação cerebral de uma pessoa capaz, o que na maioria das vezes é impossível.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 290.

³² DEFICIÊNCIA mental 1. Disponível em: <<http://gballone.sites.uol.com.br/infantil/dm1.html>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

Veja que o deficiente mental se enquadra positivamente na conceituação de uma criança, porque tem ele a equivalência de idade mental que a desta. Segundo o site Psiqueweb³³, a organização mundial de saúde (OMS) atribuiu idade mental de acordo com o coeficiente intelectual (QI), gerando a divisão do grau de deficiência em: profundo, quando o coeficiente intelectual é menor que vinte, sendo, então, a idade mental correspondente de zero até dois anos; agudo grave, o coeficiente intelectual está entre vinte e trinta e cinco, enquanto a idade mental equivale de zero a dois anos; moderado, tem coeficiente intelectual entre trinta e seis e cinquenta e um, com idade mental entre dois a sete anos, e, por último, grau leve aquela em que o QI posiciona-se entre cinquenta e dois e sessenta e sete e a idade mental varia de sete a doze anos.

A justiça brasileira tem revestido a adoção com a importância da afetividade, e não da priorização em aproximar o instituto à ordem natural biológica da família natural. Um exemplo desta pacificação jurisprudencial está na concessão da adoção por casais homoafetivos, pois, biológica e naturalmente, não estão aptos, no momento, a comungar, por si sós, a figura do nascimento de um filho com suas próprias estruturas físicas. Em outras palavras, o juízo doutrinário de que a diferença legal de idade vai colocar a adoção o mais próximo da natureza não se constitui como finalidade precípua da lei, conforme leitura dos julgados brasileiros.

Explana Silvio de Salvo Venosa, citando o autor Jean Carbonier, que, hodiernamente, a filiação adotiva baseia-se na “na presunção de uma realidade **não biológica, mas afetiva**”³⁴(grifo nosso). O mesmo autor cita trecho da obra A cidade antiga, de Fustel de Coulanges³⁵, que diz: “adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não pôde obter-se”³⁶. A inteligência destes trechos justifica uma adoção que vai se diferenciar do curso da natureza, pois, de fato, um filho mais velho do que seus pais não poderia naturalmente ser concebido por estes, logo a adoção vai ser meio hábil a dar filhos aos adotantes nos termos em que a natureza não permitiria.

Partindo para a desconstituição do entendimento de que manter o requisito da diferença mínima de idade entre adotante e adotado vai evitar adoções levianas, usa-se como instrumento de embate o poder que o Estado concede ao juiz para que este analise os motivos

³³ Ibidem.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 275.

³⁵ COULANGES, Fustel de apud VENOSA, Sílvio de Salvo. Loc. cit.

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Loc. cit.

da adoção, com apreciação pessoal do adotante, a aptidão psicológica deste, bem como a verificação de folha de antecedentes penais e outros meios eficazes concedidos ao julgador para analisar as intenções escusas de um adotante de comportamento anti-social. Em outras palavras, o requisito legal em questão não é suficiente para impedir que o adotado não seja vítima de um adotante inescrupuloso, o que configura que a exigência legal foi emplacada como uma forma minguada que o legislador encontrou para expressar que o judiciário tem de proteger o adotado por meio da verificação das intenções na adoção.

O que de fato importa é a condição moral para desempenhar a função de família. Não há como dizer que a hierarquia de uma estrutura familiar será ferida quando é deficiente mental o filho adotivo maior de dezoito anos que não preenche a diferença de idade mínima entre os pais adotivos, pois não tem ele noção e habilidade social para conhecer que é mais velho do que aqueles a ponto de rebelar-se. O indispensável no processo adotivo é a qualidade do vínculo por um afeto que se dissemina no ambiente familiar.

Outro estorvo que se configura com a exigência do requisito em discussão ocorre no caso do deficiente mental possuir uma idade biológica muito avançada, pois a lei, permitindo sua adoção condicionada ao mencionado requisito, deixaria como opção um adotante praticamente senil, que, por razões óbvias, poderia não conter a vitalidade no acurado de um adotado com tantas cobranças nos cuidados.

Com a permissão legal da adoção de pessoa deficiente mental maior de dezoito anos sem o empecilho do preenchimento do requisito legal diferenciador de idade, o adotando com estas características teria extirpado o preconceito que sobre ele recai existente na conjuntura do processo de adoção, pois tem a lei até hoje voltado a atenção apenas à adoção do menor de idade. Este convencionalismo dotado de discriminações consiste em abuso aos princípios de direito, como o da igualdade e da dignidade da pessoa, além de ferir direito de personalidade do deficiente incapaz.

Uma legislação com menos entraves e que fosse voltada para esta adoção tão específica é o ideal. A atual regulamentação, apesar de banhada com legislação recente, terá como consequência o desuso, já que o legislador age melindroso em não tratar de assuntos de relevante interesse, apesar de polêmicos.

3.3 Motivos legítimos para a extensão do poder familiar e adoção ao arrepio da hierarquia legal: Sistemas de preenchimento da lei

Os meios de integração e interpretação do direito que se passam a analisar servem para arrazoar a adoção do maior incapaz livre do rigor legal em exigir idade mínima entre adotante e adotado, chegando a eliminar o instituto da curatela nesta situação peculiar, substituindo-a pela entrega do poder familiar ao curador que deseje adotar. A discussão que segue irá, também, evidenciar, reflexamente, que há a necessidade da permanência do poder familiar quando findada a menoridade do deficiente mental que já se encontrava sob a responsabilidade dos pais biológicos ou adotivos.

Também quer se demonstrar que a concessão da adoção é a alameda mais justa a se percorrer no provimento judicial, se curador e seu curatelado amental e maior já detêm convivência de ligação afetiva próxima a uma relação de família, cujos cuidados são com esmeros.

Relembra-se que o poder familiar está adstrito a todos os filhos menores, não emancipados, advindos ou não da relação matrimonial, adotados ou não, por força do art. 1.630 do CC. No espaço deste capítulo, tramam-se tentativas de prolongar tal poder nos caso específico do deficiente mental maior.

Com o advento da nova lei de adoção o primitivo conteúdo do art. 1.619 do CC foi retirado da legislação. No entanto, não ficou nítido se o requisito da diferença de idade entre adotante e adotado continuou operando, pois, como dito outrora, a legislação sobre adoção não é clara nem suficiente quando o assunto é adoção de maior de dezoito anos.

Washington de Barros Monteiro³⁷ defende que a exigência ainda vigora, já que a novel legislação determina a aplicação das regras gerais do ECA, no que couber, à adoção de pessoa maior.

Entrementes, Silvio de Salvo Venosa, enxergou mais além, e entendeu que a nova lei de adoção derogou “surpreendentemente” esse princípio da legislação, não sendo mais

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, 2010, Loc. cit.

aplicável, e ainda, completou que “caberá aos magistrados o máximo de bom senso ao deferir adoções que não imitam a vida”³⁸.

Ensina a doutrina que a adoção do maior de dezoito anos é regida pelo Código Civil, que, após a recente lei de adoção, ficou mais omissa do que antes, trabalhando com apenas dois artigos. A regulamentação ficou tão abstrata que de fato o juiz só tem como ferramenta de trabalho as fontes integradas do direito, ou seja, a analogia, a equidade e os princípios gerais do direito.

Quando o novo preceito, advindo da nova lei de adoção, do art. 1.619 do CC dispõe que se aplicam, no que couber, as regras gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente, acredita que o juiz vai encontrar nesta legislação uma norma que se coadune com a adoção do maior de dezoito anos. Contudo, o próprio ECA não regulamenta de forma nítida a adoção peculiar que aqui se discute, evidentemente, o juiz não pode se negar a julgar. Verifica-se, então, que há uma lacuna na lei, a ser remediada nos termos do art.4º da Lei de introdução ao Código Civil (LICC).

A analogia se concretiza na busca de um dispositivo de outra lei que trate fatos semelhantes ao que a lei específica do caso não abordou. Este trabalho interpretativo é perfeitamente aplicável quando se adéqua a adoção ao deficiente mental maior, concedendo a medida de forma desimpedida. Inclusive, a analogia é lavrada pelo judiciário quando defere a pessoas do mesmo sexo serem pais adotivos.

Sabendo que o deficiente mental equipara-se a uma criança, o juiz deve se amparar na aplicação do ECA, por meio da analogia, para conceder a adoção ao referido incapaz, conjugando-se as peculiaridades deste indivíduo à necessidade de mitigar os rigores desta lei.

Os princípios gerais do direito são de uso corrente da justiça para costurar as omissões legais. Compõem-se de orientações genéricas que advém da legislação e facilitam a compreensão e aplicação da ordem jurídica. O juiz age no caso concreto como se legislador fosse. Assim sendo, o tipo de adoção do maior incapaz afastando o requisito da diferença legal de idade seria concedido com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da função social da lei e do melhor interesse do adotado, além, analogamente, dos princípios específicos previstos no art. 100 do ECA, apresentados como princípio da proteção

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 290.

integral e prioritária do adotando e o princípio da responsabilidade primária e solidária do poder público.

O princípio da dignidade da pessoa humana é inerente à personalidade. Tal princípio alicerça a República Federativa do Brasil, como bem apresenta o art. 1º, III, da CFB, do mesmo modo equivale a entendê-lo como um mandamento constitucional a ser cultivado. Alexandre de Moraes ensina que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. (grifo do autor)³⁹

Não permitir que o maior incapaz, criança permanente enquanto pairar sua deficiência, seja adotado equivale ao menosprezo da sua dignidade de pertencer a uma família que lhe resguarde como se infante fosse. Esta impossibilidade fere direito de personalidade de moral e psicologicamente possuir pais adotivos. Entendendo que o direito de personalidade é universal e à criança e ao adolescente se resguarda o direito a uma família adotiva, questiona-se o motivo da lei em afastá-lo dos maiores incapazes.

Não se contesta que o direito a uma família adotiva conjugado à extensão do poder familiar ao maior incapaz afastando o requisito da diferença legal de idade é direito de personalidade, pois o rol destes direitos é inumerável, dinâmico, variando no tempo e no espaço, como profere Washington de Barros Monteiro⁴⁰.

Como forma de evitar tratamentos desiguais o ordenamento jurídico oferece o princípio da isonomia de direitos, pelo qual todos os cidadãos em situações idênticas têm as mesmas prerrogativas, sendo vedadas discriminações despóticas. No caso da não aplicação da adoção ao deficiente mental maior sem rigores legais extremos tem-se um elemento discriminador, cuja finalidade é alheia à função social do direito, sendo que a lei só autoriza a diferenciação para situações desiguais, o que não ocorre no caso em comento.

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 21-22.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros, 2009, p.99.

Não se vislumbra nenhum juízo valorativo genericamente aceito para que se trate o maior incapaz com a curatela quando há pleito de adoção ou quando os pais requerem a prorrogação do poder familiar sobre ele. O preceito da igualdade vincula o intérprete julgador a afastar o erro de injustiça no caso concreto, e estimula o legislador a editar normas que se coadunem com a situação do deficiente mental maior.

A Organização das Nações Unidas (ONU), pela Resolução nº 2.856, de 20 de dezembro de 1971, apresentou a declaração dos direitos de pessoas com deficiência mental, a qual estipula, em seu art. 1º, a igualdade de tratamento do deficiente mental, e, em seu art. 4º, o direito a um ambiente familiar, nos seguintes moldes:

Art. 1º O deficiente mental deve gozar, no máximo grau possível, os mesmos direitos dos demais seres humanos;

(...)

Art. 4º Sempre que possível o deficiente mental deve residir com sua família, ou em um lar que substitua o seu, e participar das diferentes formas de vida da sociedade. O lar em que vive deve receber assistência. Se for necessário interná-lo em estabelecimento especializado, o ambiente e as condições de vida nesse estabelecimento devem se assemelhar ao máximo aos da vida normal;⁴¹

Como se observa o tratamento isonômico do deficiente mental e o seu direito a uma família competem a interesses que vão além das fronteiras brasileiras, atingido o plano internacional.

A LICC evidencia em seu art. 5º a função social da lei nos seguintes termos: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Toda norma possui sua finalidade, por esta razão o aplicador da lei deve ir ao seu encontro no momento da interpretação do direito. Observando o texto do art. 5º da LICC, verifica-se que simples ato do judiciário que acolha o fim social da lei equivale a atender ao bem comum, ou seja, o motivo da lei é o objetivo de uma sociedade.

No instituto da adoção a sua finalidade se apresenta como o princípio do melhor interesse do adotado. O indeferimento da adoção peculiar do maior incapaz livre de entraves legais equivale a uma forma de burlar a norma, pois nega a sua finalidade social e rejeita o

⁴¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 2.856, de 20 de dezembro de 1971. Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência Mental. Disponível em: http://www.ampid.org.br/Docs_PD/Convencoes_ONU_PD.php#decladdm>. Acesso em: 26 abr. 2010.

direito de uma família afetivamente já construída se materializar como família no mundo jurídico.

Sendo a adoção norteadada pelo princípio do melhor interesse do adotado, ater-se ao formalismo exagerado da lei de adoção, incompatível com os ditames constitucionais, para afastar uma adoção livre do requisito legal diferenciador de idade retira do adotado a oportunidade da proteção integral e prioritária, explicitado no art. 100 do ECA, e todas as demais vantagens que advêm de um meio familiar constituído. Uma decisão judicial que afasta os mencionados direitos torna-se incivil, pois estes pertencem ao adotado e não ao Estado.

Pelo sentido em que se toma do inciso III do art. 100 do ECA, a efetivação plena dos direitos assegurados ao adotado é de responsabilidade dos três poderes, judiciário, legislativo e executivo, sendo que a intervenção destes deve ser prioritariamente acatar ao interesse do adotado, observando a peculiaridade dos casos concretos.

Se a convivência de curador e curatelado já é de ligação afetiva próxima a uma relação de família, de cuidados com primores, a concessão da adoção é a via mais justa a se cursar no provimento judicial. Este atenderá aos objetivos fundamentais previstos no art. 3º da CFB de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicar a marginalização do deficiente mental, reduzindo as desigualdades sociais.

Miguel Reale traduz, nas seguintes palavras, o guardião que se torna o aplicador do direito quando justapõe todos os termos interpretativos e integradores retro mencionados:

o judiciário, ao ter de aplicar uma regra em conflito com valores do ordenamento, atenua, quando não elimina seus efeitos aberrantes, dando-lhe interpretação condizente com o espírito do sistema geral, graça à sua correlação construtiva com outra regras vigentes⁴²

Regina Maria Fonseca Muniz⁴³, em sua tese de doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) sobre a proteção prolongada do amental, ressaltou a penúria em que se encontra o conjunto de leis brasileiras quando o tema é o

⁴² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed., Saraiva: São Paulo, 2000, p.113.

⁴³ MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **Proteção Prolongada do amental**. 2007. 244 f. Tese (Doutorado em Direito Civil comparado) – Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4585>. Acesso em: 27 abr. 2010.

deficiente mental, havendo o dever de se criar um novo regime para o deficiente intelectual maior de idade.

A lei de adoção pode ser sepultada pelo desuso, já que praticamente com todas estas ferramentas explanadas, o nobre julgador pode fazer justiça ao conceder, no lugar da curatela, a adoção conjugada com a extensão do poder familiar nos casos em que envolvam deficientes mentais maiores de dezoito anos, afastando as exigências legais de caráter desvairado da mencionada lei.

3.4 A extensão do poder familiar por meio da adoção do maior incapaz ao seu curador

Ratifica-se que, pela lei, o poder familiar não pode conviver com a tutela, muito menos com a curatela dos adultos incapazes, o que mostra o caráter puramente administrativo destas medidas sobre o tutelado e curatelado, não derramando sobre estes as prerrogativas do laço de afetividade para a realização plena das partes envolvidas. Embasado nisto, o legislador criou a adoção, para entregar esta vantagem ao adotante e ao adotado.

As ferramentas de integração da lei, veementemente explanadas, permitem o provimento judicial positivo do pleito de conversão da curatela em adoção quando os curadores prestarem contas de sua administração. Este fenômeno concessivo deve ocorrer por simples equiparação ao direito da criança tutelada ser adotada por seu tutor, disposto no art. 44 do ECA, uma vez que o incapaz adulto pela lei é um infante pela psiquiatria.

A analogia explicita-se como um dos recursos que o juiz deve se debruçar na conversão em comento. Apesar de a lei entregar somente aos menores de dezoito anos a possibilidade de mutação da tutela em adoção, a ferramenta analógica requer que a troca da curatela em medida adotiva também seja ofertada ao amental maior, pois seria a solução mais contígua.

Não são somente aplicáveis aos filhos menores de dezoito anos a assistência do Estado na adoção e o princípio da igualdade jurídica dos filhos, previstos nos parágrafos 5º e 6º do art. 227 da CFB, apesar da inserção deste dispositivo em um capítulo discriminador pelo cabeçalho que se intitula como “DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO”.

O autor Carlos Roberto Gonçalves adverte que:

No regime do novo diploma, tanto a adoção de menores quanto a de maiores revestem-se das mesmas características, estando sujeitas a decisão judicial, em atenção ao comando constitucional de que a adoção será sempre assistida pelo Poder Público(CF, art.227, §5º)⁴⁴.

O autor em referência mostra que não se pode afastar os trilhos constitucionais do art. 227 da CFB dos adotandos maiores de dezoito anos, por consequência lógica de o ato ser inconstitucional. Sendo deste modo, se aos filhos menores cabe a conversão da tutela em adoção, aos maiores incapazes deve, pelo princípio da igualdade jurídica dos filhos e pelo princípio do direito à assistência do Estado na adoção, ser concedida a transformação da curatela em medida adotiva.

Além disso, Regina Maria Fonseca Muniz, em sua tese de doutorado, fornece argumentos importantes: “o deficiente intelectual, após a declaração judicial de incapacidade, é comparado ao menor, segundo a inteligência do art. 1.774 do Código Civil”⁴⁵. Corroboram estes termos ao entendimento de que a lei, pelo art. 1.774 do CC, considerou o maior de dezoito anos deficiente intelectual como uma criança, podendo utilizar-se dos mesmos meios de proteção legal a ela oferecidos. Assim, porque determina o artigo em comento a aplicação à curatela dos dispositivos concernentes à tutela, vislumbra-se perfeitamente cabível a modificação da curatela em adoção, uma vez que a lei consente que a tutela passe à adoção, nos termos do art. 44 do ECA.

Em caráter de culminância, os maiores de dezoito anos incapazes, que também são considerados crianças sob o ponto de vista psicológico, têm o direito, analogamente, à adoção no lugar da curatela, devendo esta ser enterrada no caso característico em questão. Acrescenta-se que o igual direito de se proteger o deficiente mental maior com o poder familiar da adoção procede da equivalência da idade mental deste com os filhos de idade inferior a dezoito anos, adicionado ao princípio da igualdade jurídica dos filhos e do dever de assistência do Estado na adoção.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, 2009b, p.357.

⁴⁵ MUNIZ, Regina Maria Fonseca. Loc. cit.

3.5 A adoção do maior incapaz ao arrepio da hierarquia legal à luz das decisões Judiciais

Com as jurisprudências que seguem se entende que o direito à adoção livre de requisitos esdrúxulos se revela como um direito que se processou através do exercício da jurisdição. Esta vem interpretando os requisitos da lei de adoção como relativos, quebrando seus rigores e amoldando a medida aos casos reais que são apresentados à justiça brasileira com frequência.

Os julgados apresentados seguem uma linha de coerência em atender a função social da lei e o melhor interesse do adotando. Há ainda uma timidez do julgador em integrar experiências humanas que bradam pela anuência da adoção do maior incapaz em substituição à curatela. Por outro lado, o requisito diferenciador de idade entre as partes do processo de adoção já não é uma pedra imutável, e vem sendo afastado, podendo cair pelo desuso.

Iniciando-se pela Corte Suprema Brasileira, no ano de 1986, esta firmou importantíssimo entendimento, quando do deferimento de homologação de sentença estrangeira, segundo o qual a regra de diferença de idade mínima de dezesseis anos entre adotante e adotado não é de ordem pública, mas de interesse público, como se observa a seguir:

Sentença estrangeira. Adoção. A regra do art. 369 do Código Civil Brasileiro não é de ordem pública, mas de interesse público, não tendo eficácia de *lex-foi*, em face da adoção regida por lei de outro Estado. O código Civil Alemão prevê, no § 1.745, a dispensa do requisito da diferença mínima de idade entre adotante e adotado, podendo a sentença de adoção, proferida naquele país ser homologada.⁴⁶

À época da concessão da referida homologação o adotante e adotado, no episódio apresentado, possuíam, respectivamente, a idade de trinta e nove anos e vinte e sete anos, requerendo a homologação de sentença alemã que lhes concedeu a adoção. A Procuradoria Geral da República (PGR) fez opção pelo indeferimento do pleito, pois as partes contavam

⁴⁶ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Homologação de sentença estrangeira. Relator Ministro Carlos Madeira, julgamento em: 19 de fevereiro de 1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265652>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

apenas com doze anos de diferença entre suas idades, existindo clara ofensa ao requisito da lei para a adoção do maior de dezoito anos evidenciado no art. 369 do anterior Código Civil, vigente naquela ocasião. Entendia a PGR que a condição imposta pela lei continha disposição de ordem pública.

O relatório do Supremo Tribunal Federal (STF), citando o autor Clóvis Beviláqua, explanou, inicialmente, que a exigência da lei defendia uma “distância que efunde respeito, pressupõe maior experiência e põe cada um em seu próprio lugar: os pais para velar e dirigir, o filho para venerar e confiar”⁴⁷. Todavia, o STF confrontou este pensamento, o qual condiciona, de maneira generalizada, o respeito à idade das partes e retira o foco do benefício da adoção. Para reverter este quadro imposto pelo legislador, o Supremo Tribunal firmou o entendimento de que esta benfeitoria banha de interesse social a regra legal agitada, e não de ordem pública, podendo a justiça afastar a exigência do legislador brasileiro.

Outrossim, países como a Alemanha dispensam a exigência deste requisito legal, § 1.744 do Código Civil alemão. Este fato demonstra que o comportamento internacional na adoção é de facilitá-la, afastando emperros. O que equivale a um exemplo para o legislador brasileiro adquirir.

Seguindo no estudo das decisões judiciais, a apelação cível nº 371.001.4/1-00 da comarca de Campinas-SP ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), processo nº 2.810/2003, foi deferida conforme a ementa seguinte:

ADOÇÃO - Requisito: que o adotante seja dezesseis anos mais velho que o adotado (art. 1.619 do CC e § 3º do art. 42 do ECA) - Objetivo: instituição de ambiente de respeito e austeridade, resultante da ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, reproduzindo tanto quanto possível a família natural - Hipótese em que a diferença de idade aproxima-se dos quinze anos - Requisito não preenchido – Indeferimento do pedido, por impossibilidade jurídica - Caso, no entanto, em que a adotante foi casada com o pai da adotanda, cuida dela desde que tinha dezessete anos, e foi-lhe nomeada curadora em processo de interdição em 1.987, com ela estabelecendo relação filial, sendo mesmo chamada de mãe - Peculiaridades que justificam a conclusão de que, permitida a adoção, **estar-se-á atendendo ao fim**

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis apud SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Homologação de sentença estrangeira. Relator Ministro Carlos Madeira, julgamento em: 19 de fevereiro de 1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265652> >. Acesso em: 28 abr. 2010.

social da lei - Decisão reformada para afastar a extinção do processo. Apelo provido. (grifo nosso) ⁴⁸

Conforme o relatório deste acórdão, este episódio se refere a um pleito adotivo feito por uma madrasta que, durante a convivência conjugal com o pai da adotanda, cuidou desta como se filha fosse. Adiciona-se que a madrasta é curadora desta, a qual, durante o lapso de convivência com aquela, apresentou distúrbios mentais graves com consequente interdição. A partir desta situação, a madrasta recebe de sua curatelada frases do tipo: “minha mãezinha querida”, “quero ficar com você” e “você é minha mãe”.

Primeiro ponto a apresentar é que a adotanda deste caso contava, na época do julgamento da apelação, ano de 2006, com quarenta e três anos de idade, pois nasceu em 1963. Este fato entrega suporte para esta monografia, a adoção do maior incapaz afastando o requisito da diferença legal de idade, pois a requerente, madrasta, nascida em 1948, não preenchia o requisito da lei para a adoção, uma vez que a diferença de idade entre curadora e curatelada era menor de dezesseis anos.

Na decisão desta apelação o Tribunal de Justiça de São Paulo invocou que o STF, outrora, já havia firmado entendimento de que a norma que estipula diferença de idade entre adotante e adotado não é matéria de ordem pública, mas de interesse público, portanto, deve considerar os aspectos benéficos da adoção.

Abrindo parênteses aos termos do acórdão, afirma-se que, sendo tal requisito legal uma ficção jurídica de garantir o respeito do filho aos seus pais, não haveria razões para um maior incapaz, já submetido a um convívio familiar que ainda não existia juridicamente, mas a reverência como filho já se apresentava, vir a confrontá-los porque a adoção foi deferida.

Inclusive, a orientação do Pretório Excelso, referenciada no acórdão em evidência, foi produto do exame de um pedido de homologação de sentença estrangeira, porque, logicamente, no país que originalmente concedeu a adoção era a exigência legal na diferença de idade de limites não estabelecidos.

Para provimento do pleito, o TJSP também considerou a peculiaridade do caso, afastando o rigor da lei, o qual só traria dissabores para as pessoas envolvidas, principalmente à interdita, que necessitava da melhoria de sua situação jurídica, transformando-se de

⁴⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação nº 371.001.4/1-00. Relator Desembargador João Carlos Saletti, julgamento em: 14 de março de 2006. Disponível em: < http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=33B089F9EBC776_DB5EF92E61E97E132B>. Acesso em: 27 abr. 2010.

curatelada à filha. O tratamento filial pré-existente também deu suporte ao caso, pois aumenta o direito da concessão da medida. Por conclusão, rematou o acórdão pelo atendimento do fim social da lei.

A apelação cível n.º 76.637.4/2 ao TJSP revelou-se outro julgado que, apesar de mais antigo, pois sendo do ano de 1999 aplicou o velho Código Civil, manteve o raciocínio da aplicação do melhor interesse do adotando e da função social da lei:

Adoção. Maiores. Sentença de extinção. Não observância do artigo 369 do C. Civil (diferença de 16 anos entre adotante e adotado). **Prazo de interesse público, não de ordem pública.**

Aplicação do preceito que **deve ter em conta, principalmente, o aspecto benéfico da adoção e as condições dos adotantes e adotandos.** Hipótese em que **a limitação temporal não tem nenhum efeito prático em razão da maioria dos adotandos.** Extinção mantida, contudo, porque a adoção, no caso, pode ser feita por escritura pública, sem necessidade da via judicial, que só se legitimaria havendo óbice à prática do ato notarial. Apelo improvido, embora por fundamento outro. (grifos nossos) ⁴⁹

Nesta apelação novamente resolveu o julgador invocar que o prazo diferenciador de idade estipulado pelo legislador não é de ordem pública, mas de interesse público.

Para afastar os rigores da lei e trazer à tona a importância da função social desta e do melhor interesse do adotando, a justiça do Distrito Federal também vem aplicando os mesmos termos dos julgados já mencionados, conforme a apelação n.º 2000.01.3.001788-7:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. ADOÇÃO. ECA. DIFERENÇA DE IDADE ENTRE O ADOTANTE E O ADOTADO. MÍNIMO LEGAL. MITIGAÇÃO DOS RIGORES DA LEI EM BENEFÍCIO DO MENOR. 1. Quando o Estatuto exige a diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado de 16 (dezesesseis) anos, fá-lo somente para assegurar o papel paterno assumido, o que já restou claro, quando se fala dos fortes laços afetivos que os unem, e quando a inicial diz que o menor o respeita como a um pai e inclusive assim o chama. 2. Assevero que, neste caso, em que a diferença de idade perfaz 15 anos e 3 meses, portanto o adotante quase atinge a idade mínima, considero ser **conveniente aos interesses do menor, ante a possibilidade de fornecer ao adotando ambiente familiar saudável, propício a seu desenvolvimento completo.**(grifo nosso) ⁵⁰

⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n.º 76.637.4/2. Relator Desembargador Pinheiro Franco, julgamento em: 26 de abril de 1999. Disponível em: < <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do> >. Acesso em: 27 abr. 2010.

⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação n.º 2000.01.3.001788-7. Relator Desembargador Silvano Barbosa dos Santos, julgamento em: 21 de outubro de 2002. Disponível em: < <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=jrhtm03&ORIGEM=INTER&PGATU=166192&l=&ID=21> >

O parecer da promotoria neste julgado foi utilizado para fundamentar a decisão, cujos argumentos eram constituídos da finalidade da lei, ou seja, a exigência legal diferenciadora de idade se resguardava tão apenas para assegurar que o adotante revele a capacidade de assumir o encargo, orientando e promovendo o adequado desenvolvimento do adotado.

Sustentou também a promotoria que o § 3º do art. 42 do ECA tem o intuito de resguardar que de um lado exista a figura de maturidade capaz de orientar o desenvolvimento do adotado. Pode-se aqui usar tais argumentos para conjugá-los à situação do amental, ou seja, se o pleito judicial envolve a adoção do maior incapaz, o adotante estaria carregado da referida maturidade, que seria a única existente sobre o amental, pois este não possui alguma.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ainda na solução deste caso, transcreveu em seu acórdão:

Valdir Sznick, discorrendo sobre o tema, observa que **“esta diferença, dados os casos especiais, pode cair, e deve ocorrer, sempre, por decisão dos Tribunais. Assim o é, na França, quando a diferença se reduz a 10 anos**, se o adotante adota o filho de seu próprio cônjuge”. J. Franklin Alves Felipe, magistrado mineiro e autor de renomado prestígio na área do direito de família afirma que o **Supremo Tribunal Federal já decidiu que mesmo a ausência de requisitos essenciais não leva, necessariamente à nulidade da adoção, tendo em vista o interesse do menor, a ser preservado.”** (grifo nosso)⁵¹

Esta transcrição arreda todo o empecilho aproveitado para afastar a adoção caracterizada do deficiente mental maior, aliviando os fardos da lei que afugentam a medida para este indivíduo.

91761844&OPT=&DOCNUM=1>. Acesso em: 27 abr. 2010.

⁵¹ Ibidem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão que se trouxe à tona neste trabalho culmina na conclusão de que a legislação brasileira carece da clareza na oferta de melhor proteção ao deficiente intelectual. Deve o legislador deixar de usar de leis que abrem expectativas à sociedade, e após sua publicação se vislumbram apenas políticas públicas em seu conteúdo, já adotadas pelo sistema.

O judiciário, no intuito de ofertar o devido direito ao amental maior de dezoito anos, deverá buscar os primados da lei, aplicando a função social que entrelaça a norma, e arrear requisitos petrificados que esta possui, os quais nada ofertam para o bem viver do adotando.

O respeito à dignidade humana do deficiente mental maior é o fim de todo um sistema jurídico, o bem comum, que só será acatado quando houver a aceitação, por questões evidentes, que este indivíduo se revela uma criança, com bastante especificidade, devendo como tal ser tratado. A concessão da adoção ao descontentamento do requisito legal da exigência da distância mínima de dezesseis anos entre a idade do adotante e do adotado amental, adicionada da entrega do poder familiar, independente da idade biológica do deficiente intelectual, com conseqüente afastamento por definitivo da curatela, assoalha-se em medida contígua a ser trazida pelo Estado por meio do judiciário para arrear a crônica necessidade social da adoção desimpedida.

Assim, a jurisprudência irá alijar estes requisitos inoperantes e a interdição desviada do poder familiar, curatela, acarretando à atual legislação sobre adoção o seu sepultamento pelo desuso, e evidenciando ao legislador brasileiro a premente necessidade de se atender ao

clamor social, o qual entende haver mais do que benefícios ao indivíduo amental, mas o direito de personalidade exposto a esta proteção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMADA, Charles Alexandre Souza; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Do Abandono à adoção de crianças e adolescentes no Direito Brasileiro: uma trajetória de conceitos e preconceitos. **Consulex**, Brasília, v. 7, n. 75, p. 52-55, jun. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atualizada até a emenda nº 64/2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>.

_____. Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm)>.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>>.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>.

_____. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art2>.

_____. Superior Tribunal Federal. Homologação de sentença estrangeira. Relator Ministro Carlos Madeira, julgamento em: 19 de fevereiro de 1986. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265652>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

DEFICIÊNCIA mental 1. Disponível em: <<http://gballone.sites.uol.com.br/infantil/dm1.html>>. Acesso em: 24 abr. 2010>.

DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dl>>

po/>. Acesso em: 24 abr. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. v.5.

_____. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 26 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

_____. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v.5.

DISCURSOS e notas taquigráficas. Orador João Matos, PMDB-SC. Sessão nº 059.1.52.O. Frente parlamentar da adoção de luta pela superação de obstáculos e preconceitos existentes na adoção de crianças no Brasil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=059.1.52.O&nuQuarto=45&nuOrador=3&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=15:28&sgFaseSessao=GE&Data=29/04/2003&txApelido=JOÃO MATOS, PMDB-SC>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. APELAÇÃO nº 2000.01.3.001788-7. Relator Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, julgamento em: 21 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?NXTPGM=jrhtm03&ORIGEM=INTER&PGATU=166192&l=&ID=2191761844&OPT=&DOCNUM=1>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

FALTA estrutura ao Judiciário para atender a demanda da nova lei de adoção. Hoje em dia, 26 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/cmlink/hoje-em-dia/noticias/brasil/falta-estrutura-ao-judiciario-para-atender-demanda-da-nova-lei-de-adoc-o-1.29310>>. Acesso em: 08 abr. 2010.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Adoção**: Comentários à nova lei de adoção Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009. São Paulo: Edjur, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

_____. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 42 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

_____. Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 40 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v.2

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **Proteção Prolongada do amental**. 2007. 244 f. Tese (Doutorado em Direito Civil comparado) – Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4585>. Acesso em: 27 abr. 2010>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 2.856, de 20 de dezembro de 1971. Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência Mental. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/Docs_PD/Convencoes_UNU_PD.php#decladdm>. Acesso em: 26 abr. 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed., Saraiva: São Paulo, 2000, p.113.

SÃO PAULO (BRASIL). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 371.001.4/1-00. Relator Desembargador João Carlos Saletti, julgamento em: 14 de março de 2006. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=33B089F9EBC776DB5EF92E61E97E132B>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 76.637.4/2. Relator Desembargador Pinheiro Franco, julgamento em: 26 de abril de 1.999. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 10 ed., São Paulo: Atlas, 2010. V.6.



**UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL -
FACIPLAC**

TALLITA CUNHA DE LIMA

**A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS:
VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA
IGUALDADE E DA LIBERDADE**

GAMA, JUNHO DE 2009



**UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL -
FACIPLAC**

TALLITA CUNHA DE LIMA

**A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: VIOLAÇÃO AOS
PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA IGUALDADE E DA
LIBERDADE**

Monografia apresentada como requisito final à
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Faculdades Integradas do Planalto Central -
Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto
Central.

Professor Orientador: Edilson Enedino das
Chagas

GAMA, JUNHO DE 2009

FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL
DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DO PLANALTO CENTRAL

TERMO DE APROVAÇÃO

TALLITA CUNHA DE LIMA

A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: VIOLAÇÃO
AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA IGUALDADE
E DA LIBERDADE

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito,
União Educacional do Planalto Central -
Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto
Central. O conteúdo deste trabalho é de inteira
responsabilidade do autor.

Professor Orientador: **Prof. Edilson Enedino das Chagas**

Examinadores:

GAMA, NOVEMBRO DE 2008

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Trindade Santa (Deus Pai, Deus Filho e Deus Espírito Santo) que me alcança com sua imensa misericórdia e se faz tudo no meu nada. A Ela a minha vida.

Aos meus pais que nunca mediram esforços para me educar no amor e na retidão, e, que ontem, hoje e sempre são merecedores de todo meu reconhecimento, respeito, admiração, gratidão e, sobretudo, meu amor.

Ao meu irmão, Gabriel, exemplo de amigo fiel.

Ao meu orientador, Edilson Enedino das Chagas, que para mim é um grande exemplo não só de profissional, mas também de cristão, que testemunha o poder de Deus por onde passa. Obrigada pela sua dedicação e estímulo desde o primeiro contato com o tema.

E a todas as pessoas que contribuíram direta ou indiretamente na construção desta monografia.

Dê-me, Senhor, agudeza para entender, capacidade para reter, método e faculdade para aprender, sutileza para interpretar, graça e abundância para falar. Dê-me, Senhor, acerto ao começar, direção ao progredir e perfeição ao concluir.

São Tomás de Aquino

Em cada novo dia, que em cada amanhecer o meu primeiro olhar encontre sempre o Teu.

Em cada madrugada, que em cada anoitecer meu último desejo seja em Ti me perder, me lançar no mar do Teu coração, me guardar na segurança de Tuas mãos e me confiar ao Teu amor.

Que em cada novo instante, eu consiga encontrar o Teu amor constante a me conquistar.

Que em cada novo momento, eu possa corresponder ao Teu amor imenso e só por Ti viver, me entregar confiante ao Teu querer, desejar somente por Ti cada novo dia viver e te amar com tudo o que tenho e sou.

Teu amor tão perfeito lança fora todo o meu temor, me dá forças pra que em cada novo dia eu viva assim: em Ti, Senhor.

Teu amor tão perfeito lança fora todo o meu temor, me dá forças pra que em cada novo dia eu viva assim: apaixonada por Ti, Jesus.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
I. IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	11
1.1 Principais fatores que influenciam a imprevisibilidade das decisões judiciais.....	13
1.1.1 Critério subjetivo usado pelo julgador.....	13
1.1.2 Excesso das leis.....	15
1.1.3 Ausência de uniformização jurisprudencial.....	16
1.2 Diferença entre imprevisibilidade e estabilidade das decisões judiciais.....	18
1.3 Principais conseqüências da imprevisibilidade das decisões judiciais.....	20
1.3.1 Violação ao Princípio da Segurança Jurídica.....	20
1.3.2 Violação ao Princípio da Igualdade.....	25
1.3.3 Violação ao Princípio da Liberdade.....	26
1.3.4 A economia do País ante a imprevisibilidade das decisões judiciais.....	28
II. CASOS CONCRETOS DA IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS...	30
2.1 Supremo Tribunal Federal – denúncia genérica nos crimes societários	30
2.2 Superior Tribunal de Justiça – retratação à renúncia dos alimentos em sede de separação ou divórcio	32
2.3 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – posse de candidato aprovado em concurso público quando encontra-se respondendo processo criminal	34
2.4 Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Distrito Federal – restituição da assinatura básica de serviços telefônicos	35
2.5 Interpretação do conteúdo das leis.....	38
III. ALTERNATIVAS PARA CESSAÇÃO OU DIMINUIÇÃO DO GRAU DA IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	41
3.1 Súmulas Vinculantes.....	41
3.2 Julgamento Antecipadíssimo da Lide	43
3.3 Repercussão Geral	45
3.4 Lei Impeditiva dos Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça	46

3.5 Sugestões	48
3.5.1 Ao Poder Judiciário.....	48
3.5.2 Aos poderes Legislativo e Executivo.....	51
3.5.3 Ao Ministério Público.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57
ANEXO.....	63

RESUMO

Este trabalho procura analisar a imprevisibilidade das decisões judiciais, as quais, atualmente, apresentam, dentro de um mesmo contexto fático, soluções díspares para questões análogas. Nessa conformidade, trazem, por consequência, violações aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, sendo que os principais fatores que influenciam no surgimento e/ou no aumento do grau de imprevisibilidade são: o critério subjetivo utilizado pelo julgador, o excesso das leis e a ausência de uniformização jurisprudencial. Tais acontecimentos afetam a estrutura do País, vez que os Poderes Estatais, os jurisdicionados, os cidadãos, a economia e o desenvolvimento do País encontram-se diretamente e/ou indiretamente ligados e, às vezes, dependentes de uma decisão judicial. Com o escopo de solucionar esse impasse, foram criados alguns institutos jurídicos, contudo, ainda há um grande caminho a se percorrer para que haja a cessação ou a real diminuição do grau da imprevisibilidade das decisões judiciais.

Palavras-chave: Imprevisibilidade; decisão judicial; consequências.

INTRODUÇÃO

A imprevisibilidade das decisões judiciais é a disparidade entre decisões de casos semelhantes ou idênticos. Ou seja, é a ausência de sintonia e de uniformização na aplicação do direito.

É de salutar importância a presente pesquisa monográfica, pois, a relevância do tema está no resultado das decisões conflitantes entre juízes e tribunais de nosso país, as quais, muitas vezes, ocorrem no âmbito interno de uma mesma corte judicial. A imprevisibilidade das decisões judiciais é questão delicada e de grande repercussão social e, é de interesse direto do Estado e dos cidadãos que se utilizam ou não do Poder Judiciário.

Por esse motivo, será realizado estudo detalhado acerca da imprevisibilidade das decisões judiciais, com explicitações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema e com apresentações de noções básicas, pressupostas da problemática, ora em estudo.

A metodologia aplicada neste trabalho adota um relatório de pesquisa monográfico descritivo-exploratório, utilizando-se do tipo de pesquisa instrumental, com enfoque na legislação e na jurisprudência pertinentes ao problema de pesquisa.

Nesse contexto, a presente pesquisa pretende descrever, no primeiro capítulo, o conceito de imprevisibilidade das decisões judiciais, sua diferença com a estabilidade jurídica, os principais fatores causadores para o seu surgimento e/ou aumento (o uso do critério subjetivo pelos julgadores, o excesso de leis existentes no País, a elaboração de grande número de leis casuísticas e a falta de uniformização jurisprudencial), bem como suas principais conseqüências no mundo jurídico, na vida dos cidadãos, na economia e no desenvolvimento do País. Buscar-se-á demonstrar que a imprevisibilidade das decisões judiciais viola os princípios baldrames da nossa Constituição Federal, quais sejam: a segurança jurídica, a igualdade e a liberdade.

No segundo capítulo, serão apresentados quatro breves estudos de caso, com o escopo de demonstrar tudo o que foi explicado no primeiro capítulo, a fim de que seja constatado que o

tema em discussão se encontra presente em todas as instancias judiciais, sendo causa de grande inconformismo e desconfiança entre os cidadãos e jurisdicionados.

Ante a análise desses casos concretos, ainda no segundo capítulo, almeja-se demonstrar que, não obstante haver regras de interpretação legislativa, o Poder Judiciário não as observa, o que faz surgir mais um fator que aumenta a imprevisibilidade das decisões judiciais.

Já no terceiro capítulo, serão identificados os principais institutos jurídicos criados com o fim da cessação e/ou diminuição do grau da imprevisibilidade das decisões judiciais: súmulas vinculantes, julgamento antecipadíssimo da lide, repercussão geral, impedimento dos recursos repetitivos para o Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, como tais institutos não estão sendo suficientes, ainda nesse capítulo, serão apresentadas alternativas a serem adotadas pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, bem como pelo Ministério Público em sua função institucional de fiscal da lei, a fim de complementar os referidos institutos que já vêm sendo aplicados.

I IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Trata-se, a imprevisibilidade das decisões judiciais, do surgimento de julgados díspares em casos semelhantes ou até mesmo idênticos, ou seja, é a falta de sintonia e de uniformização na aplicação do direito.

ARAKEN DE ASSIS¹ defende que a uniformidade na aplicação do direito, tornando razoavelmente previsível o desfecho do processo, representa um bem inestimável ao “comércio jurídico”. Destaca ainda que:

[...] a preocupação com julgamentos uniformes para casos similares sempre existiu em todos os ordenamentos e épocas e interessa à ordem jurídica hígida e justa, mais do que alhures, a erradicação da incerteza quanto ao direito aplicável às lides.²

A imprevisibilidade das decisões judiciais sempre existiu no Brasil, contudo, há uma realidade vivenciada em nosso País, demonstrando que o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais vem aumentando bruscamente, e, não só os profissionais da área, mas também os jurisdicionados e os demais cidadãos cada vez mais se surpreendem com o resultado das demandas. Lamentando-o ou comemorando-o, são surpreendidos porque, pelo conhecimento da lei e/ou dos precedentes jurisprudenciais e pela experiência profissional que tinham (no caso dos operadores do direito), nutriam expectativa diversa para o caso.³

Todavia, o grau da imprevisibilidade das decisões judiciais não ocorre por permissão legislativa, pois, desde 1937 há tentativas de combate a esse fenômeno⁴. É certo que mais

¹ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 805.

² *Idem*, p. 805.

³ DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em:

<<https://www.stj.gov.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES>>. Acessado em: 18 de julho 2008.

⁴ Para combater a incerteza quanto ao direito aplicável às lides, “primeiro as Leis do Antigo Distrito Federal e de São Paulo; depois, a Lei 319, de 15.11.1937, e, depois o CPC de 1939 (art. 853) adotaram o venerado recurso de revista. De remota origem romana, e outrora previsto no Código Filipino (Livro 3, Título 95), o recurso não se confundia com a revista adotada no Império Brasileiro. Na feição moderna, a revista objetivava uniformizar a jurisprudência interna do tribunal, relativamente às teses jurídicas, pouco importando a matéria (privada ou pública) objeto do dissídio”. (ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 805.).

notadamente com a publicação do Código de Processo Civil de 1973 e com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que a imprevisibilidade foi mais fortemente combatida em nosso sistema jurídico. A Carta Magna dispõe que é vedada a insegurança jurídica e a desigualdade entre os cidadãos, além de ter outorgado ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF) a função essencial de uniformizadores das jurisprudências do País. Ao passo que o Código Processual Civil traz figuras jurídicas capazes de sanar ou diminuir o grau da imprevisibilidade das decisões judiciais.

Inclusive, observou-se (de forma sucinta, eis que a presente pesquisa ater-se-á somente à situação de imprevisibilidade das decisões judiciais no Brasil), que não é só nosso País que sofre com essa indisposição jurídica. Constatamos isso ao observar o texto de certas constituições, dentre elas a Constituição Austríaca de 1934, a qual prescreve aos juízes tratar da mesma forma as situações entre as quais a legislação não estabelece distinções, mas também vedam introduzir nas próprias leis distinções arbitrárias. Assim também, numerosas decisões do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha vedam o legislador tratar de forma desigual situações essencialmente semelhantes.⁵

O jus filósofo CHAÏM PERELMAN já previa a existência e as conseqüências da imprevisibilidade das decisões judiciais:

Com efeito, muitos ficarão chocados com o tratamento demasiadamente diferente reservado pela fórmula de justiça aplicada a seres que fazem parte, segundo essa característica menosprezada, da mesma categoria essencial. Desejarão apelar à equidade para diminuir essa enorme diferença.⁶

Trouxe ainda a idéia de que se duas pessoas precisam tomar uma decisão em face de uma mesma situação, decidem diferentemente, poder-se-á pretender que cada uma delas pôde agir razoavelmente, ou dever-se-á, ao contrário, afirmar que isso é impossível e que uma delas, pelo menos, deve ter agido de uma forma irracional, em conseqüência de um conhecimento imperfeito dos fatos ou impulsionada por motivos não racionais, tais como a paixão, o interesse ou o capricho? “É esta última eventualidade, pelo menos quando se trata de decisões judiciárias que nos é admitida”.⁷

⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

⁶ *Idem*, p. 351.

⁷ *Idem*, p. 351.

Todas as vezes que, dois homens emitem sobre a mesma coisa um juízo contrário, é certo que um dos dois está enganado, ou, nenhum deles possui a verdade, pois, se dela tivesse um visão clara e nítida, ele poderia expô-la a seu adversário de tal modo que ela acabaria por forçar-lhe a convicção⁸. É impossível que dois enunciados contraditórios sejam verdadeiros simultaneamente, pois a verdade é uma só.

A previsibilidade das decisões judiciais (que é a utilização dos mesmos critérios para o julgamento de casos semelhantes ou idênticos, a fim de que os cidadãos e jurisdicionados se sintam seguros e sejam tratados de forma igual) deve ser buscada constantemente pelos Poderes Estatais, pois, a imprevisibilidade faz surgir grandes conflitos, eis que a disparidade de decisões sobre o mesmo assunto não traz conforto nem tranquilidade para os cidadãos nem para os jurisdicionados.

1.1 Principais fatores que influenciam a imprevisibilidade das decisões judiciais

Trataremos de três causas que influenciam diretamente o surgimento e/ou aumento da imprevisibilidade das decisões judiciais: o critério subjetivo utilizado pelo julgador, o excesso das leis e a ausência de uniformização jurisprudencial.

1.1.1 Critério subjetivo usado pelo julgador

O desacordo sobre uma mesma situação é sinônimo de erro, de falta de racionalidade e de inclusão de critérios subjetivos no momento do julgamento. Assim, é certo que o primeiro fator causador e/ou aumentativo da imprevisibilidade aqui tratada é o uso de critérios subjetivos pelo julgador no momento do julgamento.⁹

⁸ *Idem*, p. 352.

⁹ *Ibidem*, p. 351.

Nesse sentido, é imperioso trazer alguns ensinamentos de PIERO CALAMANDREI que, com sua vasta experiência jurídica, pôde vivenciar situações únicas, das quais escolheu compartilhar com seus leitores. Conta que certa vez conversava com um grande químico e amigo, o qual lhe confessou que o estímulo que guia um cientista nas suas pesquisas não é o amor à humanidade, mas o gosto pessoal de arriscar uma hipótese e verificar, através da experiência, se ela é bem fundada; e a máxima recompensa para o cientista é poder descobrir que a verdade imaginada coincide com a verdade experimentada.

Ao ouvir tal afirmação, CALAMANDREI se perguntou como um jurista poderia aspirar a essa mesma alegria (...), e chegou à conclusão de que o cientista, nas suas pesquisas, tem diante de si a natureza, que é sempre a mesma, e utiliza, para interrogá-la, instrumentos de precisão que não mudam de humor; entre a sua inteligência e o fato não há outro intermediário além do seu microscópio. Mas entre a previsão do advogado e a verdade oficial, que por fim será escrita na sentença, interpõe-se toda uma série de anteparos, através dos quais o fio da previsão se embaraça e freqüentemente se rompe¹⁰. Cada homem ou o mesmo homem reage de maneira diferente e imprevisível aos fatos externos.

Em outro momento de sua vida, que para si fora inesquecível, deparou-se como nunca com a imprevisibilidade das decisões judiciais, quando defendia, no Tribunal de Cassação uma causa relativa a um pretense vício redibitório de um “cavalo mordedor”. O comprador do cavalo, a parte adversária, sustentava que o cavalo tinha o vício de morder, e pedia, por isso, a resolução contratual; mas o tribunal de apelação não admitia o fato de que o cavalo fosse mordedor e, portanto, rejeitou a ação. O comprador derrotado recorreu da decisão. Isso não preocupou em nenhum momento Calamandrei, pois tinha tanta certeza de que o recurso seria rejeitado (precisamente porque em cassação não podia rediscutir o fato) que em sede de audiência renunciou à palavra.

Levantou-se então o julgador, o qual, contrariamente a expectativa de Calamandrei, declarou que o recurso devia ser acolhido. O espanto de Calamandrei foi tanto que ao final aproximou-se do julgador e falou do quão difícil era para os advogados fazer previsões sobre resultados dos recursos. E o julgador lhe respondeu que contra cavalos mordedores nunca se é bastante severo e, contou-lhe que certo dia caminhava pela cidade com seu filho quando um

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juizes, vistos por um Advogado**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 16-18.

cavalo de ar inocente virou-se de repente e deu uma forte dentada no braço de seu pequenino, o qual passou meses sofrendo com a ferida que o cavalo lhe fizera.¹¹

Diante desses ensinamentos percebe-se que jamais o julgador poderá valer-se de critérios subjetivos no momento da decisão, pois, se assim o fizer, estará abraçando a imprevisibilidade, a qual é muito nociva aos operadores do direito, aos jurisdicionados e ao País.

Ademais, vivemos em um Estado de Direito; o Estado se curva às normas constitucionais, ou seja, a fórmula da justiça é imposta e a sua interpretação sujeita ao controle da Suprema Corte. Ressalte-se que, quando o Estado-Juiz julga de acordo com a moral (subjetivismo), é livre para escolher a fórmula da justiça que pretende aplicar e a interpretação que deseja dar-lhe, sendo que a regra adotada resulta da livre adesão da consciência; ao passo que, quando o Estado-Juiz julga de acordo com o direito, deve levar em conta a ordem estabelecida – a regra já existente.¹²

Nesse sentido já dizia PIERO CALAMANDREI: “de que insuspeitadas e remotas vicissitudes pessoais ou familiares derivam com freqüência as opiniões dos juízes e a sorte dos réus”¹³. Dessa forma, com a utilização de critérios subjetivos no momento do julgamento, a correta aplicação da lei fica prejudicada, o que gera a desconformidade das decisões sobre um mesmo assunto, pois, cada julgador tem sua subjetividade.

1.1.2 Excesso das Leis

Ainda que seja o Poder Judiciário o responsável por interpretar as leis, sabe-se que a função de elaborá-las é do Poder Legislativo. Diante disso, surge outro fator causador da imprevisibilidade: o excesso das leis e conseqüentemente, o grande número de leis casuísticas.

O excesso de leis oferece ao julgador uma mobilidade mais ampla no momento do julgamento, gerando a imprevisão, a ausência de clareza e, conseqüentemente, o surgimento das decisões conflitantes sobre o mesmo tema. Quanto maior o número de leis, maior é o grau de

¹¹ *Idem*, p. 21-21.

¹² PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

¹³ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 20.

imprevisibilidade nas decisões judiciais, e, no Brasil, existem normas o suficiente para causar incerteza legislativa e conseqüentemente a imprevisibilidade judicial.

J. J. GOMES CANOTILHO explica que em todo processo legislativo deve ser observado o princípio da determinabilidade das leis:

O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas idéias fundamentais. A primeira é a da *exigência de clareza das normas* legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a *exigência de densidade suficiente* na regulamentação legal, pois um ato legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma *medida* jurídica capaz de: (1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma norma de atuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.¹⁴

Já as leis casuísticas, que são votadas e aprovadas sem a observância da coletividade, visando atingir determinadas pessoas, geram um “tumulto jurídico”, eis que também obrigam os juízes a julgarem de acordo com o calor social e com a opinião da mídia daquele momento. São leis que impedem que a hipótese normativa se reproduza, porque descrevem situações tão particulares que, no momento em que são editadas, já possuem destinatário(s) certo(s).

Conforme os pensamentos de SUZANA DE TOLEDO BARROS¹⁵, se o legislador elege aleatoriamente qualquer fator de diferenciação, sem pertinência de fundo teleológico, ou se estabelece em função da distinção, privilégios ou ônus desmedidos, estará impondo uma dissimetria de tratamento inaceitável e causadora de confusão jurídica. A mesma autora afirma ainda que:

Quando se trata de atribuir vantagens ou impor restrições a certas pessoas, mesmo que a medida legislativa venha disfarçada de lei abstrata e geral, haverá violação do interesse público, porque o legislador não se pode valer da lei para distribuir privilégios, mascarar perseguições ou mesmo para fazer justiça a casos concretos gerando uma disparidade de decisões. Estes comportamentos são incompatíveis com a idéia de Estado de Direito, seja porque ultrapassam o limite que o princípio material da isonomia impõe às funções estatais seja porque

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 259.

¹⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.193.

violam o cânone da separação dos poderes – a lei casuística é nesse sentido, um ato administrativo travestido de ato legislativo.¹⁶

NORBERTO BOBBIO, ao tratar das características da lei, ressalta que deve haver nas leis a generalidade e a abstração. A generalidade, porque a lei deve disciplinar o comportamento não de uma pessoa, mas da coletividade. E a abstração, porque a lei não deve comandar uma ação, mas uma categoria de ações.

Realizando, dessa forma, uma exigência de fundamental importância para que a ordem possa ser conservada: a certeza jurídica, que consiste na possibilidade de um cidadão poder, no âmbito do sistema normativo, prever a consequência do próprio comportamento.¹⁷

1.1.3 Ausência de uniformização jurisprudencial

O terceiro fator que gera e/ou aumenta a imprevisibilidade nas decisões judiciais do País é a ausência de uniformização jurisprudencial, ressalte-se que não por falta de amparo legal, eis que para a unificação de posicionamentos a respeito do mesmo assunto a legislação pátria, além dos enunciados das súmulas dos Tribunais, as quais servem de parâmetro para as demais decisões, apresenta duas importantes figuras, quais sejam, a uniformização de jurisprudência prevista nos artigos 476 ao 479 do Código Processual Civil¹⁸ e os embargos de divergência previsto no art. 546 do referido *codex*¹⁹, e no art. 105, III, c da Constituição Federal.²⁰

¹⁶ *Idem*, p.202.

¹⁷ RISPOLI, Adriana Barzotto. **A Uniformização das Decisões pela Súmula Vinculante**. Revista da AGU, ano VI. n. 58 nov. 2006 *apud* BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Itália: Torino, 1979, p. 276.

¹⁸ Art. 476 - Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único - A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477 - Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478 - O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único - Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479 - O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

A Uniformização de Jurisprudência²¹ é o incidente processual de competência dos tribunais judiciais cujo escopo é a pacificação da divergência *interna corporis* acerca da interpretação do direito em tese²². Contudo, diante inúmeras divergências nos tribunais acerca do mesmo assunto, dúvidas não há quanto ao desuso desse incidente nos tribunais do País.

Os Embargos de Divergência, conforme ensina Araken de Assis²³, é uma espécie de recurso que visa a extinção da divergência existente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, os quais possuem função uniformizadora, sendo neste discutidas as matérias constitucionais e naquele discutidas as matérias infraconstitucionais.

A existência de jurisprudência uniformizada resulta na confiança da sociedade quanto aos seus direitos, bem como no conhecimento das normas formais. Diminui, portanto, a provocação do Poder Judiciário, uma vez que, de uma forma ou de outra, já se conhece a possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional pretendida.

Conforme veremos mais adiante, a falta de uniformidade das decisões judiciais sobre teses jurídicas idênticas, afeta três dos mais relevantes princípios constitucionais: a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade. Destaca-se que, além de princípios estes são considerados pelo preâmbulo da Constituição Federal²⁴ como valores supremos da sociedade de um Estado de Direito.

Parágrafo único - Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

¹⁹ Art. 546 - É embargável a decisão da turma que:

I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial;

II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.

Parágrafo único - Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno.

²⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...]

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

²¹ “Jurisprudência é a reiteração de julgados interpretando o direito em certo sentido, sem força normativa, pretendendo alcançar o ideal de justiça igual para todos os casos que igualmente se submetem à mesma norma legal” (FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 359.).

²² SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 270.

²³ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 812.

²⁴ PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

1.2 Diferença entre imprevisibilidade e estabilidade das decisões judiciais

Como já verificado, a imprevisibilidade das decisões judiciais é a disparidade nas decisões em casos iguais. Já a estabilidade jurídica é a estagnação das decisões mesmo com o passar do tempo e mesmo com a evolução da sociedade de um determinado período histórico para outro.

A estabilidade das decisões judiciais nos remete ao conceito de mobilidade social que nada mais é do que uma das características mais importantes das sociedades contemporâneas, e pode ser entendida como a alteração nas condições em que o indivíduo se relaciona com os outros e com a sociedade como um todo.

Há a consciência de que não se pode exigir do Estado a estabilidade das decisões judiciais, eis que conforme a sociedade evolui, mudam-se os pensamentos, os valores e a moral, surgindo, assim, a necessidade de uma renovação das decisões judiciais. Todavia, pode-se exigir do Estado uma previsibilidade destas decisões, pois não se pode admitir que casos iguais, ocorridos no mesmo momento social e histórico, sejam julgados de maneira diferente.

Sobre a necessidade da previsibilidade nas decisões judiciais já se posicionou VICENTE GRECO FILHO: “a ordem jurídica repugna o fenômeno de casos iguais serem decididos de maneira diferente, mas em contrapartida é preciso evitar a estagnação que poderia ocorrer com a uniformização perene”.²⁵

CHAÏM PERELMAN, discorrendo sobre estabilidade, explica que “qualquer evolução moral, social ou política, que traz uma modificação da escala dos valores, modifica ao mesmo tempo as características consideradas essenciais para a aplicação da justiça”.²⁶

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...]

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

²⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 359.

²⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 31.

Merece destaque ainda o que disse MISABEL ABREU MACHADO DERZI sobre a estabilidade judicial:

Todos sabemos que o sistema jurídico é, do ponto de vista potencial da pluralidade de sentido, da interpretação, aberto, inegavelmente aberto [...]. Ninguém pode desconhecer o inegável: a falibilidade humana, a mutabilidade e a complexidade da realidade social e do direito, a diversidade e a circularidade das fontes de criação jurídica, a existência de conceitos obscuros, indeterminados, das cláusulas gerais e dos princípios abstratos e vagos ou meramente implícitos, a formação da norma “em processo”...

Trata-se antes de saber como o sistema jurídico, dentro da extrema mobilidade do mundo, se presta a fornecer estabilidade, se presta a acolher as expectativas legitimamente criadas e, portanto, a proteger a confiança. Se assim não for, a ordem jurídica se confundirá com os elementos do ambiente, sociais, econômicos, morais... enfim, fundir-se-á com os demais sistemas e desaparecerá como instrumento que possibilita a vida, o convívio e a tomada de decisões assentadas em um mínimo de confiança. Nesse sentido, o sistema jurídico somente opera fechado, e se reproduz a partir de si mesmo, O conhecimento jurídico somente é possível a partir desse fechamento [...].²⁷

SYDNEY SANCHES resume a diferença aqui apontada alertando para o grande mal da imutabilidade do Direito com a existência de uma jurisprudência rígida e estanque, que não acompanha as mudanças da sociedade. Entretanto, considera que há outro grande mal, a anarquia jurisprudencial, que gera a revolta dos litigantes que, em situação idêntica a de outros, têm seu pedido desamparado, enquanto o dos outros foram acolhidos.²⁸

Somente a título de curiosidade, cumpre destacar que o prazo da Ação Rescisória (prevista no art. 485 do CPC) decai somente em dois anos justamente por causa da mobilidade social. Corroborando essa afirmação, o Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO entende que, se em determinado tema houver evolução da jurisprudência, nada é mais certo do que se admitir a ação rescisória²⁹. Ou seja, é de se repugnar a estabilidade das decisões judiciais em um país, ao passo que é dever do Estado garantir a previsibilidade das decisões judiciais aos cidadãos.

Destarte, não há confundir imprevisibilidade das decisões judiciais com estabilidade das decisões judiciais, eis que esta afronta a necessidade de mudanças devido à evolução histórica da

²⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e Suas Conseqüências**. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira. (Orgs.). *Princípio de Direitos Financeiros e tributários*. Rio Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 979.

²⁸ SANCHES, Sidney. **Uniformização da Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 07-08.

²⁹ Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº. 328.812-1.

sociedade, ao passo que aquela traduz desigualdade de decisões em casos semelhantes ou iguais, o que é inadmissível em um Estado de Direito.

1.3 Principais conseqüências da imprevisibilidade das decisões judiciais

A ausência de previsibilidade nas decisões judiciais gera intranqüilidade e atinge não só os jurisdicionados e os operadores do direito, como também toda população, uma vez que atinge fortemente a economia do País, tornando-se, assim, causa aumentativa de conflitos, pois a tendência do ser humano é de não se conformar com a desigualdade das decisões que geram a insegurança jurídica e a violação da liberdade, eis que ficam impedidos de planejar suas vidas por não saberem de qual maneira as leis serão aplicadas.

1.3.1 Violação ao Princípio da Segurança Jurídica

Há quem afirme³⁰ que nossa Carta Magna traz a segurança jurídica não só como princípio constitucional, mas também como valor e direito fundamental.

Segundo EVANDRO DA SILVA BARROS, a segurança jurídica é entendida como valor constitucional no preâmbulo da Constituição Federal e, também como princípio, conforme o disposto no art. 5º e seu inciso XXXVI da Carta Magna³¹. É necessário lembrar que, o texto constitucional, ao introduzir a segurança jurídica como princípio, deu-lhe *status* também de direito fundamental, uma vez que detém a função de conferir direitos aos cidadãos.³²

³⁰ BARROS, Evandro da Silva. Coisa Julgada Inconstitucional e Limitação Temporal para a Propositura da Ação Rescisória. In: GARCIA, Maria. (Org.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55-58.

³¹ 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:

[...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

³² BARROS, Evandro da Silva. **Coisa Julgada Inconstitucional e Limitação Temporal para a Propositura da Ação Rescisória**. In: GARCIA, Maria. (Org.). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista

Ao contrário do que disse EVANDRO DA SILVA BARROS, PAULO BARROS DE CARVALHO afirma que a Segurança Jurídica é tomada pela doutrina majoritária somente como princípio basilar do ordenamento jurídico nacional.³³

Para melhor desenvolvimento deste trabalho, preferimos nos referir à segurança jurídica somente como um princípio, o qual deve ser observado em todos os momentos pelo aplicador do direito.

J. J. GOMES CANOTILHO afirma que “a segurança jurídica é a garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e a realização do direito”³⁴, não sendo, assim, apenas um elemento essencial de um Estado de Direito. Suas idéias nucleares desenvolvem-se em torno de dois conceitos: estabilidade da segurança jurídica, uma vez que as decisões dos poderes públicos não devem ser arbitrariamente modificadas, e previsibilidade do princípio da segurança jurídica que, traduz a certeza e a calculabilidade, por parte dos cidadãos para com o Estado³⁵. Todavia, interessa-nos abordar aqui somente a segurança jurídica sob o ponto de vista da previsibilidade.

A idéia de segurança jurídica reconduz-se ao princípio da proteção da confiança, que é a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos atos dos poderes públicos.³⁶

O cidadão tem o direito de poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seu direito praticado de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os atos jurídicos previstos e calculados no ordenamento jurídico.³⁷

Dessa forma, é fácil perceber que com a imprevisibilidade das decisões judiciais, além da violação ao princípio da segurança jurídica, há, conseqüentemente, violação ao princípio da proteção da confiança, o qual, em suma, traduz a idéia de que o cidadão tem o direito de confiar nos atos emanados dos poderes públicos.

Conforme leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, na Constituição Federal a segurança jurídica pode ser entendida em sentido amplo e em sentido restrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção e estabilidade de situação ou pessoa em vários campos. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios

dos Tribunais, 2004, p. 55-58.

³³ CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pág., 149.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

³⁵ *Idem*, p. 258.

³⁶ *Idem*, p. 257.

³⁷ *Idem*, p. 257.

jurídicos e das decisões judiciais, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.³⁸

Segundo entendimento do Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO em artigo publicado³⁹, a segurança jurídica, para ser compreendida, deve ser examinada como: garantia de previsibilidade das decisões judiciais; meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; veículo garantidor da fundamentação das decisões; obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados; entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante; e fundamentação judicial adequada.

Corroborando esse entendimento, JOAQUIM FALCÃO⁴⁰ listou cinco subtipos de insegurança jurídica, dentre eles, o subtipo que decorre da imprevisibilidade interpretativa, ou seja, da impossibilidade de prever como o juiz decidirá.

Assim, é certo que a segurança deve ser assegurada, na esfera judicial, através da coerência e uniformidade das decisões emanadas do Poder Judiciário, seja na primeira ou segunda instância, ou, ainda, nos Tribunais Superiores, pois, somente dessa forma, será garantida a credibilidade interna (dos cidadãos) e externa (de outros Estados, organismos internacionais e investidores externos).

Devido à insegurança jurídica, quando vista como conseqüência da imprevisibilidade das decisões judiciais, o sociólogo alemão MAX WEBER encontraria em nosso ordenamento jurídico fortes traços do que chamou de “sistema jurídico irracional”, quando afirmou que, em um sistema jurídico racional, as decisões judiciais estão revestidas de um alto grau de previsibilidade e calculabilidade. Conseqüentemente, quanto mais racional for um sistema jurídico, mais os indivíduos confiam em um maior grau de previsibilidade e calculabilidade de suas próprias ações, tornando mais previsíveis e calculáveis as relações dos indivíduos com o ordenamento jurídico.⁴¹

³⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. Brasília: Fórum, 2005. p. 17.

³⁹ DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em:

<<http://www.google.com.br/search?hl=ptBR&q=imprevisibilidade+das+decisoes+judiciais+seguran%C3%A7a+juridica&meta=>>>. Acessado em: 16 de junho de 2008.

⁴⁰ Insegurança Jurídica. Disponível em:

<<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detailhe.jsp?id=46506>>. Acessado em: 27 de julho de 2008.

⁴¹ WEBER, Max. **Economía e Sociedad**. 3. ed. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 604-606.

Por violar fortemente a segurança jurídica, os pleitos iguais não devem ter soluções diferentes quando estiverem dentro do mesmo contexto social e histórico, porque vai de encontro com a opinião pública, que não compreende nem tolera a contrariedade dos julgados, pelo contrário, anseia por segurança. Portanto, uma jurisprudência uniforme e estável é uma realização de justiça.⁴²

Diante disso, cumpre analisar que com a violação ao princípio da segurança jurídica há também uma afronta ao princípio da moralidade e, conseqüentemente, ao princípio da boa-fé e, conseqüentemente ao princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*. Vejamos.

Sabe-se que a moralidade deve estar presente em todos os atos do Poder Público, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. As atividades dos agentes públicos devem, além de traduzir em a vontade de obter o máximo de eficiência, terão ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence⁴³. Assim, tanto infringe a moralidade o agente que para atuar foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional ou jurídica⁴⁴ (o que ocorre quando um aplicador do direito julga casos idênticos de formas desiguais).

Destarte, no momento em que o Estado-Juiz profere decisões díspares acerca do mesmo assunto está atentando contra o princípio da moralidade, eis que além de prejudicar diretamente alguns jurisdicionados e operadores do direito, está deixando de dar a um ou a outro um direito que a lei lhe confere, pois, conforme já dito anteriormente, é impossível haver duas decisões divergentes sobre o mesmo assunto sem que uma esteja desamparada legalmente, sob a ótica jurídica, ou irracionalmente sob a ótica filosófica.

É certo que a imprevisibilidade das decisões jurídicas traduz um comportamento contraditório do julgador que acaba por violar o princípio da moralidade. Nesse sentido, importante ressaltar que, no Direito Privado, há a proibição de comportamento contraditório, adotando-se, para tanto, o princípio da proibição do *venire contra factum proprium*, o qual é derivado do princípio da boa-fé objetiva e obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. Ou seja, há a proibição de inesperada mudança de comportamento (vedação de comportamentos incoerentes),

⁴² SANCHES, Sidney. **Uniformização da Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 07-08 e 51.

⁴³ Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que é seu - *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere; neminem non laedere; suum quique tribuere*. (Enio Domitius Ulpianus).

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

para não atingir a tutela jurídica da confiança das partes envolvidas⁴⁵, o que ofenderia fatalmente a boa-fé.

HELY LOPES MEIRELLES entende que:

A moralidade se compara à boa-fé objetiva do Direito Privado, na qual é vista como uma norma de comportamento leal ou um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, ao qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade.⁴⁶

Diante disso, como a moralidade e a boa-fé possuem os mesmos objetivos, é patente a seguinte conclusão: cada vez que o Estado-Juiz decide o mesmo assunto de maneira diferente, vai contra fato próprio, atentando contra o princípio do *venire contra factum proprium*, eis que este se encontra na boa-fé objetiva do Direito Privado, que por sua vez, se compara à moralidade prevista no Direito Público. Assim, cada vez que o Estado-Juiz julga de maneira diversa causas idênticas atenta contra o princípio da moralidade administrativa e seus desdobramentos.

É certo que todos os agentes públicos devem agir pautados de moralidade e de boa-fé, não podendo, jamais, agir contraditoriamente, mas sempre objetivando a não violação dos princípios constitucionais da proteção da confiança, da segurança jurídica e da moralidade.

Nas palavras do Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO, o princípio da moralidade sempre deve ser observado para assegurar a segurança jurídica:

A segurança jurídica representa confiabilidade no Sistema Legal aplicado, o qual deve traduzir ordem e estabilidade, com base na observância dos princípios da igualdade, da legalidade e da moralidade [...], e da não mudança injustificada de orientação jurisprudencial.⁴⁷

Assim, é patente afirmar que a imprevisibilidade das decisões judiciais que assola nosso ordenamento jurídico viola o princípio constitucional da segurança jurídica que reflete também numa violação aos princípios da proteção da confiança e da moralidade.

⁴⁵ Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 517.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

⁴⁷ DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em:

<<https://www.stj.gov.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES>>. Acessado em: 03 de janeiro de 2008.

1.3.2 Violação ao Princípio da Igualdade

“A noção de justiça sugere, inevitavelmente, a idéia de igualdade”.⁴⁸

Prescreve o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que “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 igualdade, [...]”.

A igualdade de todos os seres humanos deve ser compreendida em igualdade material e igualdade formal⁴⁹. Entende-se por igualdade material o tratamento equânime e uniformizado para com todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que tange às possibilidades de concessão de oportunidades. Contudo, mesmo sendo humanitária e desejável, a idéia de igualdade material nunca se caracterizou em uma sociedade. Logo, a igualdade que mais interessa ao operador do direito não é a igualdade material, mas sim a formal. A igualdade formal é aquela prescrita pela lei, ou seja, é a igualdade concedida aos cidadãos através dos textos legais.

A respeito da igualdade formal, que como já dito, é a que nos interessa, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ensina que “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.⁵⁰ Leciona ainda que “o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais”.⁵¹

Ademais, para haver uma desigualdade, esta deve ter, imprescindivelmente, respaldo na lei e ainda deve ser conveniente e pertinente:

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.⁵²

⁴⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 14.

⁴⁹ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 225 e CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426.

⁵⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11.

⁵¹ *Idem*, p. 12.

⁵² *Idem*, p. 19.

Destaca-se que a lei brasileira não prevê tratamento específico que seja capaz de amparar a imprevisibilidade das decisões judiciais. Não sendo assim, em nenhum momento, justificada a violação ao princípio da igualdade devido à ausência de previsibilidade.

Quando se fala em “igualdade” é impossível não observar os ensinamentos de HANS KELSEN: “a única norma que pode valer como princípio de justiça e igualdade é a norma segundo a qual todos devem ser tratados igualmente, sem que nenhuma das desigualdades que efetivamente existem devam ser tomadas em consideração”.⁵³ A igualdade perante o Direito exige que a norma seja aplicada a todos os casos que se enquadrem na sua hipótese, sem fazer discriminação das pessoas que a norma atinja.

Importante frisar que de nada adianta que a igualdade prevista na lei (igualdade formal) seja aplicada com interpretações diversas ou contraditórias, pois continuará havendo desrespeito ao princípio da igualdade. Em outras palavras, não é apenas a lei, norma geral, que deve ser igual para os iguais, mas também a jurisprudência (as decisões judiciais), que nada mais é do que a interpretação da lei.

Desta forma, percebe-se que, quanto mais há a imprevisibilidade das decisões judiciais, mais se viola o princípio da igualdade, eis que, enquanto um litigante tem seu pleito julgado procedente, outro que se encontra na mesma situação jurídica tem seu pleito julgado improcedente.

Assim, conclui-se que se as decisões das lides em juízo em situações idênticas são antagônicas, não há igualdade entre os cidadãos.

RONALD DWORKIN defende que somente se observando a igualdade na prestação jurisdicional e na formação dos julgados é que o sistema judiciário poderá ser estruturado e coerente⁵⁴. Ou seja, a igualdade deve começar de dentro do Poder Judiciário e após ser transmitida aos jurisdicionados e aos demais cidadãos.

Dúvidas não há que situações de imprevisibilidade nas decisões judiciais ferem bruscamente o princípio da igualdade, pois, deixam em posições extremas cidadãos que pleiteiam em juízo o mesmo direito, causando sempre, em um ou em outro, sentimento de injustiça, de desconforto e de inferioridade.

⁵³ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 55-56.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 225.

1.3.3 Violação ao Princípio da Liberdade

JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que liberdade “deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”⁵⁵. Ou seja, a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.

A história mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução humana. Fortalece-se e se estende à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante. No Brasil, o direito à liberdade, sem dúvida, é o baldrame dos direitos fundamentais, mais especificadamente os da primeira dimensão.⁵⁶

KELSEN diz que a liberdade, em sua forma originária, não permite nenhuma norma limitadora da conduta do homem em face dos outros. Por isso, a idéia de liberdade deve sofrer transformação para se tornar um princípio social e de justiça.⁵⁷

No contexto em que estamos estudando, a liberdade está presente em uma sociedade quando cada um sabe o resultado dos seus atos e as conseqüências de suas ações. Assim, o cidadão tem o direito de saber quais normas serão aplicadas e como serão aplicadas, ao menos em tese, pois a liberdade de interpretação do magistrado não pode jamais afetar a liberdade do jurisdicionado, que é totalmente violada quando não tem condições de saber as conseqüências de seus atos.

Por isso, há a necessidade de buscar decisões judiciais homogêneas, pois, assim, os cidadãos poderão planejar suas vidas ao saber como as leis serão aplicadas, em tese.

Diante disso, percebe-se que a imprevisibilidade das decisões judiciais viola, também, a liberdade dos cidadãos no momento em que estes não possuem conhecimento dos resultados e

⁵⁵ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 233.

⁵⁶ Sobre as dimensões dos direitos fundamentais: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 234; PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 93-95.

⁵⁷ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 49.

conseqüências dos atos que assumem perante a sociedade, como por exemplo, os resultados e conseqüências ante a celebração de um simples contrato.

Portanto, é certo que a racionalidade e a coerência no momento da aplicação do direito em cada caso concreto é a garantia da liberdade. A sociedade precisa de decisões uniformes para usufruir a liberdade que lhe foi conferida pela Constituição Federal.

1.3.4 A economia do País ante a imprevisibilidade das decisões judiciais

Não podemos deixar de mencionar, mesmo que em breves palavras, o mal que a imprevisibilidade das decisões judiciais traz à economia do País. Entre os economistas, é pacífico o entendimento que a imprevisibilidade das decisões judiciais é causa prejudicial para a economia do País.

Segundo FÁBIO ULHOA COELHO, a imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de qualquer país, pois ao invés de investidores de longo prazo, a imprevisibilidade acaba por atrair especuladores, interessados somente em aportar seus capitais a curtíssimo prazo.⁵⁸ Nas palavras deste mesmo autor:

[...] a falta de segurança jurídica distorce o sistema de preços, ao elevar o risco e custo dos negócios; desencorajar investidores e a utilização do capital disponível; estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala; e diminui a qualidade da política econômica, tornando-a mais instável e deixando de coibir a expropriação do Estado, desestimulando, dessa forma, o investimento, a eficiência, o progresso tecnológico e, por conta de vários desses fatores, as exportações.

A ausência de previsibilidade nas decisões judiciais distorce a economia ao elevar o risco e incerteza, desencorajando que os investidores utilizem seus capitais em empreendimentos complexos e arriscados.

ARMANDO CASTELAR PINHEIRO explica que, quando um investidor deseja realizar transações econômicas em um determinado país, seus olhos voltam-se também para seu

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **A Justiça Desequilibrando a Economia**. Disponível em: <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=354>>. Acessado em: 20 de julho de 2008.

funcionamento jurídico (no que diz respeito à rigidez e à seriedade com que os contratos são enfrentados pelos agentes econômicos nacionais e pelos magistrados nacionais), pois, é certo que, se o país oferece maiores riscos nos investimentos, haverá uma maior probabilidade de futuramente o contrato não se cumprir e, quando for necessário recorrer ao sistema judiciário local e este não ratificar o que foi acordado, o investidor restará prejudicado. Assim nenhum investidor aplica capital em um país que é assolado pela imprevisibilidade nos julgados judiciais.⁵⁹

MICHAEL ZAIDAN FILHO, corrobora o entendimento de que a falta de previsibilidade nas decisões judiciais afeta a economia do país:

[...] essa falta de previsibilidade jurídica leva à falta de segurança por parte daqueles que investem no País, tornando-se empecilho ao desenvolvimento nacional, e afetando também o cidadão, que não sabe quais regras do jogo que vão prevalecer.⁶⁰

Para finalizar, é importante transcrever as palavras de MISABEL ABREU sobre o assunto:

A insegurança e a imprevisibilidade quanto às decisões judiciais desencadeiam perdas altamente nocivas ao país, não apenas políticas, jurídicas e econômicas, mas ainda colaboram para abalar a credibilidade nas instituições oficiais, no Estado e na palavra oficial de governo. Enfim, atingem o cerne da República democrática.⁶¹

Destarte, podemos concluir que não há qualquer benefício com a imprevisibilidade das decisões judiciais, eis que esta começa por violar princípios baldrames de um Estado de Direito (segurança jurídica, igualdade e liberdade) e acaba afetando a economia de todo o País. Prejudicando, assim, não só os jurisdicionados e os operadores do direito, como também todos os cidadãos, tendo em vista que dependem diretamente da economia do País para sobreviverem, e, ainda, grandes investidores, pois se vêem impedidos de aplicar capitais em um País que não possui nenhuma previsibilidade em suas decisões judiciais.

⁵⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. **Reforma e Economia: A Visão dos Magistrados**. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf>. Acessado em: 24 de julho de 2008.

⁶⁰ ZAIDAN FILHO, Michael. **A Ética na Administração da Justiça**. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/noticias/976/michel_zaidan_aborda_imprevisibilidade_da_justica_no_pais.html>. Acessado em: 02 de janeiro de 2009.

⁶¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e suas Conseqüências**. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira. (Orgs.). **Princípio de Direitos Financeiros e Tributários**. Rio Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 961.

II CASOS CONCRETOS DA IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

É importante trazer casos concretos da imprevisibilidade das decisões judiciais, a fim de demonstrar que esta figura é real e está cada vez mais próxima de todos nós.

Os casos concretos em que podemos perceber claramente a presença da imprevisibilidade das decisões judiciais em nosso ordenamento jurídico são incontáveis e estão presentes em todas as esferas e cortes judiciais e, para comprovar esta afirmação, serão analisados, resumidamente, a título exemplificativo, um caso existente no Supremo Tribunal Federal (STF); um caso existente no Superior Tribunal de Justiça (STJ); um caso existente no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT); e um caso existente nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais de Brasília.

2.1 Supremo Tribunal Federal - denúncia genérica nos crimes societários

A denúncia nada mais é do que a peça vestibular da ação penal pública, na qual se descreve os fatos e o conteúdo da acusação a fim de que ao final da *persecutio criminis in iudicio* seja o acusado condenado pela prática nela descrita. Segundo o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal (CPP) a denúncia conterá “[...] a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas”.

Todavia, quando se trata de crimes societários (crimes contra a ordem tributária, financeira ou previdenciária), na maioria dos casos é impossível especificar a correspondência concreta entre a conduta e o agente. Ou seja, há uma incerteza quanto à realização dos fatos,⁶² surgindo, assim, a chamada denúncia genérica, na qual o Ministério público não possui condições

⁶² Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 158.

de individualizar a conduta de cada agente, e, na maioria das vezes também não possui condições de individualizar os próprios agentes.

Analisando a aplicação do artigo 41 do Código Processual Penal (CPP) aos crimes societários é que surge a divergência dentro da Suprema Corte: para alguns ministros é cabível a denúncia genérica nos crimes societários e para outros ministros não é cabível. Dessa forma, há duas decisões díspares sobre este tema no Supremo Tribunal Federal.

Os ministros que decidem pela admissibilidade da denuncia genérica (Carlos Brito, Cármem Lúcia, Ellen Gracie, Menezes Direito), afirmam que nos crimes societários não há possibilidade de a denúncia discriminar os atos específicos de cada agente, bastando, assim, a descrição homogênea dos fatos (HC 94773/SP; HC 88525/SP; HC 94670/RN; HC 90323/RS).

Corroborando esse entendimento, JULIO FABBRINI MIRABETE ensina que “pela própria natureza da conduta criminosa, como nos crimes societários, de autoria coletiva ou multitudinários, não se pode exigir que a denúncia discrimine atos específicos de cada um”.⁶³

Já os ministros que decidem pela inadmissibilidade da denúncia genérica (Celso de Melo, Cesar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio), afirmam que está espécie de denúncia é incompatível com os princípios essenciais que regem o Estado de Direito, quais sejam: ampla defesa e contraditório, os quais estão diretamente vinculados ao princípio do devido processo legal, pois, para que a defesa seja ampla o agente deve ter o amplo conhecimento do fato que lhe está sendo imputado, ou seja, a admissibilidade da denúncia genérica é uma afronta aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, e, nesse sentido julgam pela inépcia da denúncia (HC 93683/ES; HC 84409/SP; HC 85327/SP; HC 89427/BA).

SUZANE FARIAS MACHADO MORAES é adepta ao entendimento de que a denúncia genérica deve ser inadmissível:

Não há como aceitar o fato de alguém, por ser sócio ou exercer atividade de administração, seja responsável pela conduta criminosa praticada. A denúncia é peça essencialmente narrativa, na qual se narra a conduta praticada pelo acusado. Se essa narrativa é deficiente ou se a prova da conduta criminosa de cada um dos acusados vem a lume somente durante a instrução criminal, é imperioso dizer que não há ação penal, por total falta de justa causa para a propositura da ação penal, implicando a inépcia da denúncia.⁶⁴

⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.

⁶⁴ MORAES, Suzane de Farias Machado. Denúncia Genérica nos Crimes Contra a Ordem Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 89, p. 85-91, fev. 2003.

Diante dessa situação, a defesa (dos acusados por denúncia genérica que se encontram presos preventivamente) interpõe *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal e, somente no momento da distribuição do *writ* é que há o conhecimento se este será denegado ou concedido, eis que a concessão dependerá de qual ministro julgará o *Habeas Corpus*. Dessa forma, quando o *Habeas Corpus* (fundamentado na inépcia da denúncia genérica) for distribuído para um dos ministros que admitem a possibilidade da referida denúncia, é certo que o *writ* será denegado, todavia, caso seja distribuído para um dos ministros que não admitem a possibilidade da denúncia genérica, o *writ* será concedido.

Assim, é nítida violação dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, eis que enquanto uns acusados estarão respondendo ao processo em liberdade ou sequer serão denunciados com base na inépcia da denúncia; outros responderão o processo privados de sua liberdade e poderão até mesmo ser condenados pela prática do crime societário.

2.2 Superior Tribunal de Justiça – retratação à renúncia dos alimentos em sede de separação ou divórcio

A controvérsia deste caso se resume no fato de o cônjuge que renunciou aos alimentos em sede de separação ou divórcio ter ou não ter direito à retratação dessa renúncia. As 3^o e 4^a Turmas Cíveis do Superior Tribunal de Justiça entendem que não assiste ao cônjuge que tenha renunciado aos alimentos o direito de reaver os alimentos renunciados, ao passo que as 5^a e 6^o Turmas de Direito Público entendem que o referido direito, caso se refira à pensão previdenciária, deve ser concedido.

Ressalte-se que não há motivos plausíveis para a existência desta controversa, pois, além do Código Civil em seu art. 1.707 dispor expressamente que “[...] é vedado renunciar o direito a alimentos”, o enunciado n^o. 336 da súmula do próprio Superior Tribunal de Justiça decanta que “a mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”. No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal sumulou em seu enunciado n^o. 379 dispondo que “no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados posteriormente,

verificados os pressupostos legais”. Destarte, o guardião das normas infraconstitucionais (STJ) atenta contra a moralidade administrativa (que conforme já explicado no primeiro capítulo é sinônimo da boa-fé objetiva prevista no Direito privado) no momento em que age de forma contraditória aos seus próprios atos (*venire contra factum proprium*) quebrando a confiança que os cidadãos depositavam em seus julgados. Ou seja, no mesmo momento que edita um enunciado sumular a fim de conferir previsibilidade aos julgamentos sobre determinado assunto, no caso concreto, julga de maneira diversa do disposto no referido enunciado.

A alegação das 3ª e 4ª Turmas Cíveis é no sentido de que a renúncia aos alimentos pelo cônjuge é manifestação de vontade livre, logo, válida, pois, apenas os alimentos derivados do parentesco são, em princípio, irrenunciáveis, sendo que o parentesco entre os cônjuges é rompido no momento da separação ou do divórcio. Assim, o dever de mútua assistência entre os cônjuges rompe-se quando é desfeito o casamento, seja por meio da separação ou por meio do divórcio (RESP 48550/SP; RESP 578511/SP; RESP 37151/SP; RESP 85683/SP; RESP 70630/SP; RESP 254392/MT). Confirmando esse entendimento, ARNOLDO WALD conclui que

[...] com o advento e a conseqüente possibilidade dos divorciados contraírem novo casamento, é indiscutível que os alimentos podem ser objeto de renúncia em virtude de acordo entre as partes, A jurisprudência reconhece de modo manso e pacífico que, dissolvido o casamento pelo divórcio, desaparecem as obrigações entre os antigos cônjuges.⁶⁵

O enunciado 263 da III Jornada de Direito Civil ampara esse posicionamento:

O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da “união estável”. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família.

Em sentido contrário, com estrita observância ao enunciado sumular 336 da própria corte, ao enunciado sumular 379 do Supremo Tribunal Federal, e ainda ao disposto no art. 1.707 do Código Civil (normas acima transcritas), as 5ª e 6ª Turmas de Direito Público entendem que é devida pensão por morte ao ex-cônjuge separado judicialmente ou divorciado, caso se refira a pensão previdenciária, uma vez demonstrada a necessidade econômica superveniente, ainda que tenha havido dispensa dos alimentos por ocasião da separação, pois, os alimentos são

⁶⁵ WALD, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.138.

irrenunciáveis (RESP 195919/SP; RESP 668207/MG; RESP 196678/SP; RESP 202759/SP; RESP 178630/RS; AGRESP 577349/SC).

Insta ressaltar que quando é interposto o incidente processual de Uniformização de Jurisprudência, a fim de tornar previsíveis os julgados da situação em comento, o Superior Tribunal de Justiça nega provimento ao referido incidente com a alegação de que “é inviável, em sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, dirimir divergência, conforme os termos do artigo 14, § 4º da Lei 10.259/2001, quando não houver, nesta Corte, posicionamento dominante sobre o assunto em discussão” (AGA 4992/PR; AGA 668204/MG).

Dessa Forma, percebe-se que enquanto alguns cônjuges têm seu pleito julgado procedente, caso seja julgado pelas 5ª e 6ª Turmas de Direito Público, outros têm seu pedido negado, caso seja analisado pelas 3ª e 4ª Turmas Cíveis. Assim, é clara a insegurança jurídica causada nos jurisdicionados, a desigualdade no julgamento de casos idênticos, e falta de liberdade dos cidadãos por não terem a previsibilidade das conseqüências de seus atos.

2.3 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – posse de candidato aprovado em concurso público quando se encontra respondendo processo criminal

A celeuma dessa questão é voltada para a legalidade ou ilegalidade de um candidato aprovado em concurso público ser impedido de tomar posse por estar respondendo a processo criminal. Em todos os editais regulamentares de concurso público há a exigência de que o candidato não esteja respondendo a processo criminal, pois, caso esteja, será eliminado do certame.

Assim, no momento em que o candidato é impedido de prosseguir no certame por estar respondendo a processo criminal, impetra mandado de segurança a fim de reverter tal situação, contudo, não são todos os impetrantes que têm o *writ* concedido, eis que há no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios duas posições antagônicas sobre o tema.

Os julgados que denegam o *writ* possuem a argumentação de que os cargos públicos por constituírem as estacas mestras da Administração precisam de um controle maior, e de que somente pessoas ilibadas os ocupem. Do contrário não se pediria investigação social, pedir-se-ia

somente certidão negativa. Mas o legislador autorizou a investigação social, que é mais ampla do que uma simples certidão negativa, porque esta é restrita ao fato criminoso. Não basta que o indivíduo não tenha sofrido penalidades na esfera criminal, é preciso que tenha um passado ilibado para poder ocupar um cargo público. Ademais, compete ao administrador público o dever de optar pelo que melhor servir à Administração, de modo que, em se tratando de contratação de servidores, sob pena de improbidade, haverá de escolher o particular que oferecer melhores condições ou o indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública (MS 177697; APC 134473; APC 105888; APC 89055).

Em sentido contrário, há julgados dentro da mesma corte judicial que afirmam ser inadmissível o fato de um candidato ser eliminado do certame por estar respondendo a processo criminal tendo em vista aos princípios da presunção da inocência e do devido processo legal, pois, um simples inquérito ou uma ação penal não tem o condão de desconstituir do estado de inocência do acusado. Suscitam, além do art. 5º, LVII da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“Toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente comprovada no decurso de um processo público em que todas as garantias de defesa lhe sejam asseguradas”). Nesse sentido: APC 319159; APC 271623; APC 220141; APC 129423.

Dessa forma, percebe-se que alguns candidatos são extremamente prejudicados por terem o mandado de segurança denegado, enquanto outros candidatos se valem do princípio constitucional de presunção de inocência e são autorizados a continuar no certame. Isto demonstra nitidamente a insegurança jurídica, a desigualdade e a falta de liberdade até aqui tão mencionada.

2.4 Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Distrito Federal – restituição da assinatura básica de serviços telefônicos

Em pesquisa realizada, constatou-se que, desde o final do ano de 2006 até dezembro de 2008, foram ajuizadas cerca de 40 mil demandas em desfavor da Brasil Telecom (nos Juizados

Especiais do Distrito Federal), com o idêntico pedido de obter em dobro a cobrança da assinatura básica mensal que esta empresa realiza indevidamente.

Ressalte-se que a maioria das demandas foram propostas nos Juizados Especiais, posto não exista óbice para o ajuizamento nas Varas comuns. Analisaremos aqui, para não prolongar o trabalho, somente as decisões díspares em nível de Turmas Recursais do Juizado Especial de Brasília.

As principais argumentações do consumidor (pólo ativo da demanda) na peça vestibular e em sede recursal são de que os serviços públicos remunerados por tarifa, ao contrário da taxa, somente é exigível se o serviço é efetivamente utilizado, sendo incabível a cobrança pela singela circunstância de o aparelho telefônico estar disponível para chamadas. Logo, a cobrança da assinatura básica é prática abusiva e enriquecimento sem causa. Por isso, o pedido da devolução em dobro com base no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 940 do Código Civil.

De outro lado, a Brasil Telecom (pólo passivo da demanda) suscita em sede de preliminar a incompetência dos Juizados Especiais, pela complexidade da causa e a necessidade da ANATEL integrar o pólo passivo da ação – o que deslocaria a competência para o âmbito da Justiça Federal. No mérito, sustenta que o pleito do consumidor não tem amparo legal, uma vez que a cobrança de assinatura básica apóia-se na Lei 9.472/97 e em normas da ANATEL, além de destinar-se ao funcionamento contínuo e ininterrupto do serviço colocado à disposição do consumidor. Enfatiza que a cobrança da assinatura básica é legítima e está prevista em contrato celebrado junto àquela agência e que a declaração de sua ilegalidade afetaria o equilíbrio econômico-financeiro do pacto firmado.

Em sede de juizados especiais, as decisões foram bem diversificadas para dar ou não provimento ao pedido formulado pelo consumidor, contudo, contra tais decisões sempre uma parte ou outra interpuseram recurso inominado, a fim de que uma das duas Turmas Recursais do Distrito Federal decidisse pela manutenção, cassação ou reforma da sentença de primeiro grau.

Para a surpresa de muitos, para esse caso, existem até hoje nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais⁶⁶ aqui no Distrito Federal seis decisões diferentes:

- 1) Recurso improvido e extinto com resolução do mérito com base nas argumentações da Brasil Telecom;
- 2) Recurso improvido e extinto sem resolução do mérito por

⁶⁶ Existem no Distrito Federal somente duas Turmas Recursais.

ilegitimidade ativa *ad causam*, eis que o consumidor não provou a relação jurídica existente com a Brasil Telecom quando deixou de juntar aos autos as cópias das contas telefônicas;

3) Parcialmente provido para condenar a devolução somente das contas juntadas aos autos. Destaca-se que raras foram as pessoas que conseguiram juntar aos autos as cópias das contas telefônicas, com seu respectivo comprovante de pagamento;

4) Parcialmente provido para condenar a devolução simples dos últimos cinco anos, independentemente da juntada das cópias das contas telefônicas aos autos;

5) Parcialmente provido para condenar a Brasil Telecom à devolução simples dos últimos cinco anos e determinar que se abstenha de realizar a cobrança da assinatura básica sob pena de multa por cada cobrança. Destaca-se que esta multa variou entre R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 1.000,00 (mil reais);

6) Parcialmente provido para determinar que a Brasil Telecom se abstenha de realizar a cobrança da assinatura básica sob pena de multa por cada cobrança, sem ter o consumidor direito a ressarcimento das quantias pagas indevidamente.

Diante dessa problemática, as partes requerentes das demandas em comento que obtiveram decisões desfavoráveis ante a tantas decisões favoráveis, sentiram-se injustiçadas e tratadas de maneira desigual pelo Estado, o que gerou a quebra da confiança que haviam depositado no Poder Judiciário.

Isso foi um afronta aos cidadãos brasileiros e aos operadores do direito, eis que tiveram a sensação de que o Poder Judiciário brasileiro nada mais é do que um “jogo de loteria”, onde se ajuízam os processos e ficam na torcida e na expectativa para que sejam distribuídos para o julgador que mais lhe agradam.

Percebe-se, sem dificuldade, no caso em estudo, a forte violação dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, porque, em suma, os cidadãos não tinham mais uma noção de calculabilidade e de previsibilidade em relação aos julgados; não obstante estarem pleiteando a mesma coisa muitos ficaram em posições antagônicas e viram quebrada a liberdade que lhes foi conferida pela Carta Maior do Estado no momento em que foram privados de saber

dos resultados e das conseqüências dos seus atos, ou seja, os resultados e as conseqüências do contrato entabulado por cada um com a Brasil Telecom. Destaca-se que, enquanto alguns consumidores ganharam cerca de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) devido à multa aplicada pelo julgador para que a Brasil Telecom se abstinhasse de cobrar a assinatura básica, outros consumidores não ganharam nem R\$ 1.00 (um real).

Merece salientar a visão que os investidores tiveram do Poder Judiciário do Brasil, ao enxergarem tamanha imprevisibilidade nas decisões. É certo que a disparidade das decisões sobre o mesmo caso não apóia os investidores aplicarem seus capitais no Brasil, pois o Poder Judiciário não lhes oferece nenhuma segurança.

Como este caso versa sobre demandas que tramitam nos Juizados Especiais, não podemos deixar de mencionar a impossibilidade de reforma ou cassação das decisões das suas Turmas Recursais, pois a Lei que disciplina os Juizados Especiais Estaduais (Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995) não instituiu um órgão para uniformizar as decisões emanadas das Turmas Recursais, a não ser que a causa verse sobre matéria constitucional e de relevante valor político, jurídico, econômico ou social, sendo este o único caso em que caberá Recurso Extraordinário (instituto jurídico da Repercussão Geral).⁶⁷

Destarte, além de os cidadãos se depararem com essa situação de imprevisibilidade, correm o risco de não existir um órgão que possa unificar o entendimento sobre a legalidade ou ilegalidade da assinatura básica, pois até a presente data o STF não admitiu a repercussão geral deste tema.

Dessa forma, pôde ser observado que a imprevisibilidade está presente em todo o ordenamento jurídico: entre os juízes de primeira instância; entre desembargadores integrantes da mesma Seção, Turma ou do mesmo Tribunal; entre Ministros e, ainda, nos juizados Especiais. E, conforme analisado no primeiro capítulo deste trabalho, há a proibição de comportamentos contraditórios, a fim de se evitar a quebra da confiança e de se preservar a moralidade administrativa.

⁶⁷ Constituição Federal - Art. 102 [...]

[...]

§ 3º - No Recurso Extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Código de Processo Civil - Art. 543-A [...]

[...]

§ 1º - Para efeito da repercussão geral será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses da causa.

2.5 Interpretação do conteúdo das leis

Interpretar uma lei significa extrair o seu sentido e o seu alcance, procurando correlacionar o conteúdo que o texto traz com a realidade vivida. Na lição de CARLOS MAXIMILIANO, “interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; extrair o que na norma contém”.⁶⁸

O jurista português JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO ensina que:

Há uma certa tendência para confundir ‘interpretação’ com ‘interpretação complexa’ e supor que se a fonte é clara não ocorre fazer interpretação. Há mesmo um brocardo que traduz essa orientação: *in claris non fit interpretatio*. Perante um texto categórico da lei, por exemplo, o interprete limitar-se-ia a tomar conhecimento. [...]. Até para concluir que a disposição legal é evidente foi necessário um trabalho de interpretação.⁶⁹

A interpretação do conteúdo das leis existe não para gerar mais conflito, mas, ao contrário, para dirimir dúvidas e os próprios conflitos. Conforme já transcrito no Capítulo I deste trabalho, se duas pessoas precisam tomar uma decisão em face de uma mesma situação, decidem diferentemente, poder-se-á pretender que cada uma delas pôde agir razoavelmente, ou dever-se-á, ao contrário, afirmar que isso é impossível e que uma delas, pelo menos, deve ter agido de uma forma irracional, em consequência de um conhecimento imperfeito dos fatos ou impulsionada por motivos não racionais, tais como a paixão, o interesse ou o capricho? “É esta última eventualidade, pelo menos quando se trata de decisões judiciais que nos é admitida”.⁷⁰

Destaca-se que no Brasil não se admite a idéia de que uma norma constitucional originária possa ser inconstitucional⁷¹, e, por isso, todas as demais normas devem ser interpretadas com a estrita observância da Norma Suprema (Constituição Federal) e dos princípios nela dispostos (dá-

⁶⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 198.

⁶⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral – uma Perspectiva Luso-Brasileira**. 2. ed. Brás., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 403.

⁷⁰ *Idem*, p. 351.

⁷¹ Nesse sentido: PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 692.

se a essa regra o nome de hermenêutica constitucional)⁷². Assim, é certo que a interpretação das decisões deve obediência aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, a fim de que não surjam interpretações judiciais em dissonância com a Constituição Federal.

Destarte, nos casos de imprevisibilidade das decisões judiciais não há nenhuma compatibilidade com o que se chama de interpretação do conteúdo das leis e sequer de hermenêutica constitucional, já que a finalidade da interpretação é de dirimir dúvidas e conflitos e não de aumentar, sendo que sempre quando existir interpretações divergentes acerca do mesmo assunto é sinal de que uma das interpretações está errada; ao passo que a finalidade da hermenêutica constitucional é de que toda interpretação esteja de acordo com o texto da Constituição Federal.

Percebemos, então (diante da análise dos breves estudos de caso narrados neste capítulo, bem como da leitura da breve explanação de interpretação dos conteúdos das leis) que um grande problema que ocorre na realidade jurídica contribuindo a favor da imprevisibilidade das decisões judiciais, bem como de seus principais fatores geradores, diz respeito à interpretação das normas, pois se fossem obedecidas as regras de hermenêutica jurídica não haveria tanta disparidade nos julgados.

⁷² Sobre hermenêutica Constitucional: COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 183 e seg.

III ALTERNATIVAS PARA A CESSAÇÃO OU DIMINUIÇÃO DO GRAU DA IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Seria inverídico afirmar que não se buscam alternativas com o fim de amenizar a imprevisibilidade das decisões judiciais, pois, como já explicado no primeiro capítulo, desde 1937, há tentativas de combate dessa prática⁷³. No entanto, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, o legislador juntamente com o Poder Judiciário vêm criando e aplicando institutos jurídicos mais efetivos com este objetivo.

É certo que temos os enunciados das súmulas de cada Tribunal, as quais são destinadas à uniformização dos julgados, contudo, sabemos que cada juiz, desembargador ou ministro quer ter seu entendimento pessoal sobre o assunto e, em alguns casos, sequer observam o que dispõe tais enunciados.

Assim, perceberemos que medidas mais eficazes vêm sendo criadas a partir de dezembro 2004, com a publicação da referida Emenda Constitucional (vêm sendo criados institutos com o principal escopo de conferir celeridade aos processos judiciais e de uniformizar as decisões dos julgadores, ou seja, de diminuir o grau de interpretação individual do conteúdo das leis). Vejamos.

3.1 Súmulas Vinculantes

⁷³ Para combater a incerteza quanto ao direito aplicável às lides, “primeiro as Leis do Antigo Distrito Federal e de São Paulo; depois, a Lei 319, de 15.11.1937, e, depois o CPC de 1939 (art. 853) adotaram o venerado recurso de revista. De remota origem romana, e outrora previsto no Código Filipino (Livro 3, Título 95), o recurso não se confundia com a revista adotada no Império Brasileiro. Na feição moderna, a revista objetivava uniformizar a jurisprudência interna do tribunal, relativamente às teses jurídicas, pouco importando a matéria (privada ou pública) objeto do dissídio”. (ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 805.)

A expressão “súmula vinculante” significa o mesmo que “súmula da jurisprudência predominante do Tribunal, com efeito vinculante”⁷⁴. Há muito se discutia sobre a implantação ou não desse instituto em nosso ordenamento jurídico e, enfim, no ano de 2004, através da Emenda Constitucional n. 45, este passou a vigorar em nosso País.

As Súmulas Vinculantes estão previstas no art. 103-A da Constituição Federal⁷⁵, que por sua vez encontra-se regulamentado pela Lei n. 11.417 de 19 de dezembro de 2008.

A origem da Súmula Vinculante encontra-se na *Common Law* (Estados Unidos). A principal fonte do Direito neste sistema são as decisões judiciais (*precedents*), onde o ordenamento jurídico está baseado no *stare decisis*, princípio pelo qual os juízes e tribunais devem observar a orientação fixada pelo órgão mais alto, a Suprema Corte.⁷⁶

É um meio legítimo para deter a multiplicação dos recursos; para fortalecer todo o Poder Judiciário e para contribuir com a formação de uma jurisprudência uniforme. A Súmula Vinculante tende a devolver ao Judiciário a credibilidade, no momento em que causas semelhantes, inúmeras vezes postas em litígio, forem decididas da mesma maneira, o que traz coerência e estabilidade ao sistema jurídico.⁷⁷

Destaca-se que a Súmula Vinculante só poderá versar sobre matéria constitucional e ser aprovada pelo Supremo Tribunal Federal.

Deve-se atentar ao fato de que a Súmula Vinculante não deve ser confundida com uma jurisprudência paralisada no tempo, pois a própria Emenda Constitucional nº 45 tratou de

⁷⁴ TAVARES, Andre Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. **As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 172.

⁷⁵ Art. 103-A – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direita e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei

§ 1º - A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º - Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

⁷⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **A Democracia no Limiar do Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 136.

⁷⁷ Em sentido contrário: “obrigar os juízes e tribunais a decidirem acolhendo plena e automaticamente a decisões do Supremo Tribunal, mesmo quando estiverem convencidos que tais decisões forem erradas ou injustas, é negar a própria razão de ser do Poder Judiciário” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66.).

destacar, no artigo art. 103-A, § 2º da Constituição Federal, a revisão ou o cancelamento destas, que pode ser provocada pelos mesmos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, com a evolução histórica, social e dos costumes, alterado o entendimento sobre a interpretação de determinada lei ou de sua aplicação nas situações concretas, revisa-se ou revoga-se a súmula.

As referidas súmulas têm um efeito unificador no direito brasileiro, eis que vincula os demais tribunais e até mesmo os órgãos administrativos, o que confere coerência e credibilidade ao sistema judiciário do país. É um instrumento criado para dar celeridade aos processos e para desafogar as instâncias superiores quanto à questões já decididas; para tornar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal acessível a todos os cidadãos; enfim, a racionalizar o sistema jurídico. Entretanto, entre suas maiores virtudes está a realização dos princípios constitucionais mais relevantes do Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade. Segurança jurídica, porque há uma convicção da decisão a ser dada em casos reiteradamente julgados, sem precisar recorrer até a última instância. Igualdade, porque os que estiverem na mesma situação terão um mesmo julgamento, excluindo do sistema jurídico decisões contraditórias sobre teses jurídicas idênticas. E Liberdade, pois os cidadãos vão saber quais as conseqüências dos seus atos, podendo planejar suas vidas ao saber como as leis serão aplicadas.

Enfim, tendem a devolver ao Judiciário a credibilidade, no momento em que causas semelhantes, inúmeras vezes postas em litígio, forem decididas da mesma maneira, o que traz coerência e estabilidade ao sistema jurídico.

3.2 Julgamento Antecipadíssimo da Lide

O art. 285-A⁷⁸, conhecido como julgamento antecipadíssimo da lide⁷⁹, foi inserido no Código Processual Civil no dia 08 de fevereiro de 2006 pela Lei 11.277, entrando em vigor no

⁷⁸ Art. 285-A – Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º - Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o

ordenamento jurídico no dia 09 de maio de 2006. O referido artigo definiu um mecanismo inédito em nosso sistema processual, vez que não apenas autorizou o julgamento liminar do mérito, mas permitiu que tal sentença seja prolatada tomando por base tão-somente outros julgamentos havidos em ações em que se tenha apreciado a mesma tese jurídica. Sendo que a sentença será prolatada antes mesmo de se ter a citação do réu, que, por sua vez, será o integral vencedor da demanda, caso o autor não opte por recorrer.

Esse novo instituto jurídico fez surgir calorosos debates, eis que de um lado alguns juristas afirmam que a pretexto de conferir maior agilidade e efetividade à tramitação dos processos em primeiro grau de jurisdição, esse artigo aniquila por completo o caráter dualista do processo, consagrado pela Constituição Federal por meio das garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.⁸⁰

Já outra parte dos operadores do direito sustenta que o referido dispositivo não infringe nem o devido processo legal nem o contraditório, sendo este apenas diferido para o momento posterior à prolação da sentença antecipada, quando o autor pode recorrer e até o juiz pode rever sua decisão. Quanto ao réu, ele é beneficiado pela decisão e poderá contra-arrazoar o recurso e, se não houver recurso, será normalmente cientificado da decisão favorável.⁸¹

Sobre o tema, esclarece HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que “a identidade, portanto, que se reclama, para aplicar o art. 285-A, localiza-se no objeto da causa, isto é, na questão (ponto controvertido) presente nas diversas ações seriadas”.⁸²

Diante da análise do citado artigo, somente deve ser extinto liminarmente o processo, com o exame do mérito (prolatando-se uma sentença de improcedência), quando, sobre o tema discutido já haja posição dominante.

prosseguimento da ação.

§ 2º - Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

⁷⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipadíssimo da Lide. **Revista de Processo**, nº 141, ano 31, nov/2006, p. 163.

⁸⁰ Nesse sentido: MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

Cumpra ressaltar que também no sentido de inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC, há a ADIN de n. 3695 no STF proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual até a presente data não foi julgada.

⁸¹ Pelo posicionamento da constitucionalidade do artigo 285-A do CPC: Ada Pellegrini Grinover. **O Art. 285-A do CPC**. Disponível em:

< http://www.juspodivm.com.br/noticias/noticias_917.html >. Acessado em: 10 de janeiro de 2009.

⁸² JÚNIOR, Theodoro Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil: Leis 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17.

Assim, o que se busca com o citado dispositivo, além da celeridade e da efetividade processual, nada mais é do que uniformização dos julgados da primeira instância.

A aplicação efetiva do art. 285-A do CPC traz segurança jurídica, pois há a certeza de que o entendimento do julgador não mudará de um dia para o outro; igualdade, pois todas as pessoas que passam pela mesma situação jurídica não têm suas causas julgadas de forma díspares; e liberdade, pois há a percepção das conseqüências dos atos praticados.

Da mesma forma o § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil,⁸³ o qual foi inserido pela Lei 11.276 no dia 8 de fevereiro de 2006, além de objetivar a celeridade e efetividade processual, visa também uniformizar as decisões dos Tribunais, eis que, se já existe súmulas sobre o assunto nos tribunais superiores, não há por que os tribunais de segundo grau decidirem de maneira divergente.

Ressalte-se que o referido parágrafo primeiro não foi novidade em nosso sistema processual, eis que foi inserido conforme o já disposto pelo artigo 557 do mesmo *codex*⁸⁴, sendo que a abrangência deste não alcançava os Tribunais Estaduais assim como alcança o § 1º do art. 518 do CPC.

3.3 Repercussão Geral

A repercussão geral é um requisito específico do Recurso Extraordinário e foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 com o acréscimo do § 3º ao art. 102 da Carta Magna⁸⁵. Trata-se de um pressuposto recursal em que a relevância da matéria constitucional abordada no referido recurso é analisada sob um diferente ângulo, qual

⁸³ Art. 518 - Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁴ Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

⁸⁵ Art. 102 [...]

[...]

§ 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

seja, em função do modo como o julgado recorrido repercutirá na sociedade e não na esfera de interesse do litigante.

Para que um recurso extraordinário seja conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, deverá existir uma ‘preliminar de repercussão geral’ provando que a matéria tratada no recurso versa sobre questão constitucional e relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.⁸⁶

Nas palavras de PEDRO LENZA, "a técnica funciona como verdadeiro ‘filtro constitucional’, permitindo que o STF não julgue processos destituídos de repercussão geral e na linha de se limitar o acesso aos tribunais superiores".⁸⁷

Se todas as ações judiciais que ingressam na Justiça Estadual, Federal, e nas Justiças Especializadas, chegassem ao Supremo Tribunal Federal, o qual possui apenas onze Ministros, estaria inviabilizado todo o sistema desta Corte, que foi instituída para ser guardião constitucional.

A repercussão geral foi disciplinada nos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil⁸⁸ pela Lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006, estabelecendo que, em sendo negada a existência da repercussão geral a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica. Ou seja, busca-se, mais uma vez, garantir uma decisão uniforme para casos idênticos.

É certo que “se o papel do STF é uniformizar a interpretação da Constituição, decisões contrárias ao seu entendimento não podem ser mantidas”.⁸⁹

Ademais, segundo matéria publicada no site do próprio Supremo Tribunal Federal, as finalidades da repercussão geral são as de delimitar a competência do STF, no julgamento de

⁸⁶ Regimento Interno do STF - Art. 13 - São atribuições do Presidente:

[...]

V – despachar:

[...]

c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento, recursos extraordinários e petições ineptos ou de outro modo manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral conforme jurisprudência do Tribunal.

⁸⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Método, 2007, p. 528.

⁸⁸ Art. 543-A - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

Art. 543-B - Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

⁸⁹ JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes. O Recurso Extraordinário e a Repercussão Geral da Questão Constitucional. In: SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (coords.). **Reforma do Judiciário: Análise Interdisciplinar e Estrutural do Primeiro Ano de Vigência**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 101-102.

recursos extraordinários e; uniformizar a interpretação jurisprudencial sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.⁹⁰

Assim, é imperioso afirmar que o instituto da repercussão geral foi criado também com a intenção de diminuir o grau da imprevisibilidade das decisões judiciais de questões constitucionais.

3.4 Lei Impeditiva dos Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça

No dia 09 de maio de 2008, foi publicada a lei impeditiva dos recursos repetitivos para o Superior Tribunal de Justiça (Lei 11.672), inserindo o art. 543-C no Código de Processo Civil⁹¹, com o escopo de ‘desafogar’ o Poder Judiciário com a instituição do julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

⁹⁰ Repercussão Geral. Apresentação. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>.

Acessado em: 12 de janeiro de 2009.

⁹¹ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

Assim como o Supremo Tribunal Federal, após a edição da Emenda Constitucional 45 de 2004 ganhou um instrumento que fortificou sua função de guardião da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça, com esse novo procedimento, também o apoiou sua função constitucional de uniformizador da lei federal. Nesse sentido, afirma MISAEL MONTENEGRO FILHO:

O Supremo Tribunal Federal - competente para o julgamento do recurso extraordinário - é guardião da matéria constitucional, indicando como deve ser interpretada, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, no mesmo modo de pensar, é guardião da matéria infraconstitucional, ou seja, das normas postadas em termos hierárquicos abaixo da Carta Magna, como leis federais, decretos e regulamentos.⁹²

É nítido que o procedimento dos recursos repetitivos tem o mesmo objetivo da repercussão geral (pressuposto recursal do Recurso Extraordinário), qual seja, tornar mais criterioso o acesso de determinadas questões a serem apreciadas pelo STJ e unificar ao máximo os julgados.

NORMA LÚCIA CALIXTO DOS SANTOS corrobora essa afirmativa:

Realmente, um dos mais importantes - senão o mais importante - efeitos que certamente ocorrerá com a aplicabilidade da nova lei é uniformizar as soluções para casos semelhantes, evitando com isso decisões díspares para casos parecidos, apreciando o princípio da segurança jurídica.⁹³

Assim, diante de uma atenta leitura dos art. 543-C do CPC, percebe-se que há mais uma vez a busca efetiva da uniformização dos julgados dos Tribunais Estaduais, bem como dos Tribunais Regionais Federais, pois como dentro do próprio STJ há posições divergentes sobre o mesmo tema (conforme pode ser observado nos comparativos jurisprudenciais – anexo I⁹⁴), buscou-se com esta lei o posicionamento pacífico sobre temas idênticos. Assim, com a efetiva aplicação da lei em comento ter-se-á uma justiça mais efetiva, célere e capaz de garantir a segurança jurídica, a igualdade e a liberdade aos cidadãos brasileiros.

⁹² MONTENEGRO, Misael Filho. **Como se Preparar para o Exame de Ordem 1ª Fase - Processo Civil**. São Paulo: Método, 2007, p. 123.

⁹³ SANTOS, Norma Lúcia Calixto dos. **Comentários à Lei 11.672/08**. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>. 02 de novembro de 2008>. Acessado em 12 de janeiro de 2009.

⁹⁴ Anexo I.

3.5 Sugestões

Diante dos casos exemplificativos citados no capítulo anterior que mostraram claramente a ausência de previsibilidade nas decisões judiciais e a aplicação dos institutos jurídicos que surgiram com o fim de uniformizar essas decisões, percebe-se que estes institutos implantados em nosso sistema ainda não são suficientes para a cessação ou diminuição do grau da imprevisibilidade das decisões judiciais, pois, além da criação e da aplicação desses institutos, devem ser criadas medidas conjuntas de todos os Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como do Ministério Público na sua função institucional de fiscal da lei.

3.5.1 Ao Poder Judiciário

Não basta a devida aplicação dos institutos, que foram brevemente explanados acima, para que o Poder Judiciário colabore efetivamente para a cessação ou diminuição do grau da imprevisibilidade das decisões judiciais. São necessárias atitudes mais concretas de cada julgador para a solução do problema apresentado.

Até este momento do trabalho, é fácil perceber que todas as alternativas criadas objetivando a previsibilidade das decisões judiciais nada mais são do que uma busca efetiva da uniformização das jurisprudências, pois, se os julgados dos tribunais são uniformes não há falar em imprevisibilidade desses julgados.

ARAKEN DE ASSIS leciona que: “a uniformidade na aplicação do direito, tornando razoavelmente previsível o desfecho do processo, representa bem inestimável ao comércio jurídico”.⁹⁵

Ainda nas palavras de ARAKEN DE ASSIS, a ausência de decisões uniformes é:

uma questão que assume gravidade particular e mais nítida nos órgãos colegiados. Divididos os tribunais em corpos menores, sem embargo de competência concorrente, freqüentemente os respectivos julgadores se desentendem, porque homens e mulheres de formação heterogênea e convicções

⁹⁵ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 808.

individuais. Lavrando dissídio interno no tribunal, os resultados díspares dos processos similares, quiçá repetitivos, provocam desconforto, senão acarretarem os destinatários das resoluções judiciais, comprometendo a função precípua do direito e o prestígio do tribunal.⁹⁶

Assim, a primeira atitude a ser tomada pelo Poder Judiciário é a conscientização de cada julgador de que algumas vezes precisarão se curvar a entendimentos divergentes dos seus a fim de que a uniformização seja alcançada, já que alguns julgadores não se desvinculam totalmente de critérios subjetivos no momento do julgamento. “Insuspeitadas e remotas vicissitudes pessoais ou familiares derivam com freqüência as opiniões dos juízes e a sorte dos réus”.⁹⁷

Ademais, nos ensinou CHAÏM PERELMAN que, se sobre o mesmo assunto existirem decisões distintas é sinal de que um das decisões encontra-se eivada de erro, pois, com certeza, não foi decidida de acordo com única verdade; não há duas verdades sobre a mesma causa.⁹⁸

Como demonstrado no segundo Capítulo, a imprevisibilidade assola nosso sistema judiciário desde as causas que tramitam nos Juizados Especiais às causas julgadas pelo Pretório Excelso. Para amenizar tal imprevisibilidade (frise-se que, nos Juizados Especiais Estaduais, isso não é possível - a não ser que a questão seja de matéria constitucional e de repercussão geral), há a figura da Uniformização da Jurisprudência⁹⁹ para os Tribunais Federais, Estaduais e do Distrito federal e Territórios e, a figura dos embargos de divergência, já também mencionado neste trabalho para o STF e STJ.

Importante ressaltar a função primordial do Superior Tribunal de Justiça, qual seja: uniformizar os entendimentos de normas infraconstitucionais dos Tribunais Estaduais e dos Tribunais Regionais Federais do país¹⁰⁰, ao passo que o responsável pela uniformização das

⁹⁶ *Idem*, p. 808.

⁹⁷ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 20.

⁹⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-42.

⁹⁹ Código de Processo Civil - Art. 476 - Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único - A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo

¹⁰⁰ Constituição Federal - Art. 105 – Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...]

normas constitucionais não poderia ser outro órgão senão o guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal. “A Constituição outorgou ao STF e ao STJ funções uniformizadoras”.¹⁰¹

Destaca-se que, estranhamente, no STJ, o que predomina é a divergência entre os Ministros. Há um estudo chamado “comparativo de jurisprudência” disponibilizado semanalmente pela Secretaria de Jurisprudência do próprio STJ, o qual apresenta as divergências existentes dentro da Corte sobre o mesmo assunto. São comparativos direcionados aos ministros integrantes desta Corte Judicial, com o objetivo de que estes tomem ciência das divergências existentes e busquem solucioná-las. Ressalte-se que existem determinados assuntos em que há 5 posicionamentos diferentes, ou seja, nem dentro de cada seção há entendimentos pacificados, eis que existem somente 3 seções no STJ¹⁰². Ressalte-se que no anexo VI¹⁰³ deste trabalho há uma pequena amostragem destes comparativos jurisprudenciais.

Destarte, que exemplo terá a seguir os Tribunais Federais, Estaduais e do Distrito Federal e Territórios se o “pacificador” dos conflitos das normas infraconstitucionais não busca de forma concreta a uniformização de seus próprios julgados? Se a palavra final dos litígios, no âmbito jurídico, sempre vai ser do Judiciário, é certo que este Poder deve fazer o máximo esforço para uniformizar suas decisões. O único juiz dos juízes é outro juiz. A existência de decisões equânimes é de grande relevância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, pois estará se garantindo aos cidadãos, com a previsibilidade das decisões judiciais, a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade.

Sobre a necessidade da uniformização das decisões judiciais, o professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA nos ensina que “a unidade do Direito se intensifica com a evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais e evita que a sorte dos litigantes fique na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão”.¹⁰⁴

3.5.2 Aos Poderes Legislativo e Executivo

c – der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

¹⁰¹ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 808.

¹⁰² Regimento interno do STJ - Art. 8º - Há no Tribunal três áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria.

¹⁰³ Anexo V.

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V. ed. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4-5.

Juntamente com o Poder Judiciário, ante ao combate à imprevisibilidade das decisões judiciais, deve estar o Poder Legislativo ao evitar a edição de grandes números de leis, bem como a edição de leis casuísticas, eis que, como já explicado no primeiro Capítulo, são, também, causas de imprevisibilidade, já que com grande número de leis o aplicador dessas leis ganha uma mobilidade bem maior para o julgamento.

A simplicidade e a clareza das leis previnem grandes números de demandas e, conseqüentemente decisões díspares. Somente com a edição de leis que são realmente necessárias e de leis sem destinatário especial, os princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade estarão totalmente garantidos: a segurança jurídica porque todos saberão que suas relações jurídicas gozarão de segurança que decorre das próprias leis; igualdade porque as leis editadas não terão destinatários específicos, e tratarão a todos de maneira igual; e liberdade porque poderão celebrar seus contratos com a certeza de que não surgirá nenhuma lei capaz de influenciar as previsões que haviam feito em decorrência dos contratos celebrados e atos praticados.

Assim, é patente que o excesso das leis e a edição de leis casuísticas afetam a própria Constituição Federal. Nesse sentido é o entendimento do doutrinador lusitano MÁRIO BIGOTTE CHORÃO:

As conseqüentes e permanentes dificuldades de articulação entre a legislação constitucional e a legislação ordinária, de controle de constitucionalidade e de interpretação das leis; a instabilidade do ordenamento, decorrente de alterações profundas de leis; o abuso da aplicação retroativa das normas; [...]; a contraditoriedade e o subjetivismo da prática jurisprudencial; a carência de adequadas soluções metodológicas e hermenêuticas são, por vezes, uma situação de verdadeiro caos jurisprudencial e doutrinal.¹⁰⁵

Assim, como o excesso normativo gera a ineficácia da ordem jurídica, pois, é uma causa impulsionadora para o aumento da imprevisibilidade, o Poder Legislativo deve se atentar a essa

¹⁰⁵ Giselle Anne Netto de Carvalho Sanchez *apud* CHORÃO, Mário Bigotte. Introdução ao Direito. V. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 116-117. **Breves Considerações sobre o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <<http://66.102.1.104/scholar?hl=pt-BR&lr=&q=cache:-d-D0eSLbqkJ:inter temas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewPDFInterstitial/443/436+leis+excesso+unifor miza%C3%A7%C3%A3o+de+jurisprudencia>>. Acessado em: 14 de janeiro 2009.

‘inflação de leis’ a fim de que o Poder Judiciário possa lutar pela previsibilidade com maior amparo.

Em colaboração com os demais Poderes, o Poder Executivo deve colaborar constantemente pela cessação ou diminuição do grau da imprevisibilidade das decisões judiciais. Sabe-se que a construção normativa brasileira é realizada pelo Poder Legislativo (exercendo sua função típica); pelos Poderes Judiciário (função atípica – especialmente pela edição de suas normas internas) e Executivo (função atípica – especialmente pela edição das Medidas Provisórias). Todavia, no que diz respeito ao Poder Executivo, o que nos interessa não são os tratados internacionais, mas as medidas provisórias¹⁰⁶, pois possuem força de lei e afetam fortemente a previsibilidade das decisões judiciais.

A Medida Provisória é um ato unipessoal do Presidente da República¹⁰⁷, tem força de lei e tem a natureza de Decreto Executivo com eficácia imediata. É certo que a Constituição Federal veda a edição destas sobre determinados assuntos¹⁰⁸, contudo, não é isso que gera segurança aos cidadãos, eis que a qualquer momento o Presidente da República pode editar uma Medida Provisória com efeitos imediatos capaz causar transtornos não só nas decisões judiciais, mas também no País inteiro. Neste mesmo sentido não podemos deixar de citar o caso do seqüestro das poupanças populares o qual se deu através de uma Medida Provisória editada pelo Presidente da República daquela época (Fernando Afonso Collor de Mello)¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Constituição Federal - Art. 62 – Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar Medidas Provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

¹⁰⁷ De acordo com a doutrina e jurisprudência, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal podem editar Medidas Provisórias, desde que haja previsão na Constituição do Estado, na Lei Orgânica do Município ou na Lei Orgânica do Distrito Federal. Nesse sentido: PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 519.

¹⁰⁸ Constituição Federal - Art. 62 – [...].

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
b) direito penal, processual penal e processual civil;
c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

¹⁰⁹ Sobre o tema: Agnelo Alves. **Ponto de Vista de Perplexidade e de Indignação**. Disponível em: <<http://www.parnamirim.rn.gov.br/artigos/pdfs/20030310.pdf>>. Acessado em 17 de janeiro de 2009.

Note-se, então, que a Medida Provisória é uma afronta à segurança jurídica, à igualdade e à liberdade, eis que retira dos cidadãos a certeza de um Estado estável e previsível. É certo que para se editar um ato normativo com força de lei, deve-se observar todos os requisitos e princípios exigidos na elaboração das leis e, ainda, com um zelo e uma observância bem maior, pois, no caso das Medidas Provisórias, o efeito é imediato (a partir de sua publicação).

Assim, deve-se reduzir a edição das Medidas Provisórias no Brasil, a fim de se garantir a democracia do estado, bem como dos princípios garantidos aos cidadãos.

3.5.3 Ao Ministério Público

Por outro lado, o Ministério Público deve assumir sua posição de fiscal da lei também para buscar a previsibilidade das decisões judiciais juntamente com os três Poderes do Estado. Se o Ministério Público tem o dever institucional de fiscalizar a lei tem a obrigação de observar mais ativamente os abusos sofridos pelos cidadãos devido à imprevisibilidade das decisões dos juízes.

O art. 1º da Lei Complementar n. 75 de 1993¹¹⁰, dispõe que ao Ministério Público incumbe à defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis.

Assim, é patente afirmar que nos limites de suas atribuições cabe ao Ministério Público, incrementar o processo de democratização, atuando comunitariamente na organização e concretização da sociedade civil, questionando os padrões da efetividade no ordenamento jurídico, denunciando as violações aos princípios que garantem a ordem jurídica, ainda mais, quando estes princípios estão previstos na Constituição da República, como é o caso dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade.

Para a busca da previsibilidade das decisões judiciais, a Lei Complementar n. 45, prevê em ser art. 6º, incisos VII, *a*; e XIV, o inquérito civil, a ação civil pública e “outras ações necessárias”.¹¹¹

¹¹⁰ Art. 1º - O Ministério Público da União, organizado por esta lei complementar, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis.

¹¹¹ Art. 6º - Compete ao Ministério Público da União:

Assim, resta incontroverso que o Ministério Público assumiu uma função imprescindível na busca da previsibilidade das decisões judiciais, não podendo ficar inerte ante a insegurança jurídica, a desigualdade e a privação da liberdade.

[...]

VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) proteção dos direitos constitucionais;

[...]

XIV – promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imprevisibilidade das decisões judiciais torna-se cada vez mais presente em nosso ordenamento jurídico e, reflete grandes conseqüências não somente para o Poder Judiciário, mas para o Estado, pois, a credibilidade e a confiança que os jurisdicionados depositavam nas decisões judiciais ficam prejudicadas, devido à violação da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade. Como afeta também a economia do País, os cidadãos são diretamente atingidos, eis que são os primeiros a sofrerem as conseqüências de uma economia instável.

A segurança jurídica é a garantia da estabilidade das decisões judiciais, assim, é inadmissível que demandas que possuem a mesma causa de pedir e o mesmo objeto tenham soluções díspares.

A igualdade busca tratamento uniforme às pessoas que vivem no mesmo contexto social, desta forma, no momento em que surge a imprevisibilidade nas decisões judiciais, há a violação ao princípio da igualdade, pois, cidadãos que pleiteiam em juízo o mesmo direito ficam em posições de desigualdade extrema.

A liberdade está presente em uma sociedade quando cada cidadão sabe o resultado dos seus atos e as conseqüências de suas ações, destarte, há a necessidade de decisões homogêneas para que os cidadãos possam planejar suas vidas ao saber como as leis serão aplicadas.

Mediante a violação dos princípios basilares explicitados na presente pesquisa, não se pode olvidar que, setores importantes para o desenvolvimento do país, como a Economia, é diretamente abalada, haja vista que, sob o enfoque do comércio exterior, constata-se investidores temerosos em investir seu capital em negócios a longo prazo, atraindo somente, àqueles que se dispõem apenas, em aportar seus capitais a curtíssimo prazo.

Assim, percebe-se que a imprevisibilidade das decisões judiciais gera intranqüilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos judiciais e sociais.

Com o intuito de solucionar os problemas causados pela imprevisibilidade das decisões judiciais, surgiram várias tentativas de combate a essa prática. No entanto, a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, o Poder Legislativo juntamente com o Poder

Judiciário vem criando e aplicando institutos jurídicos que buscam trazer maior efetividade no combate à imprevisibilidade das decisões judiciais, como as súmulas vinculantes, o julgamento antecipadíssimo da lide, o impedimento dos recursos repetitivos para o Superior Tribunal de Justiça e a repercussão geral.

Muito embora, não sejam poucos os esforços empreendidos para solução do problema, há a necessidade de medidas de integração entre os três Poderes Estatais com o Ministério Público, a fim de que a imprevisibilidade das decisões judiciais possa ser fortemente combatida.

Os objetivos principais do presente trabalho foram: contribuir com o Poder Judiciário, com os cidadãos, jurisdicionados e com toda comunidade jurídica, tendo em vista a lacuna doutrinária existente a respeito da problemática apresentada no presente trabalho; e expor todos os males causados pela imprevisibilidade das decisões judiciais e que não obstante haver mecanismos para sua cessação ou ao menos sua diminuição, ainda há muito que se fazer, pois quem não sabe onde o caminho vai dar, não tem por que querer caminhar, a não ser que queira apenas, como ensina Geraldo Vandré, seguir “caminhando e cantando e seguindo a canção, somos todos iguais”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral – uma Perspectiva Luso-Brasileira**. 2. ed. Brás., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROS, Evandro da Silva. **Coisa Julgada Inconstitucional e Limitação Temporal para a Propositura da Ação Rescisória**. In: GARCIA, Maria. (Org.). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Brasília Jurídica, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A Justiça Desequilibrando a Economia**. Disponível em: <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=354>>. Acessado em: 20 de julho de 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica.** Disponível em: <<https://www.stj.gov.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES>>. Acessado em: 18 de julho 2008.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e suas Conseqüências.** In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira. (Orgs.). **Princípio de Direitos Financeiros e tributários.** Rio Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº. 328.812-1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=328812&base=baseAcor daos>>. Acessado em: 20 de novembro de 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **A Democracia no Limiar do Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 16 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipadíssimo da Lide.** Revista de Processo, nº 141, ano 31, nov/2006.

Giselle Anne Netto de Carvalho Sanchez *apud* CHORÃO, Mário Bigotte. **Introdução ao Direito.** V. I. Coimbra: Almedina, 1998. Breves considerações sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://66.102.1.104/scholar?hl=ptBR&lr=&q=cache:dD0eSLbqkJ:intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewPDFInterstitial/443/436+leis+excesso+uniformiza%C3%A7%C>>

>. Acessado em: 14 de janeiro 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Art. 285-A do CPC**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/noticias/noticias_917.html>. Acessado em: 10 de janeiro de 2008.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2008.

JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes. O Recurso Extraordinário e a Repercussão Geral da Questão Constitucional. In: SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (coords.). **Reforma do Judiciário: Análise Interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**. Curitiba: Juruá, 2006.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

JÚNIOR, Theodoro Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil: leis n. 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Lei Complementar n. 75 de 20 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp75.htm>>. Acessado em 10 de julho de 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Método, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

MONTENEGRO, Misael Filho. **Como se Preparar para o Exame de Ordem 1ª Fase - Processo Civil**. São Paulo: Método, 2007.

MORAES, Suzane de Farias Machado. **Denúncia Genérica nos Crimes Contra a Ordem Tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 89, fev. 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V. ed. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar. Em seu artigo **Judiciário, Reforma e Economia: A visão dos Magistrados**. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf>. Acessado em: 24 de julho de 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=315>. Acessado em: 22 de janeiro de 2009.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>> Acessado em 25 de janeiro de 2009.

Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acessado em: 12 de janeiro de 2009.

RISPOLI, Adriana Barzotto. A Uniformização das Decisões pela Súmula Vinculante. **Revista da AGU**, ano VI. n. 58 nov. 2006 *apud* BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Itália: Torino,

1979.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. Brasília: Fórum, 2005.

SANCHES, Sidney. **Uniformização da Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Norma Lúcia Calixto dos. **Comentários à Lei 11.672/08**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 02 de novembro de 2008>. Acessado em 12 de janeiro de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Anchieta da. **A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um Enfoque Filosófico Jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

TAVARES, Andre Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. **As Tendências do Direito Público no Limiar de Um Novo Milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Em palestra **Súmula Vinculante e Repercussão Geral**. Palestra proferida em 26 de março de 2008 às 10h00min no Campus PUC, Rio de Janeiro.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. 3. ed. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 604-606.

ZAIDAN FILHO, Michael. Em palestra proferida **A Ética na Administração da Justiça**.

Disponível

em:

<http://www.trf5.jus.br/noticias/976/michel_zaidan_aborda_imprevisibilidade_da_justica_n_pais.html>. Acessado em: 02 de janeiro de 2009.

ANEXO I

(Amostragem dos comparativos jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça)

COMPARATIVO de Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 25 de Março de 2009 - Nº 42 - 3ª Seção

EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA ORDINÁRIA NA HIPÓTESE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Entendimento 1

Não há exaurimento de instância, para fins de interposição de recurso de natureza extraordinária, quando os embargos de declaração opostos contra acórdão são rejeitados por decisão monocrática.

Órgãos Julgadores: CE, 1ª T, 2ª T, 3ª T, 4ª T, 5ª T, 6ª T
(Último Julgamento: 10/02/2009 - 4ª T - EDcl no REsp 759104/RS)

Entendimento 2

Há exaurimento de instância, para fins de interposição de recurso de natureza extraordinária, quando os embargos de declaração opostos contra acórdão são rejeitados por decisão monocrática.

Órgãos Julgadores: 3ª T, 4ª T
(Último Julgamento: 18/12/2008 - 4ª T - AgRg nos EDcl no Ag 1057756/RS)

Destaques

Precedentes do STF no mesmo sentido do ENTENDIMENTO 1:

(1ª T - data do julgamento: 18/11/2008 - AI 710086 AgR/SP)

(2ª T - data do julgamento: 13/06/2006 - AI 562483 AgR/RJ)

É necessária a interposição de agravo regimental da decisão monocrática nos embargos de declaração opostos contra acórdão, para restar exaurida a instância ordinária.

(STJ - 5ª T - data do julgamento: 09/10/2007 - AgRg no Ag 890210/SP)

O julgamento pelo órgão colegiado dos embargos de declaração opostos contra decisão monocrática do relator não acarreta o exaurimento de instância, para fins de recurso de natureza extraordinária.

(STJ - 1ª T - data do julgamento: 17/05/2007 - REsp 753805/RJ)

Os entendimentos foram extraídos de precedentes publicados até 16 de Março de 2009.
A íntegra deste estudo encontra-se disponível na página de pesquisa de jurisprudência na intranet.
Unidade responsável: Secretaria de Jurisprudência

COMPARATIVO de Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 25 de Março de 2009 - Nº 42-A - 1ª Seção

NATUREZA JURÍDICA DOS JUROS DE MORA

Entendimento 1

Os juros de mora têm **natureza acessória**, incidindo o imposto de renda apenas se o valor principal também for tributado.

Órgãos Julgadores: 1ª T, 2ª T

(Último Julgamento: 04/12/2008 - 1ª T - AgRg no REsp 1063429/SC)

Entendimento 2

Os juros de mora têm **natureza indenizatória**, afastando a incidência do imposto de renda.

Órgão Julgador: 2ª T

(Último Julgamento: 02/12/2008 - 2ª T - REsp 1085741/SC)

Destaques

Há embargos de divergência admitidos sobre o tema.

(STJ - 1ªS - data do julgamento: 02/03/2009 - EREsp 1010379/PR)

(STJ - 1ªS - data do julgamento: 06/02/2009 - EREsp 1050642/SC)

Afetado à Primeira Seção recurso especial em que se discute o tema.

(STJ - 1ª T - data do julgamento: 09/12/2008 - REsp 1002665/RS)

Os entendimentos foram extraídos de precedentes publicados até 16 de Março de 2009.

A íntegra deste estudo encontra-se disponível na página de pesquisa de jurisprudência na intranet.

Unidade responsável: Secretaria de Jurisprudência

COMPARATIVO de Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 25 de Março de 2009 - Nº 42 - 2ª Seção

EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA ORDINÁRIA NA HIPÓTESE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Entendimento 1

Não há exaurimento de instância, para fins de interposição de recurso de natureza extraordinária, quando os embargos de declaração opostos contra acórdão são rejeitados por decisão monocrática.

Órgãos Julgadores: CE, 1ª T, 2ª T, 3ª T, 4ª T, 5ª T, 6ª T
(Último Julgamento: 10/02/2009 - 4ª T - EDcl no REsp 759104/RS)

Entendimento 2

Há exaurimento de instância, para fins de interposição de recurso de natureza extraordinária, quando os embargos de declaração opostos contra acórdão são rejeitados por decisão monocrática.

Órgãos Julgadores: 3ª T, 4ª T
(Último Julgamento: 18/12/2008 - 4ª T - AgRg nos EDcl no Ag 1057756/RS)

Destaques

Precedentes do STF no mesmo sentido do ENTENDIMENTO 1:
(1ª T - data do julgamento: 18/11/2008 - AI 710086 AgR/SP)
(2ª T - data do julgamento: 13/06/2006 - AI 562483 AgR/RJ)

É necessária a interposição de agravo regimental da decisão monocrática nos embargos de declaração opostos contra acórdão, para restar exaurida a instância ordinária.
(STJ - 5ª T - data do julgamento: 09/10/2007 - AgRg no Ag 890210/SP)

O julgamento pelo órgão colegiado dos embargos de declaração opostos contra decisão monocrática do relator não acarreta o exaurimento de instância, para fins de recurso de natureza extraordinária.
(STJ - 1ª T - data do julgamento: 17/05/2007 - REsp 753805/RJ)

Os entendimentos foram extraídos de precedentes publicados até 16 de Março de 2009.
A íntegra deste estudo encontra-se disponível na página de pesquisa de jurisprudência na intranet.
Unidade responsável: Secretaria de Jurisprudência

COMPARATIVO de Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 11 de Março de 2009 - Nº 41 - 1ª Seção

DISCUSSÃO DA NULIDADE DO TÍTULO DOMINIAL DO BEM EXPROPRIADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO

Entendimento 1

Não é possível discutir a nulidade do título dominial do bem expropriado em ação de desapropriação.

Órgão Julgador: 2ª T

(Último Julgamento: 13/05/2008 - 2ª T - AgRg no REsp 752733/PR)

Entendimento 2

É possível discutir a nulidade do título dominial do bem expropriado em ação de desapropriação.

Órgão Julgador: 1ª T

(Último Julgamento: 20/11/2008 - 1ª T - REsp 942171/PR)

Destaques

Há embargos de divergência admitidos sobre o tema.
(STJ - 1ªS - data do julgamento: 02/02/2009 - EREsp 850173/PR)

Outros precedentes do STJ no mesmo sentido do ENTENDIMENTO 1:
(2ª T - data do julgamento: 21/11/2008 - REsp 937033/PR)
(2ª T - data do julgamento: 13/11/2007 - REsp 807556/PR)

Outros precedentes do STJ no mesmo sentido do ENTENDIMENTO 2:
(1ª T - data do julgamento: 16/09/2008 - REsp 1010386/PR)
(1ª T - data do julgamento: 21/08/2008 - REsp 802329/PR)

Os entendimentos foram extraídos de precedentes publicados até 02 de Março de 2009.
A íntegra deste estudo encontra-se disponível na página de pesquisa de jurisprudência na intranet.
Unidade responsável: Secretaria de Jurisprudência

COMPARATIVO de Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 11 de Junho de 2008 - Nº 28 - 2ª Seção

COISA JULGADA NAS AÇÕES DE ESTADO

Entendimento 1

Afastada a paternidade por insuficiência de provas em sentença transitada em julgado, é possível o ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade, a fim de obter a realização do exame de DNA.

Órgãos Julgadores: 3ª T, 4ª T
(última decisão: 06/05/2008 - 3ª T - REsp 826698/MS)

Entendimento 2

Afastada a paternidade por insuficiência de provas em sentença transitada em julgado, não é possível o ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade, a fim de obter a realização do exame de DNA.

Órgão Julgador: 2ª S
(última decisão: 14/05/2008 - 2ª S - REsp 706987/SP)

Entendimento 3

Reconhecida a paternidade em sentença transitada em julgado, não é possível o ajuizamento de nova ação, a fim de obter a realização do exame de DNA.

Órgão Julgador: 3ª T
(última decisão: 20/09/2005 - 3ª T - REsp 435102/MG)

Destaques

O **REsp 706987/SP**, referente ao **ENTENDIMENTO 2**, está pendente de publicação.

O **exame de DNA**, mesmo que posterior à ação de investigação de paternidade, é considerado documento novo para fins de ajuizamento de ação rescisória.
(**STJ** - última decisão: 28/04/2004 - 2ª S - REsp 300084/GO)

O ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade, com causa de pedir distinta da primeira, já transitada em julgado, não implica ofensa à coisa julgada.
(**STJ** - 4ª T - última decisão: 06/09/2001 - REsp 109142/RS)

Os entendimentos foram extraídos de precedentes publicados até 02 de Junho de 2008.
A íntegra deste estudo encontra-se disponível na página de pesquisa de jurisprudência na intranet.
Unidade responsável: Secretaria de Jurisprudência

COMPARATIVO de Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 11 de Março de 2009 - Nº 41 - 2ª Seção

CUSTEIO DE EXAME DE DNA PARA BENEFICIÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

Entendimento do STJ

Ausente disponibilidade orçamentária, o Estado **não está obrigado** a adiantar as despesas com a realização de exame de DNA em favor de beneficiário de assistência judiciária gratuita.

Órgãos Julgadores: 3ª T, 4ª T
(Último Julgamento: 10/04/2001 - 4ª T - REsp 101760/MS)

Entendimento do STF

Ainda que ausente disponibilidade orçamentária, o Estado **está obrigado** a adiantar as despesas com a realização de exame de DNA em favor de beneficiário de assistência judiciária gratuita.

Órgãos Julgadores: 1ª T, 2ª T
(Último Julgamento: 11/06/2002 - 1ª T - RE 207732/MS)

Destaques

Outros precedentes no mesmo sentido do ENTENDIMENTO DO STJ:

(3ª T - data do julgamento: 30/08/2001 - REsp 337002/MS)

(4ª T - data do julgamento: 31/05/2001 - REsp 173801/MS)

Outros precedentes no mesmo sentido do ENTENDIMENTO DO STF:

(1ª T - data do julgamento: 09/08/2005 - RE 289991/MS)

(2ª T - data do julgamento: 05/08/2005 - RE 244326/MS)

Caso o perito não consinta em realizar gratuitamente a perícia e aguardar o final do processo, deve o magistrado nomear outro, necessariamente técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial.

(STJ - 3ª T - data do julgamento: 21/08/2004 - REsp 647198/SP)

É constitucional lei estadual que prevê a obrigatoriedade de custeio do exame de DNA pelo Estado-membro em favor de beneficiário de assistência judiciária gratuita.

(STF - Pleno - data do julgamento: 02/04/2007 - ADI 3394/AM)

Os entendimentos foram extraídos de precedentes publicados até 02 de Março de 2009.
A íntegra deste estudo encontra-se disponível na página de pesquisa de jurisprudência na intranet.
Unidade responsável: Secretaria de Jurisprudência



Aprovadas pela Portaria SESu/MEC N° 368/08 (DOU 20/05/2008)

JÉSSICA ARIANNE DIAS ALMEIDA

**ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DA ATIVIDADE
JUDICIÁRIA**

Gama-DF
Junho de 2010



JÉSSICA ARIANNE DIAS ALMEIDA

**ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DA ATIVIDADE
JUDICIÁRIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC.

Orientador: Prof. Esp. Omásio Teixeira de Souza

Gama-DF
Junho de 2010



Aprovadas pela Portaria SESu/MEC N° 368/08 (DOU 20/05/2008)

TERMO DE APROVAÇÃO

JÉSSICA ARIANNE DIAS ALMEIDA

ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central - FACIPLAC.

Examinadores:

Prof. Esp. Omásio Teixeira de Souza

Examinador 1

Examinador 2

Gama-DF
Junho de 2010

Para a minha família em retribuição ao imenso incentivo e credibilidade que depositaram em mim ao longo destes cinco anos de Graduação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me dá forças para conquistar mais a cada dia e não desistir em meio aos obstáculos.

Aos meus familiares e, em especial, a minha mãe Maria Jurema e a minha irmã Juliana, pelo carinho, paciência e incentivo em todos estes anos de graduação.

Às minhas queridas amigas Tônia Almeida e Clara Patrícia, pela ajuda nas pesquisas bibliográficas.

Aos meus orientadores Isolda Bezerra e Omásio Teixeira, pela paciência e tempo de dedicação.

Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o címbalo que retine. E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria. E ainda que distribuísse todos os meus bens para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria. O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não se vangloria não se ensoberbece não se porta inconvenientemente, não busca os seus próprios interesses, não se irrita, não suspeita mal; não se regozija com a injustiça, mas se regozija com a verdade; tudo sofre tudo crê, tudo espera, tudo suporta.

Bíblia Sagrada: I Coríntios 13: 1-8.

RESUMO

A Alienação Parental é conduta que se verifica quando um dos pais ou aquele que detém a guarda do menor passa a utilizar mecanismos ardilosos com o fim de afastar a criança ou adolescente da esfera do convívio familiar daquele que não detém a guarda. É tema que teve origem a partir dos estudos realizados por Richard Gardner, em 1985, mas apenas recentemente vem sendo abordada por movimentos de proteção à instituição familiar e analisada pelos tribunais brasileiros. Atualmente, a Alienação Parental é realidade vivenciada por diversas famílias brasileiras, motivo que levou à elaboração do Projeto de Lei nº 4.053 de 2008, cuja finalidade é tipificar mecanismos de combate à prática de Alienação Parental a serem utilizados em sede da atividade judiciária. A importância de analisar a necessidade de um perfil diferenciado dos Operadores do Direito de Família, nos casos de ocorrência de Alienação Parental, é primordial, uma vez que, nos conflitos judiciais familiares, o direito à vida, que envolve o direito à convivência familiar do menor, é mais latente do que em outros conflitos judiciais.

Palavras-chave: Alienação Parental; Projeto de Lei nº 4.053 de 2008; Operadores do Direito de Família; Direito à convivência familiar.

RESUMEN

La alienación parental es un comportamiento que se produce cuando un padre o que tiene la custodia del niño se utilizará mecanismos de la astucia para sacar al niño o adolescente esfera de la vida familiar que no los padres. El tema que surgió de los estudios realizados por Richard Gardner en 1985, pero sólo recientemente ha sido abordado por el movimiento de protección a la familia y analizados por los tribunales brasileños. Actualmente, la Alienación Parental es una realidad experimentada por muchas familias brasileñas, razón que llevó a la redacción de la Ley N ° 4053 de 2008, cuyo objetivo es caracterizar los mecanismos para combatir la práctica de la alienación parental para su uso en la sede de la actividad judicial. La importancia de examinar la necesidad de un perfil diferenciado de la transmisión del Derecho de Familia, en casos de alienación parental, es esencial, ya que, en las disputas legales el derecho a la vida familiar, lo que implica el derecho a la vida familiar del niño, es más latente que en otras disputas.

Palabras claves: Alienación Parental. Proyecto de Ley N° 4053, 2008; Los operadores del derecho de familia; Derecho a la vida familiar.

ABSTRACT

Parental Alienation is conduct that occurs when a parent or who has custody of the child shall be used cunning mechanisms in order to remove the child or adolescent's sphere of family life that do not parent. The theme that arose from studies by Richard Gardner in 1985, but only recently has been addressed by the movement of protection to the family and analyzed by the Brazilian courts. Currently Parental Alienation is a reality experienced by many Brazilian families, reason that led to the drafting of the Law No. 4053 of 2008, whose purpose is to characterize mechanisms to combat the practice of Parental Alienation for use in the seat of judicial activity. The importance of examining the need for a differentiated profile of Transmission of Family, Law in Cases of Parental Alienation, is essential, since in legal disputes the right to family life, which involves the right to family, life of the child, is more latent than in other disputes.

Keywords: Parental Alienation. Bill No. 4053 of 2008. Operators of family law. Right to family.

INTRODUÇÃO

Este breve trabalho tem como foco a análise da Alienação Parental e a sua abordagem mediante a atividade judiciária. O tema, apesar de pouco conhecido não só pela maioria da população, mas também e, lamentavelmente, por grande parte da sociedade jurídica, é um assunto cuja origem se encontra disponível para análise desde meados de 1985, tendo como estudos iniciais os desenvolvidos pelo Doutor e Professor de Psiquiatria Richard Gardner, com a realização de pesquisas sobre a Síndrome da Alienação Parental. Apesar de relativamente antiga a abordagem do tema, apenas recentemente a Alienação Parental tem sido objeto de preocupação por parte de associações brasileiras de proteção a questões familiares e, ainda que de forma tímida, pela esfera judicial, de tal forma que se faz necessária a sua análise com a finalidade de demonstrar não só a relevância de tratar a prática da Alienação Parental como realidade pura e concreta verificada em diversos conflitos familiares levados à apreciação dos tribunais brasileiros, mas também a importância de um perfil diferenciado daqueles que lidam com o Direito de Família.

Mesmo com o costume de se buscar e prestar uma rápida tutela jurisdicional, tais conflitos necessitam, muito mais do que uma rápida resposta, de uma análise acautelatória e diferenciada por parte dos magistrados, promotores, advogados e quaisquer outros profissionais envolvidos, uma vez que, em um litígio familiar, toda interpretação e decisão trazem fortes consequências e muitas delas, quando envolvem direitos inerentes ao menor de idade, observando-se em especial o direito ao convívio familiar pleno, num primeiro momento podem ser viáveis, mas com o passar do tempo podem trazer prejuízos de certa forma até irreversíveis como se constata nos casos de Alienação Parental.

No primeiro momento deste trabalho, serão feitas considerações gerais acerca do tema, quais sejam: conceito e diferença entre a prática de Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental; a origem e formas de identificação da conduta bem como os seus efeitos e consequências; um breve comentário sobre os movimentos existentes no Brasil que têm lutado contra a prática de Alienação Parental e, por derradeiro, uma análise acerca do documentário “A Morte Inventada”, que aborda depoimentos de pais e filhos que sofreram os efeitos da prática de tal conduta e os posicionamentos de profissionais das áreas de Direito, Psicologia e Serviço social acerca da problemática.

Após breves considerações, será feita a análise da Alienação Parental e seu tratamento pelo judiciário brasileiro, demonstrando a importância da efetiva preservação do

direito a convivência familiar do menor e do papel diferenciado a ser exercido pelos profissionais que lidam com o Direito de Família frente aos conflitos que envolvam casos de Alienação Parental, discriminando aquele que deve ser desenvolvido pelo assistente social, pelo psicólogo jurídico, pelo advogado, pelo promotor de justiça e pelo magistrado. Nesta oportunidade demonstrando-se ainda as decisões jurisprudências já existentes acerca do tema.

Em um terceiro momento, serão estudados dispositivos pertinentes acerca do tema dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente e os possíveis mecanismos de prevenção e combate à Alienação Parental tais como a fixação da guarda compartilhada e a utilização da mediação familiar e os elencados no Projeto de Lei nº 4.053/2008, atualmente, com redação final aprovada por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Tal projeto tem a finalidade de definir no ordenamento jurídico brasileiro o que vem a ser a Alienação Parental e enumerar medidas a serem tomadas para o combate à tal conduta, como, por exemplo, aplicação de multa, modificação de guarda e até mesmo a perda do poder familiar dentre outras especificidades.

Desta feita, busca-se com este trabalho não o esgotamento do tema, mas a colaboração para um estudo mais aprofundado da Alienação Parental demonstrando que se trata de uma realidade vivenciada por um número expressivo de famílias brasileiras e que necessário se faz maior preocupação e tratamento diferenciado por parte da sociedade jurídica frente aos casos de Alienação Parental.

I CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

1.1 Conceito e diferença entre Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental

No Brasil, milhares de crianças e adolescentes têm sido vítimas de uma espécie de violência que, apesar de ser bastante comum entre as famílias, mesmo que de maneira inconsciente, e que causa efeitos de destruição sobre elas, ainda é um fenômeno desconhecido pela maioria das famílias brasileiras. Trata-se da conduta intitulada de Alienação Parental (AP) e para outros Síndrome da Alienação Parental (SAP) ou simplesmente pela expressão, atualmente, utilizada pelos operadores do direito, “implantação de falsas memória”. Tal conduta é prática que ocorre mais notadamente nos casos de processo de separação judicial litigiosa, em que um dos cônjuges, contrariado com a situação em que se encontra e com mágoas de um casamento que ocasionou em verdadeiro fracasso e desencanto, com o objetivo de ferir de alguma forma o ex-companheiro(a), passa a literalmente usar o filho, fruto daquela relação afetiva, a priori dotada de amor, carinho e respeito, de maneira a denegrir o caráter e a imagem do pai/mãe daquela criança com o intuito de ver saciada a vontade de vingança que brotou do processo de separação.

Nada impede ainda que a Alienação Parental seja praticada pelo pai e até mesmo por terceiro que detenha a guarda ou influência expressiva sobre a criança, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio, a guarda de uma criança não se restringe apenas ao pai ou a mãe, porém, a maioria dos estudos sobre o tema tem como foco principal a prática da Alienação Parental pela mãe, que, em geral, é quem fica com a guarda exclusiva da criança nos processos judiciais de separação.

Verifica-se a ocorrência da Alienação Parental quando, em regra, aquele (genitor alienador) que detém a guarda da criança ou adolescente, menor de dezoito anos, passa a desenvolver realidades mentirosas frente ao menor, de forma a desconstituir a imagem do não

guardião (genitor alienado) com o intuito de desfazer os laços formados entre este e a criança e plantar nela um verdadeiro repúdio em relação ao genitor alienado.

Euclides de Souza, Presidente da Associação de Pais e Mães Separados do Paraná (Apase – Paraná), assim dispõe sobre o tema:

A alienação parental é a rejeição do genitor que "ficou de fora" pelos seus próprios filhos, fenômeno este provocado normalmente pelo guardião que detém a exclusividade da guarda sobre eles (a conhecida guarda física monoparental ou exclusiva). Esta guarda única permite ao genitor que detém a guarda com exclusividade, a capacidade de monopolizar o controle sobre a pessoa do filho, como um ditador, de forma que ao exercer este poder extravagante, desequilibra o relacionamento entre os pais em relação ao filho. A situação se caracteriza quando, a qualquer preço, o genitor guardião que quer se vingar do ex-cônjuge, através da condição de superioridade que detém, faz com que o outro progenitor ou se dobre às suas vontades, ou então se afaste dos filhos.¹

Tendo em vista que a Alienação Parental ainda não tem sido objeto de estudos aprofundados, seja pela sociedade médica ou jurídica, não há atualmente consenso quanto à utilização do termo Alienação Parental ou Síndrome de Alienação Parental. A advogada Alexandra Ullmann, ao contrário de Euclides de Souza, não utiliza o termo Alienação Parental e assim define a conduta ora em estudo:

A Síndrome da Alienação Parental, ou SAP, é definida de forma simples como a maneira pela qual o genitor que possui a guarda do menor ou menores, de forma subliminar e implícita em comportamentos do cotidiano, mata, dia a dia, minuto a minuto, a figura do outro genitor na vida e no imaginário do filho.

Segundo definição descrita na Wikipedia, “Síndrome é o agregado de sinais e sintomas associados a uma mesma patologia e que em seu conjunto definem o diagnóstico e o quadro clínico de uma condição médica.”

Por esta razão o afastamento intencional de um dos pais da vida de um filho menor nas condições que serão descritas abaixo, é chamada de Síndrome, face ao conjunto de sintomas, comportamentos e sinais apresentados tanto pela criança quanto pelo ente alienador.²

Observam-se por fim as considerações de Richard Gardner, precursor dos estudos sobre a Síndrome da Alienação Parental:

¹ SOUZA, Euclides de. Alienação parental, perigo eminente. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 1, no 30. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=27>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

² ULLMANN, Alexandra. Da definição da síndrome da alienação parental. **IMEPA**. Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org/definicao.php>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (...).

Como é verdadeiro em outras síndromes, há na SAP uma causa subjacente específica: a programação por um genitor alienante, conjuntamente com contribuições adicionais da criança programada. É por essas razões que a SAP é certamente uma síndrome, e é uma síndrome pela melhor definição médica do termo.

Ao contrário, a AP não é uma síndrome e não tem nenhuma causa subjacente específica. Nem os proponentes do uso do termo AP alegam que seja uma síndrome. Realmente, **a AP pode ser vista como um grupo de síndromes, que compartilham do fenômeno da alienação da criança de um genitor. Referir-se à AP como um grupo de síndromes levaria necessariamente à conclusão de que a SAP é uma das sub-síndromes sob a rubrica da AP e enfraqueceria desse modo o argumento daqueles que alegam que a SAP não é uma síndrome.**³ (Grifo nosso)

Como são bastante afins, a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental se complementam, entretanto, não se confundem de maneira tal que a Alienação Parental é o processo, a conduta do genitor ou do terceiro alienante, a prática de desmoralização, de desconstituição da imagem do genitor alienado e a implantação de realidades inverídicas, na cabeça do menor, com a finalidade de retirar o direito à convivência familiar entre o genitor e a criança alienada. Já a Síndrome da Alienação Parental relaciona-se com o resultado, com as consequências emocionais e comportamentos advindos da Alienação Parental a serem desenvolvidos pela criança e, por via reflexa, por toda a família, tratando-se de um distúrbio desenvolvido pela situação vivenciada.

Mesmo que a Alienação Parental refira-se de modo amplo às condutas de violência psicológica familiar, não há que se dizer que o fato de não utilizarmos o termo “Síndrome” seria o mesmo que negar a existência da Alienação Parental ou Síndrome da Alienação Parental. Qualquer tipo de conduta que vise ao afastamento do menor daquele que não detém a guarda exclusiva, ou praticada com a finalidade de “robotizar a criança”, de burlar a sua consciência, caracteriza a Alienação Parental e conduz ao desenvolvimento da chamada

³ GARDNER, Richard. Manuscrito não-publicado. Aceito para a publicação 2002. Traduzido para o português por Rita de Cássia Rafaeli Neto: O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? **IMEPA**. Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org/richardagardner.php>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

Síndrome da Alienação Parental, de um quadro clínico que será constatado ou não por profissional devidamente habilitado para diagnosticar a problemática.

Conforme o brevemente exposto, a Alienação Parental está para a ação, enquanto que a Síndrome de Alienação Parental está muito mais para o resultado, motivo pelo qual não será utilizada a expressão “Síndrome da Alienação Parental”, mas tão somente Alienação Parental para a discussão do tema aqui em análise.

1.2 Origem

A Alienação Parental surgiu dos estudos propostos pelo Professor Richard Gardner, em 1985, por meio dos quais ele verificou que famílias que se encontravam rompidas, ou em processo de ruptura e até mesmo em situações não tão críticas de desligamento entre os cônjuges, mas por desentendimentos corriqueiros, um deles passava a utilizar-se do poder que detém sobre os filhos, advindos daquele relacionamento, com o objetivo de tentar atingir negativamente o outro.

Richard Gardner também verificou que devido aos privilégios detidos pelas mulheres com relação aos filhos, eram elas as principais autoras de tal conduta. Entretanto, apesar de ainda se ter como cultura universal que a mulher é a mais apta ao cuidado dos filhos, hoje a realidade mudou, uma vez que a obrigação de cuidar dos filhos tornou-se igualitária tanto para o pai quanto para a mãe. Sendo assim, aprimora-se o estudo de Gardner, reforçando a idéia de que atualmente a Alienação Parental pode ser praticada por qualquer um que detenha a guarda do menor e não apenas a mãe.

Ainda que os estudos sobre o tema tenham origem nos anos oitenta, segundo artigo publicado pelo Advogado Marco Antônio Garcia de Pinho, “no Brasil, a questão da Alienação Parental surgiu com mais força quase simultaneamente com a Europa, em 2002 e, nos Tribunais Pátrios, a temática vem sendo ventilada desde 2006”⁴ e, atualmente, tem-se a discussão sobre o Projeto de Lei 4053/08 que dispõe sobre a Alienação Parental, conteúdo este a ser abordado em capítulo específico.

⁴ PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação parental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2221, 31 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13252>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

1.3 Fatores potenciais de identificação de Alienação Parental

Com os novos pilares em que a família tem se pautado, verifica-se que quando os frutos concretos de uma relação afetiva começam a surgir, ou seja, os filhos, ambos os pais lutam pelo melhor interesse da criança e um se julga tão bom “cuidador” do menor quanto o outro genitor. O objetivo de que o interesse dos filhos é o mais importante e que o melhor genitor seria ambos os pais, em determinados casos, onde estes não têm um bom equilíbrio emocional, tal atitude pode causar efeitos terríveis, ou seja, se os pais não conseguem chegar a um acordo, a desavença é levada aos tribunais e se transforma num cenário em que cada genitor procura demonstrar que o outro é um mau genitor. Com esse conflito instalado, nenhum deles se recorda de que o maior atingido pela desavença será a criança a quem ambos tanto amam. Cegos pelo próprio ego, ambos ou apenas um deles, começam a procurar formas de demonstrar que o outro genitor não tem capacidade alguma de ser um bom pai ou mãe. Nesse momento, é que há possibilidade de se estar diante da Alienação Parental.

Quando a relação entre os cônjuges não mais se pauta no amor, no respeito e o fracasso se materializa, as mágoas e o orgulho ferido, na maioria dos casos nutridos pela ex-esposa, passam a prevalecer, sendo este o momento propício para a utilização de mecanismos suficientes para denegrir a imagem do outro. Confirma-se assim, que a Alienação Parental se manifesta, em regra, no ambiente da genitora, uma vez que, sua configuração requer maior disponibilidade de tempo e tendo em vista o fato de que é ela quem detém a guarda na maioria dos casos de definição de guarda, o que não exclui a ocorrência de Alienação Parental em cenários de pais instáveis na esfera do casamento.

Na Alienação Parental, o genitor alienador passa a depositar todas as suas forças para destruir a relação do filho com o então não guardião. No dia a dia, o genitor alienador vai destruindo, passo a passo, consciente ou inconscientemente, ou com verbalizações, ou com atitudes, lentamente, qualquer vínculo que a criança tenha com o genitor alienado. Em regra, este cenário se materializa depois de um processo de cisão da relação, ou seja, na separação, mas ocorre também em muitos casos dentro do casamento, como por exemplo, em uma relação em que não está clara ou madura e um ou outro acaba criando uma aliança forte de confiança com a criança e então passa a desqualificar o outro cônjuge, o que exemplifica a Alienação Parental dentro do casamento.

Já no momento da separação, a parte que não a quer tem como instrumento de vingança, principalmente pela impossibilidade de lidar com a morte desta relação que terminou em fracasso, denegrir a imagem do outro e se vingar é a inspiração. Age de forma a

criar pequenos obstáculos na relação do pai (ou da mãe) com o filho, como doenças que jamais existiram e compromissos que nunca foram marcados. Ou seja, há sempre um respaldo, mas a conduta é injustificável. Com o passar do tempo, a situação vai se agravando porque o alienador não tem freios e pode até não perceber o que está fazendo. Primeiro restringe o contato e, com o passar do tempo, segue por uma linha crescente e ele não percebe a gravidade de suas atitudes. Em alguns casos, até cria realidades que jamais existiram, como a imputação de crime de abuso sexual, mais comum nos casos de Alienação Parental.

Para corroborar o acima exposto, observe o que dispõe a Psicóloga e Psicanalista, Maria Antonieta Pisano Motta:

Os motivos para que o genitor “alienador” inicie a instalação da Síndrome em seus filhos podem ser os mais variados. Alguns podem estar cegos por sua raiva, ou ciumentos ao constatar que seu ex-cônjuge encontra-se em nova relação amorosa. Se ele não tiver também um par, pode sentir que os filhos são as únicas coisas que lhe restam. A sua cólera pode também ser provocada por fatores econômicos que envolvem inveja do genitor “alienado” em relação à condição do genitor alvo, ou ressentimento por ter perdido as benesses de que usufruía na vigência do casamento, e não propriamente um desatendimento deste em relação às necessidades dos filhos.

Uma das estratégias que o genitor “alienador” tende a usar é a de decidir repentinamente mudar-se, trocar de cidade ou de país. Pode usar como pretexto um novo relacionamento ou uma oportunidade de trabalho.⁵

O professor e psiquiatra Richard Gardner, a partir de suas pesquisas, elencou condutas praticadas tanto pelo genitor alienador, quanto pelo genitor alienado, e que caracterizam a ocorrência de Alienação Parental:

- a)-Recusar de passar as chamadas telefônicas aos filhos;
- b)-Organizar várias atividades com os filhos durante o período que o outro genitor deve normalmente exercer o direito de visitas;
- c)-Apresentar o novo cônjuge aos filhos como sua nova mãe ou seu novo pai;
- d)-Interceptar as cartas e os pacotes mandados aos filhos;
- e)-Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;
- f)-Recusar informações ao outro genitor sobre as atividades em que os filhos estão envolvidos (esportes, atividades escolares, grupos teatrais, escotismo, etc.);
- g)-Falar de maneira descortês do novo conjugue do outro genitor;
- h)-Impedir o outro genitor de exercer seu direito de visita;
- i)-“Esquecer” de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos);

⁵ **SÍNDROME da alienação parental e a tirania do guardião:** aspectos psicológicos, sociais e jurídicos / Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008. p 38.

- j)-Envolver pessoas próximas (sua mãe, seu novo conjugue, etc.) na lavagem cerebral de seus filhos;
- k)-Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor (escolha da religião, escolha da escola, etc.);
- l)-Trocar (ou tentar trocar) seus nome e sobrenomes;
- m)Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos;
- n)Sair de férias sem os filhos e deixá-los com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que este esteja disponível e queira ocupar-se dos filhos;
- o)-Falar aos filhos que a roupa que o outro genitor comprou é feia, e proibi-los de usá-las;
- p)-Ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, escreverem, ou a se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira;
- q)-Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos.⁶

Observam-se ainda, com base nos estudos de Gardner, quatro critérios para o processo de Alienação Parental, quais sejam:

- **Obstrução do contato entre o menor e o genitor alienado:** o genitor alienador busca menosprezar a presença do genitor alienado, interferindo nas visitas, criticando os momentos vivenciados pelo filho com o outro genitor, não comunica informações importantes acerca da vida do menor, dentre outras condutas do tipo;
- **Falsas imputações de abuso:** o alienador acusa o não guardião de abuso sexual ou emocional, sendo mais frequente o primeiro, causando verdadeiro temor na criança;
- **Deterioração da relação depois da separação entre os cônjuges:** verdadeira projeção na frustração do alienador no filho;
- **Temor por parte do menor:** a relação de cumplicidade entre o menor e o genitor alienador se instala e a criança passa a ver qualquer atitude, que tome em favor do genitor alienado, como traição ao guardião o que acarreta no seu total afastamento do não guardião.

1.4 Efeitos e consequências da Alienação Parental

Diante do que já foi exposto até o presente momento, observa-se que, com a Alienação Parental, a relação entre o menor e o genitor alienado acaba enfraquecendo até o momento em que se rompe por completo. Devido aos insistentes assédios mentais provocados

⁶ PODEVYN, François. Síndrome da Alienação Parental. Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (09/06/2001). Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil (08/08/2001). APASE. Disponível em: <www.apase.org.br>. Acesso em: 11 fev. de 2010.

pelo genitor alienador, o menor acaba cedendo inconscientemente à realidade montada por este e, uma vez destruído o vínculo entre o filho e o genitor alienado, torna-se até impossível a sua reconstrução.

Na visão do menor, o genitor alienado passa a ser um desconhecido, e então se perde a confiança, o carinho, o respeito para com aquele genitor e inicia-se um processo de repulsa, e até mesmo ódio por parte da criança, ou seja, a percepção da criança sobre o outro genitor é completamente modificada e, em alterando essa percepção, a criança passa a menosprezar o outro genitor.

Diversos dos efeitos causados pela Alienação Parental estão relacionados com a esfera psicológica do genitor alienador, do menor e do genitor alienado. O genitor alienador, por não saber lidar com uma relação ruim entre ele e o genitor alienado torna-se uma pessoa frustrada e esconde esse episódio na relação que tem com o filho, passando a utilizá-lo como alicerce para a sua vida, estabelecendo uma relação de cumplicidade, em que o filho é a “ponte de desabafo” para os problemas pessoais deste genitor alienador. Tamanho é o sentimento de posse que o genitor alienador exerce sobre o filho que, qualquer atitude que envolva o relacionamento do mesmo com o genitor alienado e tomada fora dos padrões estabelecidos por aquele, é vista como verdadeira traição. Maria Antonieta menciona que “o relacionamento desses genitores que tentam destruir o vínculo de seu ex-parceiro, com seus filhos, é frequentemente caracterizado nos registros periciais, ou no relato de testemunhas, como extremamente **controlador e simbiótico.**”⁷ (Grifo no original)

O filho corre o risco de se tornar uma criança incapaz de ter autodeterminação, necessitando para tudo e, em vários momentos, do genitor alienador, que passa a ser “peça auxiliadora” em sua vida. Tende a se tornar um adulto melindroso, com conflito de personalidade e muitas vezes com dificuldade de relacionamento interpessoal.

Observe-se o que ocorre com os personagens envolvidos na Alienação Parental:

A Criança Alienada

- Apresenta um sentimento constante de raiva e ódio contra o genitor alienado e sua família;
- Se (sic) recusa a dar atenção, visitar, ou se comunicar com o outro genitor;
- Guarda sentimentos e crenças negativas sobre o outro genitor, que são inconsequentes, exageradas ou inverossímeis com a realidade.

Crianças Vítimas de SAP são mais propensas a

- Apresentar distúrbios psicológicos como depressão, ansiedade e pânico.;

⁷ SÍNDROME da alienação parental e a tirania do guardião. Op. cit, p. 39.

- Utilizar drogas e álcool como forma de aliviar a dor e culpa da alienação;
- Cometer suicídio;
- Apresentar baixa auto-estima;
- Não conseguir uma relação estável, quando adultas;
- Possuir problemas de gênero, em função da desqualificação do genitor atacado.⁸ (Grifo no original)

Assim sendo, o genitor alienado e sua família são obrigados a conviver com uma “pena injusta”, a de aceitar a “morte de um filho (ente querido) vivo”, uma vez que instalada a Síndrome da Alienação Parental, dificilmente há reversão do quadro e, mesmo que haja reversão, a linha temporal em que perdurou a Alienação Parental e a criança e o genitor ficaram separados, não pode ser recuperada. Tão grande é a violência produzida na esfera familiar, que o desequilíbrio passa a ser inerente a todos da família, o filho é privado do convívio com o genitor alienador e com a família deste. O menor fica vulnerável e o genitor privado do convívio com ele também.

1.5 Associações voltadas ao combate à prática de Alienação Parental

A realidade da Alienação Parental é vivenciada por diversas famílias brasileiras, fato que tem mobilizado vítimas e até potenciais vítimas de tal conduta a divulgarem toda e qualquer informação acerca do tema e, até mesmo as experiências que têm vivenciado.

Temos algumas associações voltadas a questões de proteção à família e que se preocupam com a Alienação Parental, dentre elas destacam-se as a seguir mencionadas.

1.5.1 Apase

A organização não governamental *Associação de Pais e Mães Separados* (Apase), foi fundada em 12 de março do ano de 1997, na cidade de Florianópolis, e hoje se encontram diversas Apases, espalhadas pelo Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre, Rio Grande, Brasília, Fortaleza, Goiânia, dentre outras, que cuidam de questões relacionadas a filhos de pais separados e as dificuldades deste novo quadro familiar.

As Apases brasileiras desenvolvem atividades relacionadas à igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações filiais após o divórcio, difundem a idéia de que filhos de pais separados têm direito de serem criados por qualquer um de seus genitores sem discriminação de sexo, e promovem a participação efetiva de ambos genitores no desenvolvimento dos filhos.

Área de atuação

- 1) Defender os direitos de igualdade filial entre pais e mães estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil e em outros dispositivos legais, quando houver preconceito ou discriminação praticados por pessoas ou Instituições, cujas conseqüências representem qualquer tipo de prejuízo às crianças, filhos de pais separados;
- 2) Divulgação de estudos, trabalhos, teses e semelhantes, de matérias que tratem sobre a guarda de filhos;
- 3)- Compilação de jurisprudência sobre guarda de filhos;
- 4)- Elaboração de sugestões para Projetos de Lei que aperfeiçoem a legislação sobre a guarda de filhos;
- 5)- Compilação de bibliografia;
- 6)- Debates sobre temas ligados a guarda de filhos;
- 7)- Acompanhamento e avaliação dos trabalhos das autoridades e Instituições que se envolvem em conflitos de pais separados cuja causa sejam os filhos, dos (as) associados (as) da Apase;
- 8)- Orientação sobre procedimentos para o pleno exercício de cidadania de genitores separados em conflitos cuja causa sejam os filhos, junto a Instituições ou Representações de Classes Profissionais que tenham envolvimento;
- 9)- Formação de grupos de auto-ajuda para pessoas que estejam envolvidas em demandas judiciais, ou em conflitos decorrentes da guarda de filhos;
- 10)- Qualquer outra atividade que vise o benefício de filhos de pais separados em quaisquer circunstâncias.⁹ (Grifo no original)

A finalidade primordial da ONG Apase é fazer com que, depois da ruptura da relação entre os genitores, que estes possam conviver de forma igualitária com os filhos, não importando quem detenha a guarda do menor, tendo em vista que ambos lutam pela felicidade dos filhos e buscam minimizar os prejuízos sofridos por eles em virtude da separação entre os pais.

1.5.2 Pais para Sempre

⁸ SÍNDROME da Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e/>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

⁹ CONHEÇA a Apase. Objetivos e área de atuação. **APASE**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

Outra associação que segue por uma linha de trabalho equivalente ao da Apase é a ONG *Pais para Sempre* de atuação nacional e com sede em Lisboa – Portugal:

A Associação Pais para Sempre pretende trabalhar no sentido de assegurar às Crianças e aos Pais a regularidade, o significado e a continuidade dos contactos dos filhos com os seus dois pais e com a restante família de ambos. Pais para Sempre propõe-se trabalhar no fortalecimento dos laços familiares existentes, mesmo depois da separação e/ou do divórcio dos pais, através da educação, favorecendo a formação e a preservação da família. Pais para Sempre não é um grupo exclusivamente de mulheres ou de homens. Muito menos se limita aos pais separados. Pelo contrário, defende aquilo que entende ser o melhor e superior interesse da criança, subscrevendo inteiramente a **Magna Carta dos Direitos da Criança** proclamada pelas **Nações Unidas**, bem como a Resolução sobre uma **Carta Europeia (sic) dos Direitos da Criança** do Parlamento Europeu.

Em defesa das crianças, PAIS PARA SEMPRE:

* defende a guarda conjunta, na regulação do exercício do poder paternal em caso de separação ou divórcio, como a única decisão judicial que assegura o interesse das crianças, devendo, por isso, ser sempre aplicada a menos que o seja de todo inviável.

* acredita na repartição equilibrada e equitativa das necessidades emocionais, físicas e financeiras da criança;

* trabalha para transformar o processo típico de divórcio com filhos em um de consenso e mediação;

* promove a educação parental e programas de apoio para crianças em risco de serem privadas do contato com os seus dois Pais, e destes com os seus Filhos.¹⁰ (Grifo no original)

A ONG *Pais para Sempre* tem por objetivo demonstrar que pais separados precisam ter em mente que os filhos necessitam de ambos os pais e que, apesar da separação, a união em prol dos filhos deve continuar. Fundamenta-se no fato de que não é razoável que aquele que não obteve a guarda do menor no processo de separação ganhe o *status* de mero visitante e sim que permaneça o direito de exercer a paternidade ou a maternidade plena e, por consequência, a convivência com a família de ambos os pais.

1.5.3 S.O.S. Papai e Mamãe

A Associação *S.O.S. Papai e Mamãe*, ONG com origem na cidade de São Paulo, também luta pela igualdade de direitos entre pais e mães, dentre eles o convívio equilibrado

¹⁰ PAIS para sempre. Disponível em: <<http://www.paisparasempre.eu/>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

de ambos com o filho a fim de evitar a prática de influência negativa sobre o menor pelo guardião detentor da guarda.

Associação de Defesa e Estudo dos Direitos de Paternidade, Maternidade e Filiação Igualitários

Nossa Identidade Visual:

Duas importantes situações são a essência de nossa instituição e são representadas em nossa identidade visual.

A primeira é o afastamento de um dos dois pais de uma criança por motivos diversos, independente de quem ou o que seja responsável por isto. Quem perde mais com isso é sempre a criança!

A segunda, representada por uma diferenciação na escrita dos nomes "Papai" e "Mamãe", é o desequilíbrio entre ambos na convivência com os filhos. Segundo estatísticas do IBGE de 2001, em mais de 80% dos casos de separação, a guarda dos filhos menores de 18 anos fica com a mãe. Com isso, o pai na maioria dos casos é quem sofre privações ou constrangimentos na relação com suas crianças. Mas, ainda que a realidade demonstre esta diferença, a criança não sente desta forma e, por isso, tem direito a ambos os pais sempre presentes, conscientes e participantes de sua vida.¹¹

O foco de atuação da *SOS Papai e Mamãe* é semelhante ao da Apase e ao da associação Pais para Sempre. Parte da premissa de que a boa convivência entre pais e mães separados é primordial para a boa formação dos filhos. Segue a linha de que pais e mães, após a separação, devem deixar as dificuldades de relacionamento em segundo plano e exercer uma parceria para preservar os melhores interesses do menor.

1.5.4 Pais por Justiça

O movimento *Pais por Justiça*, com surgimento de 2007, demonstra que a cultura de que a mãe é a mais apta ao cuidado dos filhos ainda é bastante forte e levada em consideração pelos Tribunais brasileiros.

O movimento **PAIS POR JUSTIÇA** foi criado em junho de 2007 por um grupo de pais, que por intervenção da mãe, não conseguem conviver com seus filhos, seja por **desobediência de acordo judicial** em conjunto com a **manipulação psicológica** (Síndrome de Alienação Parental), ou por cruéis artifícios judiciais, tais como as **falsas denúncias de maus-tratos ou de abuso sexual**.

Objetivo

A justiça enquanto não romper este paradigma de que mãe é suprema e principal guardiã dos filhos de pais separados, dificilmente teremos algum

¹¹ SOS papai e mamãe. Disponível em: <http://www.sos-papai.org/br_quem.html>. Acesso em: 02 jan. 2010.

avanço na tentativa de minimizar e coibir a **SAP**. É urgente a aprovação e aplicação da **Guarda Compartilhada**, pois, sem dúvida, este será um instrumento muito valioso para que o pai possa começar a privar do convívio com seu filho de maneira digna.

A intenção é de mostrar à sociedade e à própria Justiça que num número cada vez maior esses filhos estão sendo mutilados psicologicamente e tornando-se órfãos de pais vivos por causa das atitudes desleais e insanas destas mães que se acham "donas" das crianças, criando nestas danos psicológicos muitas vezes irreversíveis.¹² (Grifo no original)

Pais por Justiça também é o movimento que, claramente, tem como foco o combate à Alienação Parental, pois busca combater a manipulação exercida pelo guardião em especial pela mãe com relação ao menor. Preocupa-se com os danos psicológicos sofridos pela criança e tem como forma de combate a este quadro a divulgação sobre tudo o que se relaciona a falsas denúncias e condutas que caracterizam a Alienação Parental.

1.5.5 Pai Legal.Net

Pai Legal.Net é um movimento virtual criado por pais cujo foco principal é a luta pela garantia da convivência especificamente do pai com o filho.

Somos pais que resolveram arregaçar as mangas e construir um site para atender as nossas necessidades de pai na criação de nossos filhos, seja lutando pelo nosso direito à convivência com eles após a separação do casal como também pela qualidade de nossa paternidade. O público-alvo do PaiLegal é o pai, em quem temos concentrado as nossas atenções. Mães e filhos têm também colaborado para alcançarmos o nosso objetivo - de sermos e ajudarmos outros homens a serem pais plenos.

A **visão do PaiLegal** é a renovação do papel do pai, rehabilitando e incentivando os homens a fazerem de suas crianças indivíduos honestos, seguros, justos, empreendedores e felizes, e conseqüentemente construindo uma nação forte e próspera.

A **missão do PaiLegal** é tornar-se o melhor site para se encontrar informação sobre o pai e a paternidade de excelência, de forma clara, inovativa, assertiva, justa e honesta.¹³ (Grifo no original)

¹² PAIS por justiça. Disponível em: <http://www.paisporjustica.com/quem_somos.aspx>. Acesso em: 02 jan. 2010.

¹³ PAI legal.net. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/quemsomos.asp>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

Pai Legal.Net tem uma peculiaridade pois não envolve a participação de mães no combate a condutas reprováveis de afastamento do não-guardião do filho. Tem como finalidade a defesa do papel paterno na vida do menor e o fortalecimento do vínculo entre o pai e o filho.

1.5.6 Participais

Participais, com sede em Brasília, é uma associação que assim como as demais dispostas aqui, visa à efetiva participação dos pais e também das mães na formação dos filhos e por consequência a inibição da ocorrência da Alienação Parental. Observe:

A ParticiPais é uma associação sediada em Brasília, formada por pais e mães que vivem separados dos seus filhos e buscam uma participação efetiva na criação de sua prole. A Associação tem por objetivo a defesa dos Humanos e da Criança, especificamente, no que concerne ao Direito que todas as Crianças têm em manter contato direto e permanente com os dois Pais, e estes com os seus Filhos, assim como buscar meios de garantir ao pai que não detém a guarda, a participação efetiva na criação e educação de sua prole.

Nossos objetivos são:

- a) Desenvolver todas as ações tendentes à transformação do atual sistema de "guarda única" em sistema de exceção, na intenção do reconhecimento e uso da forma de "guarda compartilhada" como direito dos filhos;
- b) Desenvolver todas as ações tendentes ao cumprimento dos direitos dos filhos, com atenção na manutenção de ambos os pais como responsáveis e igualmente responsabilizados pelos seus filhos, após a separação do casal;
- c) Desenvolver todas as ações tendentes ao cumprimento do direito dos filhos e dos pais na manutenção mútua da sua relação e das relações e convivência daqueles com as duas famílias de origem;
- d) Divulgar e promover as ações necessárias à efetivação do direito à igualdade no exercício do Poder Paternal dos Pais que não habitam com os seus Filhos;
- e) Desenvolver ações tendentes ao cumprimento e gozo efetivo do princípio constitucional que garante a igualdade de direitos e deveres de ambos os progenitores na manutenção e educação dos Filhos;
- f) Desenvolver todas as ações que impeçam a discriminação entre Pais, nomeadamente, facultando-lhes a informação e meios necessários ao exercício efetivo dos seus direitos;
- g) Promover as ações que entenda apropriadas para alertar, informar e educar a opinião pública, os organismos oficiais e outras instituições sobre a problemática dos Pais que vivem separados dos Filhos, designadamente, quanto à questão da atribuição do Poder Paternal, à atual jurisprudência relativa à guarda de menores e à necessária convivência dos filhos com ambos os progenitores;
- h) Desenvolver os esforços necessários à sensibilização das Magistraturas, das Instituições Sociais e dos Órgãos de Estado para a obrigação positiva

que lhes está cometida na aplicação dos Princípios Constitucionais da Igualdade e da Paternidade;

i) Criar, desenvolver e aplicar ações de apoio dirigidas às famílias carenciadas devido à sua ruptura, nomeadamente, as monoparentais e as reconstruídas, através de apoio psicológico, psiquiátrico ou psicopedagógico, de terapia familiar, mediação familiar e de serviços de aconselhamento e apoio social direto;

j) Promover os contatos e as ações consideradas convenientes à prossecução dos seus fins com as associações e instituições congêneres nacionais e estrangeiras;

k) instituir ou promover a mediação familiar ou, se for o caso, reforçar a mediação familiar existente enquanto meio apropriado de resolução de litígios familiares.¹⁴

A partir dos objetivos elencados pela *Participais*, constata-se que a finalidade da referida associação é a efetiva convivência do filho com ambos os pais, com a utilização de diversas vertentes para alcançar esse objetivo. *Participais* almeja a guarda conjunta como regra em nosso ordenamento jurídico e, por via reflexa, a responsabilização de ambos os pais com relação aos acontecimentos na vida dos filhos e manutenção da convivência com a família materna e paterna a fim de minimizar os riscos de Alienação Parental até mesmo com a utilização da mediação familiar como forma mais viável de resolução de conflitos familiares e proteção dos interesses da família como um todo.

1.6 Documentário “A Morte Inventada”

O documentário brasileiro “*A morte inventada*”, com duração de oitenta minutos, produzido por Daniela Vitorino e dirigido por Alan Minas, inspirado no momento de vida do Diretor, também vítima da prática de Alienação Parental, foi lançado no ano de 2009. O filme já vem sendo exibido em vários congressos de psicologia e também em debates jurídicos pelo Brasil, inclusive foi objeto de discussão no auditório da OAB/DF no dia quinze de outubro do referido ano, tamanha a importância da análise e divulgação do tema. O filme nos traz casos concretos de Alienação Parental, com depoimentos de filhos e pais que viveram e convivem com a Síndrome de Alienação Parental e os efeitos e consequências da Alienação Parental e posicionamentos de uma assistente social, de advogados, psicólogos, promotores e juízes acerca da problemática.

¹⁴ PARTICIPAIS. Disponível em: <<http://www.participais.com.br/quemsomos.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

Com o objetivo de ultrapassar a barreira do desconhecimento sobre a Alienação Parental, o filme demonstra o drama de pais e filhos vítimas da Alienação Parental, que tiveram o vínculo rompido em virtude de uma separação conjugal frustrada. Ao todo são sete casos concretos expostos pelo cineasta e que demonstram o quão sólida é a realidade da Alienação Parental na sociedade brasileira. Os pais testemunham seus sentimentos diante da separação e anos de afastamento de seus filhos e de que forma isso tem prejudicado a convivência familiar entre eles. Os filhos que quando pequenos sofreram com este tipo de abuso emocional, demonstram de maneira clara de que forma a Alienação Parental tem prejudicado e causado expressiva alteração em suas psiques, em seus relacionamentos pessoais e, o mais importante, no convívio com o genitor alienado e com a família do mesmo e a dificuldade em tentar reconstruir a convivência interrompida.

Em um segundo momento, o documentário também disponibiliza espaço para opiniões de profissionais da área do Direito, da Psicologia e do Serviço Social que revelam como tem sido lidar com a Alienação Parental, discorrendo sobre as causas, condições e soluções da questão. São entrevistados os seguintes profissionais: Andréia Calçada (Psicóloga); Alexandra Ullmann (Advogada e Psicóloga); Armstrong Oliveira (Advogado); Maria Luiza Valente (Assistente Social); Lucia Maria Miguel (Desembargadora); Kátia Maciel (Promotora); e Gerardo Carnevale (Juiz).

O documentário tem como público alvo aqueles que de alguma forma tiveram ou têm contato com a Alienação Parental, profissionais que, assim como os entrevistados pela equipe organizadora do documentário, em razão de seu ofício, necessariamente precisam estar informados desse tipo de conflito familiar e também estudantes da área de Psicologia, Direito e Assistência Social. É relevante para um maior conhecimento e aceitação de que a Alienação Parental não é um mito ou uma “simples doença”, mas uma violência e até mesmo uma forma de tortura que destrói consciente ou inconscientemente, famílias e indivíduos (crianças e adolescentes) ainda em fase de formação psicológica.

II ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA

2.1 Direito à convivência familiar do menor

Dentre os direitos constitucionais assegurados à criança e ao adolescente, encontra-se o direito à convivência familiar, estabelecido no artigo 227, *caput* da Constituição Federal de 1988. O direito à convivência familiar inclui-se no rol das garantias mais importantes do menor, sendo também um dever, não só da família, mas também do Estado e da sociedade como um todo.

Observam-se as informações dispostas na Revista Brasileira de Direito de Família nº 37:

Compete à família, juntamente com o Poder Público e a sociedade, garantir aos menores de 18 anos todos os direitos fundamentais difusos enumerados no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Dentre estes ônus previstos na lei maior do País e na lei civil, destacamos o dever de registrar o filho e o de **convivência familiar**, este **último entendido como a obrigação jurídica de cada genitor ou do guardião de promover e estimular uma relação positiva e harmoniosa entre o filho e o outro genitor(...)**.

Ao lado do sustento, da educação e da guarda e companhia (art. 22 do ECA), **a convivência familiar é um direito fundamental indispensável às crianças e aos adolescentes (art. 227 da CF/1988), sendo que, mesmo na ruptura do relacionamento dos pais, a lei antevê a facilitação deste convívio.** Qualquer meio ou subterfúgio de afastamento do filho do não-guardião deve ser punido severamente.

Assim, a convivência do filho com os genitores tem o objetivo de equilibrar as funções parentais, para que o desenvolvimento físico e o psíquico do infante sejam saudáveis.¹⁵ (Grifo nosso)

Para corroborar o que nos trouxe a Carta Magna e reforçar a importância do convívio da criança e do adolescente com seus pais e demais familiares, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu artigo 1º, “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, destacando expressamente no artigo 4º que, é “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade”, dentre outros direitos ali dispostos o relacionado à “convivência familiar”. Enfatiza em seu artigo 19 e seguintes, este direito-dever que é a convivência familiar, demonstrando, expressamente, a necessidade de se garantir uma boa estrutura familiar para o menor com a finalidade de que a criança ou adolescente possam ter um desenvolvimento psicológico saudável, evitando-se desgastes mentais em virtude da ausência de quaisquer dos genitores.

Uma criança necessita de ambos os pais pra crescer saudável. Ela precisa passar por todas as experiências de vida com um lado e com o outro, razão pela qual a Alienação Parental é conduta que claramente fere o direito à convivência familiar da criança e do adolescente. Seguindo esta linha de pensamento, o advogado Armstrong Oliveira, em entrevista no documentário “A Morte Inventada”, assim se manifestou acerca da presente questão:

Quando você aliena um filho, tirando dele a possibilidade de ter o outro genitor, de ser criado pelo outro, eu entendo até que ele está infringindo um dos direitos da personalidade que tá lá no Código Civil: direito ao nome, direito à família, direito ao sangue, são coisas que são irrenunciáveis. Eu não posso renunciar o meu direito ao nome, eu não posso renunciar o meu direito ao sangue da família. Se é um direito irrenunciável, genitor nenhum tem o direito de tirar esse meu direito de ter essa convivência familiar.¹⁶

A efetivação do direito à convivência do menor com sua família é algo que os operadores do Direito de Família devem ter como objetivo primordial, tendo em vista o fato de que, muito além de a família ser a base da sociedade em que vivemos (artigo 226, *caput*, CF/88), este menor necessita de um ambiente harmônico e que lhe proporcione boa formação

¹⁵ REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. **A Alienação Parental e a reconstrução dos vínculos parentais**: uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Síntese, Ibdfam v. 8, n. 37. Ago./Set., 2006. p. 8-9.

¹⁶ MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. **A morte inventada**: alienação parental. [Filme-vídeo]. Produção de Daniela Vitorino, direção de Alan Minas. Brasil, 2009. 1 DVD/Stereo, 80 min. cor. som.

psicológica para se tornar um indivíduo esclarecido no tocante ao papel que exerce frente ao meio em que vive, incluindo a sociedade. Tal garantia deve ser almejada pelos operadores do Direito de Família de maneira a tentar sanar os conflitos dentro da família, de modo que a criança e o adolescente possam se desenvolver em um ambiente sadio, harmônico, com carinho, afeto e apoio mútuos.

2.2 Um perfil diferenciado dos operadores do Direito de Família

Diante do que fora exposto até o presente momento, não há dúvidas de que a Alienação Parental é algo extremamente delicado e que o Direito de Família é o ramo do Direito mais peculiar com que os profissionais da justiça podem lidar. A rapidez processual que todos almejam pode trazer grandes prejuízos às partes de um processo judicial familiar, tendo em vista que através dele se lida com questões de cunho muito pessoal e, nos casos de Alienação Parental, trabalha-se com pessoas ainda em fase de formação psicológica, crianças e adolescentes, e com indivíduos capazes, ou seja, o casal em processo de separação ou o terceiro que detenha a guarda do menor, entretanto, com dificuldades de lidar, por exemplo, com o rompimento de relações afetivas e que acabam por prejudicar a si e a todos da família, em especial o menor.

Para equilibrar tal relação processual tão delicada, é preciso que tenhamos profissionais capacitados para lidarem com este conflito verdadeiramente diferenciado. Daí a grande importância de profissionais com um perfil diferenciado daqueles que lidam, por exemplo, com o Direito Penal ou Civil Patrimonial. Na aplicação do Direito de Família a agilidade processual, visando a uma resposta rápida ao jurisdicionado, nem sempre é o mais relevante, uma vez que “em juízo de família, não se resolvem apenas os litígios; resolvem-se pessoas.”¹⁷ Sendo assim, a análise acautelatória e diferenciada por parte dos assistentes sociais, psicólogos, advogados, promotores e magistrados é essencial para uma eficaz e mais satisfatória decisão para todas as partes envolvidas em um litígio familiar.

2.2.1 O papel do assistente social

¹⁷ ALVES, Jones Figueirêdo. Psicologia aplicada ao Direito de Família . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2740>>. Acesso em: 16 fev. 2010.

Conforme o disposto no artigo 203, I, da CF/88, ao serviço social cabe “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.” Cabe ao profissional do serviço social aplicar mecanismos de orientação e prestação de serviço que beneficiem a família como um todo.

Em conflitos familiares, em que a instituição familiar, e o indivíduo em si, também estão fragilizados, o que se busca mediante a tutela do judiciário é a resolução do problema. Porém, a simples solução não é suficiente para a preservação da família. O serviço social tem a finalidade de proporcionar a devida assistência e necessária atenção a estas famílias significativamente fragilizadas, com o intuito de preservar a convivência familiar apesar do conflito instituído.

Sob a perspectiva do serviço social, a transformação da família deve ser um fator levado em consideração para a análise dos casos de Alienação Parental. Conforme a CF/88, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (art. 226, §3º), e “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, §4º). Ou seja, o estudo social deve ser levado em consideração parando a uma eficaz resposta estatal, uma vez que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*).

Nos casos de Alienação Parental, momento em que o contexto familiar está expressamente comprometido, a atuação do profissional do serviço social é essencial, assim como é a presença do psicólogo forense, tendo em vista a sensibilidade do conflito. O estudo sobre a forma como foi instituída aquela família em crise é primordial.

2.2.2 O papel do psicólogo jurídico

Diante da natureza tão diferenciada das relações abarcadas pelo Direito de Família, não há como negar que, além da intervenção dos operadores do direito, a figura do psicólogo jurídico tem sido cada vez mais necessária para a melhor resolução dos conflitos familiares. A sensibilidade latente destes conflitos necessita de uma análise não só jurídica como também clínica. A intervenção especializada do psicólogo jurídico tem por objetivo, fornecer mecanismos de avaliação de pesquisa do conflito familiar, para a melhor resolução do litígio, em todos os processos judiciais familiares.

A presença do psicólogo forense na resolução dos litígios familiares abarca as áreas mais peculiares do Direito de família. As medidas liminares e decisões judiciais como, por exemplo, busca e apreensão de menor, sob a justificativa da proteção do melhor interesse da criança, faz jus à avaliação técnica do psicólogo. Tais medidas, por serem emergenciais e muitas vezes aplicadas *inaudita altera parts*, podem acarretar efeitos negativos para a criança ou adolescente, objeto daquele procedimento judicial, causando à criança danos psicológicos sérios, tendo em vista a agressividade da situação ali constituída.

Observe as palavras da Psicóloga Denise Maria Perissini da Silva:

O psicólogo, na função de perito pertencente ao quadro funcional do Judiciário, é um profissional auxiliar da justiça, cuja tarefa é analisar e interpretar as mensagens emocionais, a estrutura de personalidade e a configuração das relações familiares, com o objetivo de oferecer sugestões e dar subsídios à decisão judicial. Os conflitos e dificuldades dos membros da família trazem um significado emocional, que pode ser diferente para cada uma das pessoas, mas se tornam informações importantes para que o psicólogo possa entender os motivos (conscientes e inconscientes) para a constituição desta família, desde a escolha do cônjuge, as mudanças de casa ou de emprego, o nascimento dos filhos, as perdas (por exemplo, as separações e as mortes), até chegar aos conflitos propriamente ditos e a forma como cada pessoa lida com essa situação.¹⁸

Nem sempre a análise puramente jurídica é suficiente para encontrar a real motivação humana por trás do litígio familiar, como é o caso da Alienação Parental. Neste particular é que se faz necessária a utilização do conhecimento do psicólogo. Os interesses da criança ou do adolescente devem ser protegidos dentro e fora do processo judicial, daí a importância da interferência do profissional de psicologia especializado em conflitos familiares, em prol da efetivação do princípio do melhor interesse da criança.

2.2.3 O papel do advogado

Nos conflitos familiares, em geral, o papel do advogado torna-se diferenciado. A regra de um advogado litigante precisa ceder espaço para o advogado transacionador de modo a demonstrar ao seu cliente a maneira menos dispendiosa para a resolução do conflito ali enfrentado.

¹⁸ SILVA, Denise Maria Perissini da. Dos tribunais para o divã. **Apase**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/40105-distribunais.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2010.

Como profissional que é o advogado, necessário se faz que este evite o contencioso e procure formas extrajudiciais para resolver o conflito familiar antes de levar o seu cliente efetivamente ao litígio judicial, principalmente quando a questão envolver interesse de menor de idade, demonstrando ao cliente que melhor é o consenso com a outra parte do que a imposição trazida pela sentença fixada pelo magistrado. Nas palavras de Sílvio Salvo Venosa, “o tradicional papel do advogado litigante cede lugar ao do advogado conciliador e negociador, o qual juntamente com o juiz conciliador aponta ao interessado o modo mais conveniente para obter a solução do conflito que o aflige.”¹⁹

A perspectiva do advogado não deve ser a de ganhar a causa a qualquer custo, mas sim obter os melhores resultados para ambas as partes, sempre que possível, sem a intervenção estatal. O papel do advogado é demonstrar para as partes que, apesar da separação, o melhor interesse para a criança deve ser mantido.

As diversas medidas que são tomadas em conflitos familiares levados ao judiciário podem acarretar grandes prejuízos para a vida daquela família. Nos casos de separação judicial, regulamentação de visitas e definição de guarda, o litígio se torna bastante intenso. Medidas de afastamento requeridas pelo advogado, por exemplo, bastante comuns em caso de separação judicial ou em casos e que um dos genitores é acusado de abuso sexual contra o filho, são as mais prejudiciais em se tratando de suspeita de Alienação Parental. Observe as considerações da advogada Alexandra Ullmann:

O advogado vai olha e diz: tá, então vamos entrar com uma medida cautelar de afastamento. É imediato! Entrou com a medida cautelar, em menos de 24 horas tem a medida de afastamento. Acabou. Não tem nem o que discutir. Juiz e promotor estão ali vendo um lado só da história, vendo um lado só das provas. Então pra eles o que interessa: se há risco, afasta-se. Aí é que vem a história, sim mais e o outro lado?! O outro lado vai ter o prazo pra apresentar o quanto são frágeis aquelas provas apresentadas naquele momento. Só que o nosso problema é tempo. A gente tá trabalhando com criança e a gente tá trabalhando em cima de prazos judiciais e os prazos judiciais, apesar de serem curtos a burocracia faz com que se transformem em longos. Nós temos aí lutas judiciais de cinco, seis, dez anos pra se provar a inexistência de qualquer tipo de abuso... E pra se resgatar essa convivência não existe mais chance. Você pode reconstruir resgatar não resgata.²⁰

Assevere-se de que o conhecimento da ocorrência de Alienação Parental é essencial para que o advogado se comporte de forma a prevenir a prática de tal conduta e, por via

¹⁹ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: direito de família.** 9 ed., São Paulo: Atlas, 2009. v. 6. p. 13.

²⁰ MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. Loc. cit.

reflexa, evitar as consequências trazidas por ela e as dificuldades pelas quais a criança, vítima de Alienação Parental, possa se deparar. O advogado precisa estar atento ao papel que ocupa nesses tipos de conflito e ter em mente a melhor análise do mesmo, pois dependendo do mecanismo do qual se utiliza para vencer a lide, pode estar levando aquela família a um desfecho mais complicado do que o esperado. É preciso ter em mente que mais vale um bom acordo do que um litígio de certo desgastante, no qual se tem, sem dúvida alguma, a certeza de que não só uma das partes sairá ferida, mas a criança, objeto daquele litígio, sofrerá, não por ter os pais separados, e sim por ter que negar a existência de um de seus genitores.

Sendo assim, a postura esperada de um advogado que lida com causas de família está muito relacionada à postura de um conselheiro, um mediador, um pacificador, que tenha olhos diferenciados em frente ao momento enfrentado pelo seu cliente e não a de um “guerrilheiro”, disposto a utilizar-se de todos os meios em direito admitidos e até inadmitidos para conseguir saciar a vontade de seu cliente que, naquele momento, muitas vezes em virtude do “calor da emoção”, não está em boas condições para pensar no que seria melhor para si e por via reflexa para a sua família e em especial para a criança envolvida no litígio.

2.2.4 O papel do Ministério Público

Ao Ministério Público foi dada a titulação de órgão com função essencial à justiça, como pode se verificar nos termos do artigo 127, *caput*, da CF/88, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Com o objetivo de garantir a defesa dos interesses do menor de idade em causas familiares, temos assegurado pelo ordenamento jurídico pátrio, a fiscalização destes conflitos pelo Ministério Público. Conforme o artigo 82, I do Código de Processo Civil Brasileiro “compete ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesses de incapazes.” E, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, inciso VIII), “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.”

Cabe ao Ministério Público, assim como aos demais profissionais do Direito de Família, pautar-se no “*princípio do superior interesse da criança e do adolescente*, que permite o seu pleno desenvolvimento de sua personalidade e é diretriz solucionadora de

questões advindas da separação ou divórcio dos genitores, relativas à guarda, ao direito de visita etc.”²¹ (Grifo no original).

Em conflitos em que se busca a separação judicial, a definição de guarda ou regulamentação de visitas, por exemplo, necessário se faz que o Ministério Público também tenha conhecimento da prática de Alienação Parental, com a finalidade de dar efetiva proteção aos direitos do menor.

A Promotora de Justiça Kátia Maciel, em entrevista, assim se manifestou com a finalidade de demonstrar a importância da análise da Alienação Parental pelos garantidores dos interesses do menor:

Então o que acontece numa separação, num divórcio, ou em qualquer momento que eles acordem nessa divisão de tarefas, de guarda, de companhia e de visitação, a partir daquele momento, quem ficou com a guarda tem a ciência de que mais dia menos dia o outro que é o não guardião, digamos assim, o visitante, pode vir a pleitear a guarda, porque a guarda é um dos ramos do poder familiar. Então se ele não perdeu esse direito de ter a guarda do filho ele pode a qualquer momento pleitear. A insegurança do guardião com relação a isso é muito grande, aquele guardião doente, porque o guardião sadio ele não vai se preocupar com isso. Agora se ele é um guardião, digamos, doente a tal ponto de criar mentiras, falsas acusações, denúncia caluniosa com relação a determinado ex-companheiro ou ex-marido aquela pessoa não está apta a exercer a guarda, mas em que momento nós vamos descobrir isso?

O guardião utiliza das pessoas mais próximas que confiam na palavra dele e confiam na palavra da criança porque a criança vai repetindo exatamente o que o guardião está falando só que dali algum tempo aquela criança como não vivenciou aquele fato, uma ‘falsa memória’ incutida pelo guardião, ela vai esquecer. Se tiver contatos com o guardião dali algum tempo ele vai verificar que não há porque estar nutrindo aquele medo do não guardião. Mais pra isso você tem que manter a convivência, se não tiver, na cabeça dele ele vai manter: não ele praticou sim, tanto que não está nem me vendo.²²

Ante o exposto, o papel do Ministério Público em casos de Alienação Parental, é extremamente importante sob a ótica da propositura, análise ou aceitação das medidas tomadas em desfavor do genitor alienado como, por exemplo, a decretação de afastamento deste genitor do menor. Medida extremista como essa sem a comprovação do quadro ou não de Alienação Parental pode causar sérios prejuízos ao menor que permanecerá afastado de seu

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24 ed. reformulada, São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 23-24.

²² MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. Loc. cit.

genitor não guardião durante tempo, de certa forma, suficiente para apagar da memória da criança a imagem verdadeira daquele genitor.

2.2.5 O papel do magistrado

Da mesma maneira que se espera um comportamento diferenciado por parte do Advogado e do Promotor de Justiça frente às causas de família, igual comportamento se exige do Magistrado, tendo em vista, como já mencionado diversas vezes, a sensibilidade do litígio familiar.

Quando se ingressa com uma ação em que se pleiteia a resolução de um problema de cunho familiar, não se espera simplesmente que o juiz se posicione de forma a resolver com a maior praticidade e rapidez a questão ali exposta. Segundo as palavras de Sílvio Salvo Venosa:

O juiz e os tribunais de família devem possuir um perfil absolutamente diverso das cortes destinadas a dirimir conflitos patrimoniais. Como sabemos, os conflitos sociais e os de família são os mais sensíveis; não se resolvem com um decreto judicial, que somente pode advir como último escolha. Mais do que em qualquer outro campo do processo, os conflitos de família podem compor-se tecnicamente pela sentença, mas com ela não se solucionam. Pelo contrário, com frequência (sic) o comando judicial, muitas vezes, agrava um problema sem resolve-lo.²³

A legislação dá amplos poderes ao juiz em questões de família e é rica em se tratando de acordo, principalmente nestes casos. Exemplo é o disposto no artigo 125 do CPC, “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código competindo-lhe: IV. Tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

No processo judicial em geral e também nos que envolvam interesse de menor, as oportunidades dadas ao juiz para conciliar as partes são diversas, como se constata nos artigos 277, 448 e 449, todos do CPC.²⁴ Cabe a ele a função de proporcionar o melhor desfecho para o conflito familiar, de forma a fazer com que as próprias partes estabeleçam um acordo e decidam da melhor forma o melhor para elas e, somente restando totalmente frustrada a

²³ VENOSA, Sílvio Salvo. Op. cit, p. 12.

²⁴ Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

conciliação, caberá ao juiz impor uma decisão que, implicitamente, pode trazer mais conflito entre as partes e, por via reflexa consequências negativas aos filhos destas partes, se este for o caso.

A questão da análise da Alienação Parental pelo juiz é bastante delicada. As palavras do Juiz Gerardo Carnevale demonstram a problemática ao se deparar, por exemplo, com laudos psicológicos que expressam uma possível violência psicológica sofrida pela criança, vítima de Alienação Parental, sem sequer ouvir o possível agressor, e as medidas de afastamento aplicadas nos casos de acusação de abuso sexual praticado por parte do genitor não guardião:

Eu entendo que esses laudos psicológicos têm essa falha grave, isso deveria ser mudado pelo conselho regional não deveria ser elaborado qualquer laudo sem ouvir a outra parte e os juízes deveriam não considerar.

Chega um relato que é sempre surpreendente, no sentido de que um pai abusado ou a mãe teria maltratado uma criança então a gente tem uma tendência natural de bom, eu não sei é verdade ou não por via das dúvidas eu faço isso. Mas não é esse o meu cainho, por via das dúvidas eu não afasto.

O prejuízo é a falta de contato. É a falta do afeto. É o rompimento. Porque acaba como você pode imaginar, o processo demora muito. Se há uma decisão dessa ela se prolonga pelo processo todo e só vai se resolver daqui a dois anos. Então vai acabar que o alienador vai conseguir seu intento com amparo inclusive judicial. Ele vai ter uma decisão judicial e essa idéia vai reforçar a existência de um possível abuso porque quando se dá uma decisão judicial, a pessoa que propôs acaba se engrandecendo e conformando o mero alegado porque ela acaba se arvorando de uma decisão judicial e diz 'tá vendo não fui só eu quem disse o juiz confirmou', e essa história passa a ser mais introjetada ainda na cabeça da criança.

Eu acho uma temeridade as liminares que simplesmente resolvem por afastar. Existe outros mecanismos, existem visitas monitoradas, visitas vigiadas, visitas em locais adequados, visitas em locais públicos. Mas eu acho que quando se tem a notícia específica de que aquele abuso foi falso, eu acho que a melhor solução pra essa criança, pra essa família é a inversão da guarda.²⁵

A simples decisão estabelecendo liminarmente o afastamento do genitor do menor ou a decretação de uma sentença, esclarecendo quem tem e quem não tem razão sobre a questão submetida à apreciação do judiciário, não é o que as partes almejam, mas sim a análise pormenorizada e profunda do conflito. Da mesma forma que os demais profissionais da justiça, o juiz, nas questões judiciais que envolvam interesse de menores, deve zelar pelo melhor interesse da criança, com a finalidade de manter intactos os direitos e garantias assegurados à criança e ao adolescente.

²⁵ MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. Loc. cit.

2.3 Jurisprudência brasileira e os casos de Alienação Parental

A Alienação Parental, conforme o já mencionado neste trabalho, trata-se de um tema muito atual no que tange a sua análise e reconhecimento por parte dos tribunais pátrios. Desta feita, explica-se a escassez de jurisprudência acerca da matéria.

Observem como os casos de Alienação Parental têm sido objeto de discussão pelos tribunais brasileiros, analisando a seguir as decisões de não reconhecimento e de configuração da Alienação Parental.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim se manifestou acerca da presença de Alienação Parental:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALIMENTOS E VISITAÇÃO AOS FILHOS MENORES DE IDADE. ACUSAÇÕES MÚTUAS ENTRE OS GENITORES. SÍNDROME DA **ALIENAÇÃO PARENTAL** X ABUSO SEXUAL. Diante da ausência de comprovação do abuso sexual aliada à suspeita de **alienação parental**, merecem ser restabelecidas as visitas. Até porque, a forma de visitação determinada na decisão recorrida, prevê a supervisão por pessoa a ser indicada pela recorrente, de sorte que não há risco de dano aos infantes. ALIMENTOS. Existindo comprovação de que houve diminuição das possibilidades do alimentante, embora as necessidades sigam sem qualquer mudança, deve haver readequação no valor dos alimentos. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (TJRS, **Agravo de Instrumento Nº 70031200611, Oitava Câmara Cível, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 20/08/2009, DJ 27/08/2009**).²⁶

Ao agravo instrumental, cujo teor da ementa encontra-se acima exposto, foi negado por unanimidade o seu provimento. Trata-se de agravo de instrumento interposto nos autos do processo de separação litigiosa contra decisão que reduziu o *quantum* da prestação alimentícia dos infantes e determinou o restabelecimento da visitação do pai aos filhos, com supervisão por pessoa a ser indicada pela mãe, uma vez que não houve comprovação suficiente para a retirada da presença do pai da vida dos infantes de forma brusca e sim suspeita de alienação parental por parte da agravante.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agrado de instrumento. Separação judicial. Alimentos e visitação aos filhos menores de idade. Acusações mútuas entre os genitores. Síndrome da alienação parental x abuso sexual. Agravo de Instrumento nº 70031200611. Agravante: L.Z.E.P. Agravado: M.A.P. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Acórdão 20 de agosto 2009. DJ 27 de agosto de 2009.

A decisão que se segue foi tomada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de apelação:

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Prova suficiente ao deslinde do mérito. Defesa processual rejeitada. MODIFICAÇÃO DE REGIME DE VISITAS - Menor adolescente, residindo com a mãe - Pai que não consegue controlar sua agressividade, causando certa rejeição no filho - Modificação no regime a fim de condicionar o exercício das visitas à vontade do menor. Admissibilidade. **Síndrome de alienação parental** inexistente no caso - Vontade do menor que deve ser respeitada. Sentença de procedência parcial que deve ser mantida - Apelo a que se nega provimento. (TJSP, **Apelação com Revisão 6760994000, Sexta Câmara de Direito Privado, Relator: Percival Nogueira, Julgado em 05/11/2009, DJ 18/11/2009**).²⁷

Ao recurso de apelação exposto acima foi dado conhecimento, porém negado provimento. O filho interpôs recurso com a finalidade de ver retirado o direito de visita dado ao seu genitor. A sexta câmara chegou à conclusão de que a vontade do menor não pode prevalecer por inteiro sobre o direito do pai de conviver e acompanhar o desenvolvimento da criança, não se justificando a restrição à visitação do pai, motivo pelo qual se optou por modificar o regime de visitas em virtude da falta de autocontrole por parte do genitor. Tal situação não se configurou como Alienação Parental.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim se manifestou quanto à confirmação da presença de Alienação Parental:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE GUARDA DE MENOR. GUARDA EXERCIDA PELOS AVÓS MATERNOS, CONFIADA AO PAI NA SENTENÇA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA MENOR. Estando demonstrado no contexto probatório dos autos que, ao melhor interesse da criança, será a transferência da guarda para o pai biológico, que há muitos anos busca em Juízo a guarda da filha, a sentença que assim decidiu, com base na prova e nos laudos técnicos, merece ser confirmada. Aplicação do 1.584, do Código Civil. Guarda da criança até então exercida pelos avós maternos, que não possuem relação amistosa com o pai da menor, restando demonstrado nos autos presença de síndrome de alienação parental. Sentença confirmada, com voto de louvor. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (TJRS, **Apelação Cível Nº 70029368834, Sétima Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 08/07/2009, DJ 14/07/2009**).²⁸

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova suficiente ao deslinde do mérito. Defesa processual rejeitada. Modificação do regime de visitas. Apelação nº 6760994000. Relator: Percival Nogueira. Acórdão 05 nov. 2009. DJ 18 nov. 2009.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Ação de substituição de guarda de menor. Guarda exercida pelos avós maternos, confiada ao pai na sentença. Prevalência dos interesses da

Ao recurso de apelação analisado pelo TJRS foi negado por unanimidade o seu provimento. Trata-se de apelação interposta contra a sentença que determinou a substituição da guarda da criança, tendo como apelantes os avós maternos e como apelado o genitor da criança. Os avós tiveram como argumentação o despreparo do pai para cuidar da criança. Em laudo psicológico ficou comprovada a presença de alienação por parte dos avós maternos e os prejuízos que tal conduta acarretaria para a criança caso ficasse em poder dos avós.

Observe-se que a decisão disposta aqui comprova o que fora exposto neste trabalho no que se relaciona ao sujeito ativo da Alienação Parental, ou seja, a AP não se restringe ao pai ou à mãe alienantes ou alienados, mas também tem sido praticada por terceiro da família, no caso acima, os avós.

A decisão que se segue foi tomada em sede de *Habeas Corpus*, também pelo TJRS:

EMENTA: HABEAS CORPUS. MENORES. ABRIGAMENTO. ADEQUAÇÃO. Genitores em intenso conflito; elementos a demonstrar que os menores estão sendo vítimas de violência física perpetrada pela mãe e pelo padrasto, e que a mãe pode estar impondo aos filhos a **síndrome da alienação parental**. Caso em que adequada a medida de abrigo dos menores, porquanto relevantes e substanciais os elementos a demonstrar não ser recomendável, ao menos por ora, permaneçam eles sob os cuidados da mãe. DENEGARAM A ORDEM. (TJRS, **Habeas Corpus N° 70029684685, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/05/2009, DJ 03/06/2009**).²⁹

Ao HC analisado pelo TJRS denegaram a ordem. Trata-se de remédio constitucional de que se valeu a genitora dos menores, a fim de reaver a guarda dos filhos. O Ministério Público no intuito de preservar o melhor interesse das crianças requereu a submissão das crianças às instalações de um abrigo, tendo em vista os prejuízos sofridos pelos menores sob a guarda da genitora e pautou-se na possibilidade de que ela esteja expondo os filhos à violência psicológica (Alienação Parental), uma vez que os filhos não desejam o contato com o genitor (inteiro teor do acórdão).

O TJRS julgou também em grau de recurso, hipótese de prática de Alienação Parental praticada contra o genitor:

menor. Apelação Cível n° 70029368834. Apelante: F.M.S.; S.A.W.S.; L.S.S.S. Apelado: L.A.F.S. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Acórdão 08 set. 2009. DJ 14 set. 2009.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n° 70029684685. Habeas corpus. Menores. Abrigamento. Adequação. Relator: Rui Portanova. Acórdão 28 maio 2009. DJ 03 jun. 2009.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PATERNAS. **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**. O direito de visitas, mais do que um direito dos pais constitui direito do filho em ser visitado, garantindo-lhe o convívio com o genitor não-guardião a fim de manter e fortalecer os vínculos afetivos. Evidenciado o alto grau de beligerância existente entre os pais, inclusive com denúncias de episódios de violência física, bem como acusações de quadro de **síndrome da alienação parental**, revela-se adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, **Agravo de Instrumento N° 70028674190, Sétima Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 15/04/2009, DJ 23/04/2009**).³⁰

Ao recurso de agravo de instrumento analisado pelo TJRS foi concedido, por unanimidade, provimento parcial. Trata-se de recurso interposto contra a decisão interlocutória que negou ao genitor o direito de visita ao filho. O genitor alegou a existência de alienação parental sob o argumento de que a genitora utiliza-se da criança e de meios psicológicos para afastar o menor do pai, em virtude da ruptura da vida em comum. Foi deferida a realização das visitas mediante supervisão de psicólogo ou psiquiatra em ambiente terapêutico.

O TJRS julgou, em 2006, em grau de agravo de instrumento, hipótese de prática de Alienação Parental praticada contra o genitor:

EMENTA: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora, não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da **alienação parental**. Negado provimento. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, **Agravo de Instrumento N° 70015224140, Sétima Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006, DJ 24/07/2006**).³¹

Ao recurso de agravo de instrumento analisado em 2006 pelo TJRS foi concedido, por unanimidade, provimento parcial. Trata-se de recurso interposto contra a decisão interlocutória que negou ao genitor o direito de visita à filha. Neste processo, o genitor foi acusado pela genitora de abuso sexual praticado contra a criança. A genitora pleiteou a destituição do poder familiar do genitor. Maria Berenice Dias, relatora do processo,

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento. Regulamentação de visitas paternas. Síndrome da alienação parental. Agravo de instrumento n° 70028674190. Agravante:L.S.Q. Agravado: L.J.Q. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Acórdão 15 abr. 2009. DJ 23 abr. 2009.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento. Destituição do poder familiar. Abuso sexual. Síndrome da alienação parental. Agravo de instrumento n° 70015224140. Agravante: M.S.S. Agravado: S.D.A. Relator: Maria Berenice Dias. Acórdão 12 jul. 2009. DJ 24 jul. 2009.

manifestou-se no sentido de que há grandes possibilidades da presença de Alienação Parental, uma vez que a genitora empenha-se em ver destruída a imagem do genitor frente à criança, esquecendo-se de que, após um relacionamento frustrante, o que prevalece é o melhor para a criança.

Frente às decisões aqui expostas, vê-se que a Alienação Parental, de certo, ainda é tema de difícil reconhecimento por parte dos tribunais brasileiros, o que reforça o fato de que a idéia principal deste trabalho é colaboração para a divulgação da prática de tal conduta. O receio de se aceitar a Alienação Parental como realidade na esfera familiar é de certa forma aceitável, uma vez que se trata de conteúdo bastante abstrato. Contudo, não há como desprezar a ocorrência de algo que está explícito e causando tantos prejuízos à sociedade familiar. O reconhecimento da Alienação Parental e a utilização de mecanismos de combate à conduta são necessários para que efetivamente o melhor interesse da criança seja alcançado.

III MECANISMOS DE COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1 Estatuto da Criança e do Adolescente

A Lei n.º. 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente foi instituído com o intuito de proporcionar total proteção à criança, assim considerada aquela com idade limite de doze anos, e ao adolescente, assim considerado aquele com idade entre doze e dezoito anos, e, excepcionalmente, ao menor com idade entre dezoito e vinte e um anos (arts. 1º, 2º e parágrafo único).

Assegura as crianças e aos adolescentes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e determina ainda que nenhum deles será objeto de qualquer tipo de negligência ou qualquer outro mecanismo que vise frustrar seus direitos (arts. 3º e 5º).

Determina que deva ser respeitado, prioritariamente, dentre outros direitos, o direito à convivência familiar não só pela família, pela sociedade, como também pelo Estado (art. 4º e parágrafo único).

O artigo 15 do Estatuto dispõe que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento”, esclarecendo que o direito à liberdade relaciona-se, dentre outros aspectos, com a participação “da vida familiar e comunitária, sem discriminação” (art. 16, V).

Esclarece que “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais” (art. 17), incumbindo a todos o dever de “zelar para dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (art. 18).

O Estatuto da Criança e do Adolescente dedica capítulo próprio para tratar do direito à convivência familiar da criança e do adolescente (Capítulo III: Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária). Dispõe expressamente sobre a importância da convivência familiar quando determina que “toda criança tem o direito de ser criada e educada no seio da sua família” (art. 19, *caput*), assegurado que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma como dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência” (art. 21).

Mais adiante, em seu artigo 129, o Estatuto da Criança e do Adolescente elenca medidas a serem aplicadas aos pais ou responsável pela criança ou adolescente que utilizarem de quaisquer mecanismos para dificultar a efetivação dos direitos assegurados ao menor. Dentre elas encontram-se: “encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; advertência; perda da guarda; suspensão ou destituição do poder familiar”, (incisos III, VII, VIII e X).

O Estatuto da Criança e do Adolescente é norma suficiente para assegurar e concretizar os direitos inerentes à criança e ao adolescente e combater a prática de Alienação Parental. De certo que a Alienação Parental é conduta que fere diretamente os direitos dispostos no Estatuto, uma vez que se trata de prática que atinge o desenvolvimento psicológico e social da criança e do adolescente e vai de encontro ao direito e convivência familiar, sendo perfeitamente possível a aplicação das medidas trazidas pelo artigo 129 e demais dispositivos aqui mencionados.

3.2 Lei da Guarda Compartilhada

Mecanismo de combate à Alienação Parental também é a trazida pela Lei Federal nº. 11.698/08, a chamada Lei da Guarda Compartilhada, que altera os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, dispondo sobre a fixação da guarda unilateral e da guarda compartilhada com a finalidade de proporcionar maior proteção aos filhos de pais em processo de separação, por exemplo.

A nova Lei demonstra a importância da fixação da guarda compartilhada com a finalidade de proporcionar maior e melhor convívio da criança ou adolescente com ambos os genitores, após a ruptura da vida em comum entre os pais.

Os dois dispositivos são suficientes para demonstrar que tipo de guarda é mais viável para a preservação do princípio do melhor interesse da criança. Como pode se observar através do artigo 1.583 ³² da mencionada Lei, enquanto a guarda unilateral refere-se àquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua” (*caput*), a guarda compartilhada refere-se “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (parágrafo 1º).

Na guarda unilateral, o não guardião tem o status de simples supervisor dos interesses do filho, o que traz restrições ao menor quanto à convivência diária com o genitor não guardião, enquanto que na guarda compartilhada a responsabilidade é equivalente tanto para um quanto para o outro, garantindo-se maior convivência entre eles e o menor, uma vez que o poder familiar continua efetivamente a ser de ambos e não apenas de um dos genitores, como ocorre na guarda unilateral.

Segundo o disposto no art. 1.584 ³³ da referida lei, a guarda compartilhada (assim como a unilateral) pode ser requerida por comum acordo entre as partes ou qualquer deles ou decretada de ofício, quando não houver acordo entre elas, pelo magistrado em consideração às

³² Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

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

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

³³ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

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

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

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

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

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

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

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

necessidades do menor conferindo a ambos os pais a igualdade de exercício de direitos e deveres no que se refere à autoridade parental.

O que se busca com o instituto da guarda compartilhada é a mútua responsabilização dos genitores para com os filhos, fazendo com que o pai, que antes só detinha o direito de visitação, passe a ter um convívio saudável com o seu filho.

Vale mencionar que a guarda compartilhada em nada se confunde com a guarda alternada, que não será objeto de estudo o presente trabalho. Observe:

Esta não se confunde com a **guarda alternada**, em que **o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores**, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, **facultando-se as visitas a qualquer tempo**. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.³⁴ (Grifo nosso)

Como se vê a finalidade da guarda compartilhada é, acima de tudo, estreitar os laços dos genitores que não mais se encontram em comunhão, para com os filhos de forma a garantir os direitos familiares fundamentais dos menores e evitar a prática de Alienação Parental por qualquer um dos pais.

3.3 Mediação Familiar

Apesar de não termos uma Lei da Mediação instituída no ordenamento jurídico pátrio, a mediação familiar tem sido um mecanismo de resolução de conflitos na esfera do Direito de Família. Consiste no mecanismo utilizado pelas partes de comum acordo, com a assistência de um terceiro imparcial e neutro, que não decide e nem sugere solução alguma, não possui qualquer vínculo ou interesse particular relacionado a quaisquer das partes e que especificará os pontos que geram controvérsias com a finalidade de facilitar as tomadas de decisões pelas próprias partes de forma que ambas tenham seus interesses supridos o mais completamente possível.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6, p. 268.

O objetivo da mediação familiar é, com ajuda profissional, encontrar a melhor forma para a resolução de um conflito familiar com o mínimo de agressão ao psicológico dos integrantes da família em crise.

Vale mencionar que a mediação familiar de maneira alguma é via substitutiva do processo judicial, mas sim forma alternativa com relação à mesma, desde que não haja inteira necessidade de submissão do caso concreto ao Poder Judiciário. A mediação familiar é alternativa para promover a melhor análise, pelas próprias partes, do conflito vivenciado entre elas com a função de fazê-las se reorganizarem no âmbito familiar, evitando a demora dos litígios e mitigando os custos do processo, tanto para o Poder Público quanto para elas, reduzindo a crise familiar.

Maria Helena Diniz se posiciona da seguinte maneira acerca do tema:

Os conflitos familiares decorrem de uma inadequada comunicação, por isso a mediação familiar tem por escopo primordial estabelecer uma comunicação, conducente ao conhecimento do outro e à intercomposição, partindo de explicações, buscando informações e permitindo a intersubjetividade entre os mediandos, para que cada um possa compreender o que o outro diz. A mediação, com a intervenção de terceiro neutro (mediador), procura a conciliação das partes com interesses opostos, promovendo um acordo. Daí o papel do mediador, profissional qualificado que busca diálogo entre os envolvidos, para que eles, após a reflexão, venham a firmar acordos que atendam às necessidades de todos e conduzam à co-responsabilidade parental, levando o filho menor a ter um igual relacionamento com ambos os pais, que deveram exercer igualmente o poder parental; com isso consagrado estará o direito da criança e do adolescente de conservar o convívio com seus dois genitores, que assegurarão em conjunto a sua educação, apesar de não mais serem um casal conjugal, pois passarão a ser um casal parental, com responsabilidade por seus papéis de pai e mãe.

A mediação favorece o diálogo, por clarificar o que pertence a cada um dos envolvidos na situação conflituosa, levando-os a falar e a ouvir para que haja responsabilização da decisão tomada e da opção da alternativa solucionadora do impasse, possibilitando uma convivência paterno-materno-filial, numa nova relação interpessoal de respeito e amizade, baseada na compreensão, cooperação e tolerância. (...)

A mediação procura criar oportunidade de solução do conflito, possibilitando que, com maturidade, os protagonistas repensem sua posição de homem, mulher, pai e mãe, verificando seus papéis na conjugalidade e na parentalidade, e impedindo violência das disputas pela guarda de filhos menores e pelas visitas. Com isso, protege-se a prole de comprometimentos psicológicos e psicossomáticos, tão frequentes no período pós-separação ou pós-divórcio de seus pais.³⁵

³⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit, p. 360-363.

Assim sendo, o acordo decorrente dessa forma de resolução de conflito familiar tende a desonerar a família de possíveis problemas psicológicos, não só os conflitantes, mas principalmente os filhos, que são os que mais sofrem em casos de separação e divórcio dos pais. Esses filhos são bastante amparados no processo de mediação, tendo em vista que a mediação familiar focaliza sempre o melhor interesse dos filhos no acordo, isto os beneficia protegendo-os de possíveis conflitos entre os pais já separados e possibilita, por via reflexa, a comunicação entre estes com relação à formação e desenvolvimento dos filhos.

Observe-se que, com a mediação familiar se tem grandes chances de evitar a prática de Alienação Parental, uma vez que o referido instituto tem como objeto a família em crise, ou seja, o momento em que os membros da família não mais conseguem enxergar as melhores decisões para toda a família, inclusive e principalmente para os filhos, e passam a ver somente seus próprios interesses.

3.4 Projeto de Lei nº 4.053/2008

Por fim, temos como mecanismo sólido de combate à Alienação Parental as medidas elencadas no Projeto de Lei nº 4.053/08 (anexo I), de autoria do Deputado Régis de Oliveira que dispõe sobre o tema e já foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), com substituto do projeto oferecido pela Relatora Deputada Maria do Rosário e aceito pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. No dia 04 de fevereiro de 2010, foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) para elaboração de relatório final. No dia 16 de março do presente ano, a CCJC aprovou, por unanimidade, a redação final do referido projeto e no dia 25 do referido mês, houve remessa do Projeto ao Senado Federal para apreciação.

A justificativa para o Projeto é a questão da resistência dos profissionais da Justiça no tocante ao reconhecimento da gravidade de Alienação Parental e a ausência de mecanismos específicos de combate à sua prática.

O objetivo é prevenir a ocorrência da Alienação Parental e os atos que dificultem a convivência entre a criança e o genitor que não detém a guarda. O intuito é dar uma efetiva resposta legislativa a essa questão que já tem sido estudada desde os anos oitenta e que se trata de interesse público.

A função da nova norma é aperfeiçoar o ordenamento jurídico e coibir todo e qualquer ato praticado em desfavor à perfeita formação psicológica e emocional de filhos de

pais separados ou divorciados e, demonstrar que a Alienação Parental é forma de abuso no exercício do poder familiar, e de descumprimento aos direitos da personalidade da criança em desenvolvimento.

O Projeto original trata da definição legal da Alienação Parental no ordenamento jurídico, estabelecendo um rol exemplificativo de atos que dificultam o convívio pleno entre o menor e ambos os genitores, demonstrando à sociedade a importância da reprimenda estatal a tal conduta. Também determina critério específico para a estipulação ou alteração da guarda do menor, em casos onde seja inviável a aplicação do instituto da guarda compartilhada levando-se em consideração a existência de Alienação Parental no conflito específico. Também viabiliza a utilização do instituto da mediação nos casos de Alienação Parental.

Após apreciação pela Comissão de Seguridade Social e Família, o referido projeto foi aprovado na forma de Substituto ao projeto (anexo II), de autoria do Deputado Régis de Oliveira e tendo como relator o Deputado Acélio Casagrande.

O Substituto propôs emenda no que se refere à proteção não só à criança, como também ao adolescente vítima de Alienação Parental, e à inclusão dos avós e terceiro que detenha a guarda do menor, no polo ativo da Alienação Parental.

O Substituto também propôs a exclusão da utilização da mediação em casos de Alienação Parental, com a justificativa de já haver projetos mais específicos relacionados ao instituto. Propôs ainda, o estabelecimento de requisitos pré-estabelecidos para a formulação de laudo pericial referente à Alienação Parental e a criminalização da conduta no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais especificamente quanto às falsas denúncias de abusos contra o menor e restrição ao seu convívio com o genitor que não detém a guarda.

O Substituto II ao Projeto de Lei nº 4.053/08 (anexo III) oferecido pela Deputada Maria do Rosário e aceito pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, mantém as finalidades e objetivos do projeto original e reinclui a matéria relacionada à utilização da mediação, com o fundamento de que não há qualquer garantia de que os projetos específicos sobre o tema sejam aprovados pelo Legislativo. Porém, não mantém a criminalização da conduta oferecida através do Substituto I ao Projeto, com a justificativa de que a criminalização da Alienação Parental tornaria ainda mais prejudicial à situação vivenciada pela criança ou adolescente vítima de Alienação Parental.

O Substituto II define em seu artigo 2º, *caput*, o que vem a ser a Alienação Parental, discriminando os sujeitos ativos e passivos da conduta e exemplificando formas de Alienação Parental (parágrafo único).

No artigo 3º se demonstram os prejuízos causados pela conduta tanto para o menor quanto para a família, como o prejuízo na relação afetiva do filho com o genitor e a família.

Em seu artigo 4º discorre acerca do tramite processual prioritário com a finalidade de preservar a integridade psicológica do menor e assegurar a convivência familiar. Enumera diversas medidas para combater a violência trazida pela Alienação Parental.

O artigo 5º oferece aparato ao juiz para a utilização de laudo pericial de avaliação psicológica ou biopsicossocial, com requisitos estabelecidos no §1º do referido artigo.

O artigo 6º determina as medidas que poderão ser tomadas pelo magistrado quando “caracterizados atos típicos de alienação parental”. São elas:

- Advertir o genitor que promover atos de Alienação Parental;
- Estender o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- Fixar multa ao genitor alienador;
- Requerer acompanhamento psicológico ou biopsicossocial;
- Transformar a guarda exclusiva em guarda compartilhada ou até mesmo a inversão da guarda;
- Decretar a fixação cautelar do domicílio do menor;
- Suspender a autoridade parental; e
- Em caso de “caracterizada a mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou adolescente junto à residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar” (parágrafo único, art. 6º).

O artigo 7º dispõe sobre o estabelecimento ou alteração da guarda da criança ou adolescente, para o genitor que melhor viabilizar a convivência do filho com o outro genitor, em casos onde não seja possível a fixação da guarda compartilhada.

Medida também assegurada através do Substituto II ao Projeto é a disposta em seu artigo 9º e parágrafos, onde as partes por si sós ou mediante decisão “do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se” do instituto da Mediação para resolução do conflito familiar, “antes ou no curso do processo judicial”.

A redação final do Projeto, aprovado por unanimidade pela CCJC e remetido ao Senado Federal no dia 25 de março do presente ano, manteve a proposta do Substituto II, dispondo sobre a Alienação Parental e alterando o artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente de forma a incluir um parágrafo único.

A nova Lei traz a proposta de inclusão de um parágrafo único ao artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Seção II, Dos Crimes em Espécie, praticados contra a

criança e o adolescente), com a seguinte redação: “Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso a agente indicado no caput ou a autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor.” Aqui se encontram as falsas denúncias oriundas da Alienação Parental.

A norma em apreço não tem por objetivo substituir qualquer outra norma de proteção à criança e ao adolescente no âmbito familiar, nem mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas propõe formas específicas de combate à Alienação Parental e melhor aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente nos casos de Alienação Parental.

Observe-se que o Projeto, apesar de bem estruturado e cujo objetivo é oferecer um aparato legal maior para o juiz e conseqüente segurança jurídica para as famílias que sofrem com este tipo de violência que é a Alienação Parental, nada trará de tão original, uma vez que as medidas judiciais abordadas por ele já são aplicadas pelo judiciário, como foi constatado através da jurisprudência exposta neste trabalho, mas apenas aperfeiçoará formalmente o ordenamento jurídico.

Porém, diante da complexidade do tema, toda forma de combate à prática de Alienação Parental é bem vinda tendo em vista que tal atividade, como já mencionado diversas vezes, traz conseqüências quer sejam grandes ou pequenas, em certos casos, irreversíveis para o menor e para a família e a maior delas é a retirada do direito de convivência familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como foco a análise da Alienação Parental e a sua abordagem mediante a atividade judiciária.

Foram feitas considerações gerais acerca do que venha a ser a Alienação Parental, suas formas de identificação bem como os seus efeitos e repercussão na sociedade brasileira.

Observou-se que, a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental se complementam, porque são bastante afins, entretanto, não se confundem. A Alienação Parental está para a ação, enquanto que a Síndrome de Alienação Parental está para o resultado.

Analisou-se a Alienação Parental e seu tratamento pelo judiciário brasileiro. Demonstrou-se a importância da efetiva preservação do direito à convivência familiar do menor e do papel diferenciado a ser exercido pelos profissionais que lidam com o Direito de Família frente aos conflitos que envolvam casos de Alienação Parental. Analisou-se ainda a jurisprudência brasileira frente aos casos de Alienação Parental.

Observou-se que a Alienação Parental é algo extremamente delicado e que o Direito de Família é o ramo do Direito mais peculiar com que os profissionais da justiça podem lidar. Na aplicação do Direito de Família, a agilidade processual, visando a uma resposta rápida ao jurisdicionado, nem sempre é o mais relevante. A análise acautelatória e diferenciada por parte dos assistentes sociais, psicólogos, advogados, promotores e magistrados é essencial para uma eficaz e mais satisfatória decisão para todas as partes envolvidas em um litígio familiar.

Constatou-se com o auxílio da jurisprudência exposta neste trabalho, que a Alienação Parental de certo ainda é tema de difícil reconhecimento por parte dos tribunais brasileiros. O receio de se aceitar a Alienação Parental como realidade na esfera familiar é de certa forma aceitável, uma vez que se trata de conteúdo bastante abstrato. Entretanto, chegou-se a conclusão de que não há como desprezar a existência de algo que é tão explícito e causa tantos prejuízos à sociedade familiar, como a Alienação Parental.

Foram estudados dispositivos legais pertinentes acerca do tema. Analisou-se a eficácia dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e os possíveis relacionados com a proteção dos direitos do menor, e mecanismos de prevenção e combate à Alienação

Parental tais como: a fixação da guarda compartilhada; a utilização da mediação familiar e o Projeto de Lei nº 4.053/2008 bem como a sua eficácia no ordenamento jurídico.

Constatou-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é norma suficiente para assegurar e concretizar os direitos inerentes à criança e ao adolescente e combater a prática de Alienação Parental.

Também se observou que a finalidade da guarda compartilhada é estreitar os laços dos genitores, que não mais se encontram em comunhão, para com os filhos de forma a garantir os direitos familiares fundamentais dos menores e evitar a prática de Alienação Parental por qualquer um dos pais.

Observou-se que, com a utilização da mediação familiar se tem grandes chances de evitar a prática de Alienação Parental, uma vez que o referido instituto tem como objeto o momento em que os membros da família não mais conseguem enxergar as melhores decisões para toda a família, passando a ver somente seus próprios interesses.

Quanto ao Projeto de Lei nº 4.053/08 constatou-se que o seu objetivo é oferecer um aparato legal maior para o juiz e consequente segurança jurídica para as famílias que sofrem com este tipo de violência que é a Alienação Parental e que, diante da complexidade do tema, toda forma de combate à prática de Alienação Parental é bem vinda, tendo em vista que tal atividade traz consequências até irreversíveis para o menor e para a família, dentre elas a retirada do direito à convivência familiar.

Buscou-se com este trabalho não o esgotamento do assunto, mas a colaboração para um estudo mais aprofundado da Alienação Parental demonstrando que se trata de uma realidade vivenciada por um número expressivo de famílias brasileiras e que necessário se faz maior preocupação e tratamento diferenciado por parte da sociedade jurídica frente ao tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Marina Maciel. **Serviço social e organização da cultura: perfis pedagógicos da prática profissional**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo. Psicologia aplicada ao Direito de Família . **Jus Navigandi**. Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2740>>. Acesso em: 16 fev. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Atualizada até emenda 62/09. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 9 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança, e do Adolescente e dá outras providências. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 9 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº. 11.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 9 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 9 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONHEÇA a Apase. Objetivos e área de atuação. **APASE**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8690>>. Acesso em: 28 out. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24 ed. reformulada, São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

GARDNER, Richard. Manuscrito não-publicado. Aceito para a publicação 2002. Traduzido para o português por Rita de Cássia Rafaeli Neto: O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? **IMEPA**. Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org/richardagardner.php>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6.

MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. **A morte inventada: alienação parental**. [Filme-vídeo]. Produção de Daniela Vitorino, direção de Alan Minas. Brasil, 2009. 1 DVD/Stereo, 80 min. cor. som.

PAI legal.net. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/quemsomos.asp>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

PAIS para sempre. Disponível em: <<http://www.paisparasempre.eu/>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

PAIS por justiça. Disponível em: <http://www.paisporjustica.com/quem_somos.aspx>. Acesso em: 02 jan. 2010.

PARTICIPAIS. Disponível em: <<http://www.participais.com.br/quemsomos.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na prática jurídica: a criança em foco**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação parental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2221, 31 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13252>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

PODEVYN, François. Síndrome da Alienação Parental. Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (09/06/2001). Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil (08/08/2001). **APASE**. Disponível em: <www.apase.org.br>. Acesso em: 11 fev. de 2010.

PORTAL da Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.053/08. <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/601514.pdf>>. Acesso em: 07 de março de 2010.

PORTAL da Câmara dos Deputados. Substituto ao Projeto de Lei nº 4.053/08. <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/657661.pdf>>. Acesso em: 07 de março de 2010.

PORTAL da Câmara dos Deputados. Substituto II ao Projeto de Lei nº 4.053/08. <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/703150.pdf>>. Acesso em: 07 de março de 2010.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. **A Alienação Parental e a reconstrução dos vínculos parentais: uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Síntese, Ibdfam v. 8, n. 37. Ago./Set., 2006.

SILVA, Denise Maria Perissini da. Dos tribunais para o divã. **Apase**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/40105-dostribunais.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2010.

SÍNDROME da Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>> Acesso em: 10 fev. 2010.

SÍNDROME da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos / Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

SOS papai e mamãe. Disponível em: <http://www.sos-papai.org/br_quem.html>. Acesso em: 02 jan. 2010.

SOUZA, Elclydes de. Alienação parental, perigo eminente. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 1, no 30. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=27>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

ULLMANN, Alexandra. Da definição da síndrome da alienação parental. **IMEPA**. Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org/definicao.php>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: direito de família**. 9º ed., São Paulo: Atlas, 2009. v. 6.

ANEXO I

PROJETO DE LEI N° 4.053, DE 2008 (Do Sr. Regis de Oliveira)

Dispõe sobre a alienação parental.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Considera-se alienação parental a interferência promovida por um dos genitores na formação psicológica da criança para que repudie o outro, bem como atos que causem prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Parágrafo único. Consideram-se formas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por equipe multidisciplinar, os praticados diretamente ou com auxílio de terceiros, tais como:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício do poder familiar;

III - dificultar contato da criança com o outro genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de visita;

V - omitir deliberadamente ao outro genitor informações pessoais relevantes sobre a criança, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra o outro genitor para obstar ou dificultar seu convívio com a criança;

VII - mudar de domicílio para locais distantes, sem justificativa, visando dificultar a convivência do outro genitor

Art. 2º A prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 3º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, o juiz, se necessário, em ação autônoma ou incidental, determinará a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes e exame de documentos.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitada, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental apresentará, no prazo de trinta dias, sem prejuízo da elaboração do laudo final, avaliação preliminar com indicação das eventuais medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança.

Art. 4º O processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança.

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte o convívio de criança com genitor, o juiz poderá, de pronto, sem prejuízo da posterior responsabilização civil e criminal:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - estipular multa ao alienador;

III - ampliar o regime de visitas em favor do genitor alienado;

IV - determinar intervenção psicológica monitorada;

V – alterar as disposições relativas à guarda;

VI - declarar a suspensão ou perda do poder familiar.

Art. 6º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabilize o efetivo convívio da criança com o outro genitor, quando inviável a guarda compartilhada.

Art. 7º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas a alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO II

Comissão de Seguridade Social e Família Substituto I ao Projeto de Lei nº 4.053, de 2008

Dispõe sobre a alienação parental.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 2º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou adolescente de convivência familiar saudável, constitui prejuízo à realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 3º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva aproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalva feita ao exercício abusivo do direito por genitor, com iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 4º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidentalmente, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a fala da criança ou adolescente se apresenta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidentalmente, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar intervenção psicológica monitorada;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou adolescente junto à residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 6º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, nas hipóteses em que inviável a guarda compartilhada.

Parágrafo único. Havendo guarda compartilhada, será atribuída a cada genitor, sempre que possível, a obrigação de levar a criança ou adolescente à residência do outro genitor ou a local ajustado, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou decisão judicial.

Art. 8º A Seção II do Capítulo I do Título VII do Estatuto da Criança e do Adolescente aprovado pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com o seguinte acréscimo:

“Art.236.....

.....
Parágrafo único. Incorre na mesma pena, se o fato não constitui crime mais grave, quem apresenta relato falso a agente indicado no caput ou a autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor.”

Art. 9º A Seção II do Capítulo I do Título VII do Estatuto da Criança e do Adolescente aprovado pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com o seguinte acréscimo:

“Art.236-A. Impedir ou obstruir ilegalmente contato ou convivência de criança ou adolescente com genitor.

Pena – detenção de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.”

Art. 10. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em de Maio de 2009.

Deputado **ACÉLIO CASAGRANDE**

Relator

ANEXO III

Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Substituto II ao Projeto de Lei nº 4.053, de 2008

Dispõe sobre a alienação parental

O Congresso Nacional decreta:

Art 1º Esta lei dispõe sobre a alienação parental.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida. Ressalvado os casos em que há iminente risco de prejuízo à

integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou adolescente junto à residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, nas hipóteses em que inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou decisão judicial.

Art. 9º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas a alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e a homologação judicial.

Art. 10º A Seção II do Capítulo I do Título VII do Estatuto da Criança e do Adolescente aprovado pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com o seguinte acréscimo:

“Art.236.....

.....

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso a agente indicado no caput ou a autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor.” (AC)

Art. 10. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em de outubro de 2009.

Deputada MARIA DO ROSÁRIO

Relatora

ANEXO IV

Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
REDAÇÃO FINAL
PROJETO DE LEI Nº 4.053-C DE 2008

Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art. 9º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o

Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do

Ministério Público e à homologação judicial.

Art. 10. O art. 236 da Seção II do Capítulo I do Título VII da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 -

Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 236.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso ao agente indicado no *caput* ou a autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor.”(NR)

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em
Deputado ELISEU PADILHA
Presidente
Deputado ZENALDO COUTINHO
Relator



UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO
CENTRAL – FACIPLAC
Aprovadas pela Portaria SESu/MEC Nº 368/08 (DOU 20/05/2008)

Thiago Alves Fugiwara

DIREITO AUTORAL E O COMPARTILHAMENTO DE
ARQUIVOS MUSICAIS NA INTERNET

Gama – DF, junho de 2009.



UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO
CENTRAL – FACIPLAC
Aprovadas pela Portaria SESu/MEC N° 368/08 (DOU 20/05/2008)

Thiago Alves Fugiwara

DIREITO AUTORAL E O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS MUSICAIS NA INTERNET

Monografia apresentada em cumprimento parcial às exigências do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Planalto Central – FACIPLAC para obtenção do diploma de graduação.

Orientador: Prof.º Esp. Rodrigo Costa Ribeiro

Gama – DF, junho de 2009.



UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO
CENTRAL – FACIPLAC
Aprovadas pela Portaria SESu/MEC N° 368/08 (DOU 20/05/2008)

TERMO DE APROVAÇÃO

Thiago Alves Fugiwara

DIREITO AUTORAL E O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS MUSICAIS NA INTERNET

Monografia apresentada em cumprimento parcial às exigências do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Planalto Central – FACIPLAC para obtenção do diploma de graduação.

Orientador: Prof.º Esp. Rodrigo Costa Ribeiro

Examinadores:

Aos meus pais toda minha gratidão.

"É a pergunta que me vem, em tom de agradecimento, é: por que será que vocês aconteceram na minha vida? Não espero respostas, mas deixo-me aos seus cuidados".

(Fy – adaptada)

AGRADECIMENTOS

O espaço é pequeno, as pessoas são muitas e a gratidão é imensa.

Posto isso, sem maiores delongas, gostaria de agradecê-las citando os seus nomes nesta minha sincera lista de agradecimentos.

Em primeiríssimo lugar, agradeço a Deus (é lógico!), por ter me permitido fazer parte da família que mais admiro e amo, ou seja, a MINHA, e por conceder-me saúde e paz.

Posteriormente, em especial, a minha querida e inesquecível avó Terezinha (em memória). Agradeço, ainda, a minha mãe Eliane (o centro) e ao meu pai Akihiko (o exemplo), pois, “só enquanto eu respirar vou me lembrar de vocês” – *Fernando Anitelli, compositor*.

A minha madrinha Eleusa (pelo carinho e atenção dispensados), a minha tia Kátia (pelo ânimo de sempre), ao meu primo Rogério (por ajudar), aos meus irmãos Aiaka (pela compreensão) e Diego (pela descontração), aos meus familiares Cito, Joana, Evanir, Ernane, Paulo, Jorge Cândido, Vanimar, Adalto e a todos meus primos.

Gostaria, ainda, de demonstrar minha reverência de acadêmico aos meus professores, verdadeiros disseminadores de conhecimentos, em peculiar às professoras Isolda Bezerra, por tudo; Janaína Milanez; Ana Carolina; Gildete Balieiro; Renata e Cristiane, aos professores Rodrigo Costa, por me orientar nesta monografia, ajudar enormemente em outros tantos casos e esclarecer o que parecia obscuro; Rafael Funayama, por conceder oportunidades únicas; Rodrigo Mazoni, por ajudar; José Carlos, pelos livros e tudo mais; Gustavo Cruz, pelas dicas, aliás, “eu não existo a vida inteira”; João Costa; Fernando Silveira, por indicar o caminho; José Manoel, Felipe Loureiro, Gedeon; Francisco Cruz; Roberto Lúcio; Edílson Enedino; Edson Smaniotto; Inácio; Remilson Candeia; Diaulas Costa Ribeiro e Moaci Carneiro, pois se hoje enxergo além do que antes via foi porque me apoiei nos ombros de todos vocês.

A todos meus amigos e colegas, em específico, os de sala de aula e de Faculdade, a srta. Tallita Cunha de Lima e a Dr^a Ruth Caiana, ao Magnum, Adriano Almeida, o prof.^o João Marcos, André Ricardo, José Daniel, Fábio, Caio, José Mário, Adécio, Galdino, Mário; a Edirci Mota, Lorena Junqueira, Lucíola Fernandes, Nívea, Nádia Silva, Nara, Meryanny Lacerda, Lílian Keffilin, Ana Paula, Gabriela e à Natália Bueno, Alda Maria, Samila Alves, Margarete, Alessandra, Susi, Larissa, prof.^a Celina, Adriana Lopes, Vanessa Sales, Conceição, Raquel, Carol, Diana Mota, Manuela C. Branco, Berta Celli, Anay, Sandra e Joelita.

Por fim, a todos aqueles que me entendem e compreendem a verdade de minhas atitudes, que fazem ou fizeram parte de minha vida, e aos que por algum motivo ou distúrbio inexplicável admiram ou gostam da minha pessoa. **OBRIGADO!**

“De ontem em diante serei o que sou no instante agora
Onde ontem, hoje e amanhã são a mesma coisa
Sem a idéia ilusória de que o dia, a noite e a madrugada
são coisas distintas
Separadas pelo canto de um galo velho”.

(Fernando Anitelli, compositor)

“Mesmo quando não houver alguém
Tentarei me entender
Mesmo quando estiver assim
Feito nuvens a chover
Buscarei a perfeição dentro do silêncio
E sem perder a razão
Serei eu mesmo
Até encontrar a minha paz”.

(Jonathan Corrêa, compositor)

“Todo dia
Toda hora
Todo minuto
Todo segundo
E a todo e qualquer instante
Tentamos ludibriar a realidade
Para acreditarmos no que queremos
Para desviarmos dos nossos problemas
E para vivermos nossa ilusão”.

(Thiago Fugiwara)

“Faça uma lista de grandes amigos
Quem você mais via há dez anos atrás
Quantos você ‘inda vê todo dia
Quantos você já não encontra mais
(...)
Quantas mentiras você condenava
Quantas você teve que cometer
Quantos defeitos sanados com o tempo
Eram o melhor que havia em você
Quantas canções que você não cantava
Hoje assovia para sobreviver
Quantas pessoas que você amava
Hoje acredita que amam você”.

(Oswaldo Montenegro, compositor)

“Eu sou letra simples
Minha caligrafia sou eu
um suburbano, com fé e rebeldia
Visionário, estrangeiro de um país
Operário sem medo de ser feliz
De olhos castanhos a olhar pro céu
Panfletando a minha arte e minha raiz”.

(Kim, compositor)

“Se saio de casa
Não sei se vou voltar
Se vou até a esquina
Não sei se uma bala perdida vai me achar
Se tranco a porta
Não sei se vai adiantar
E se não existisse proteção divina,
Em quê eu poderia confiar?”.

(Thiago Fugiwara)

“Muito prazer, meu nome é otário
Vindo de outros tempos mas sempre no horário
Peixe fora d’água, borboletas no aquário
Muito prazer, meu nome é otário
Nas pontas dos cascos e fora do páreo
Puro sangue puxando carroça”.

(Humberto Gessinger, compositor)

LISTA DE SIGLAS

ABCA – Associação Brasileira de Autores e Compositores.

ABRAC – Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos.

ABRAMUS – Associação Brasileira de Música.

AMAR – Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes.

ANACIM – Associação Nacional de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos.

Art. – Artigo.

ASSIM – Associação de Intérpretes e Músicos.

CC – Código Civil.

CD – Disco Compacto (*compact disk*).

CD-ROM – Disco Compacto não-regravável (*compact disc read-only memory*).

CF – Constituição Federal.

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

CPB – Código Penal Brasileiro.

ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

DVD – Disco Versátil Digital (*digital versatile disk*).

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

LDA – Lei de Direitos Autorais.

MP3 – MPEG-1/2 Audio Layer 3.

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

SADEBRA – Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil.

SBACEM – Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música.

SBAT – Sociedade Brasileira de Autores Teatrais.

SICAM – Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais.

SOCINPRO – Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais.

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

UBC – União Brasileira de Compositores.

v.g. – por exemplo (*verbi gratia*)

WIPO – Organização Mundial da Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization*).

www – Rede Aberta Mundial (*World Wide Web*).

RESUMO

O presente trabalho, dividido de modo a abordar alguns dos aspectos de grande relevância no mundo do Direito Autoral, tem por escopo analisar e atrair a atenção da comunidade acadêmica para o estudo deste ramo do direito frente à importância moral, intelectual e econômica da obra advinda da destreza mental humana, que se trata, verdadeiramente, de um patrimônio do autor. À lume desse novo ramo jurídico autônomo, regulamentado pela Lei de Direitos Autorais, trará, ainda, a importância em se reconhecer e proteger os direitos morais e patrimoniais do agente produtor intelectual, trazendo à tona a necessidade da gestão das contribuições decorrentes do uso ou da exibição pública das referidas obras. Nesse sentido, ante o avanço dos meios de comunicação, dos aparatos tecnológicos e o intenso interesse público pelo acesso à informação, lazer e cultura, aqui representada pelo compartilhamento de arquivos musicais disponíveis na rede mundial de computadores, e diante, ainda, do interesse privado do autor, se examinará o conflito de interesses existente, salientando, contudo, que ambos estão previstos na Carta Magna de 1988.

Palavras-chave:

Direito Autoral; Internet; compartilhamento de arquivos; interesse público e privado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I. A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AUTORAL	13
1.1 Breve histórico.....	13
1.2 Conceitos.....	18
1.3 Previsão no arcabouço jurídico brasileiro.....	22
1.3.1 Direito Autoral, ramo do direito público ou privado?.....	23
1.4 O objeto do Direito Autoral.....	26
1.5 O surgimento do direito de autor.....	28
1.6 O <i>copyright</i>	29
1.7 O domínio público.....	30
1.8 O Direito Autoral na música.....	33
II. O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS NA INTERNET	37
2.1 A Internet como meio de circulação autoral e a função social do direito de autor.....	37
2.2 A proteção do direito de autor na rede mundial de computadores e a possibilidade de identificação do agente violador do Direito Autoral no âmbito da Internet.....	40
2.3 As principais violações ao direito do autor.....	46
III. OS MECANISMOS DE DEFESA DO DIREITO DE AUTOR	51
3.1 Associações protetivas do direito de autor.....	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

“Num mundo de fugitivos quem toma a direção oposta parece estar fugindo” (*Kim, compositor*), contudo, sei muito bem onde quero chegar e o que conquistar, sabendo que o caminho em que quero percorrer é o que acredito ser correto, é o da paz, o da harmonia e da felicidade.

I. A natureza jurídica do Direito Autoral

1.1 Breve histórico

A história do direito de autor nos remonta a tempos longínquos, tendo surgido, efetivamente, na Idade Média (séculos V a XV), uma vez que, na Antiguidade (do aparecimento da escrita até o século V) havia, até então, apenas uma reivindicação por parte de autores da época para o reconhecimento da paternidade das obras por eles exteriorizadas.

Posto isso, importante esclarecer que este “direito moral” do autor, de ser reconhecido como inventor da criação, ainda se encontrava em plano abstrato e não possuía qualquer estruturação capaz de atender ao anseio dos criadores.

Assim, após a criação da prensa tipográfica pelo alemão Johann Gutemberg por volta do ano de 1450, o Direito Autoral começou a ser engendrado, conquistando, a partir de então, a atenção dos monarcas, soberanos que detinham o poder sobre as três esferas do Estado. Posto isso, vislumbravam, então, a possibilidade de explorar economicamente as obras impressas, pois, a partir daí, elas começavam a passar de um trabalho artesanal e manuscrito para uma produção de envergadura industrial.

Nessa conformidade, vieram à tona questões que abordavam a propriedade e a autoria sobre as obras escrivinhadas à época, tendo em vista que os escritos ao invés de continuarem sob a guarda dos autores começavam a circular pela sociedade por meio das cópias.

De tal maneira, assim surgiu o regime de privilégios, assegurado pelos monarcas, no qual estabelecia uma exclusividade aos impressores em explorar economicamente uma obra por tempo determinado, logo, a intenção patente não era proteger a criação intelectual, mas sim os investimentos feitos.

Dessarte, oportuno se valer das palavras do doutrinador Bruno Jorge Hammes citado por Elisângela Dias Menezes¹. Vejamos:

A invenção da máquina impressora, por Gutembert, possibilitou a reprodução de obras em grande escala. Tornou-se patente a necessidade da proteção contra a reimpressão. Começou-se a conferir um privilégio exclusivo. A cidade de Veneza, em 1469, conferiu a Johann von Speyer, que trouxera a arte impressora para Veneza, um direito exclusivo de cinco anos para explorar esta arte. Foram conferidos também privilégios a determinados caracteres e formas de escrita. Os impressores recebiam e, com o evoluir dos tempos, conferiam privilégios aos editores. Pesquisas mais recentes mostram que também autores recebiam privilégios. Conhecem-se privilégios para obras de arte plástica. Do século XVI são conhecidos alguns privilégios para gravuras de Durer e Zeitblom.

Contudo, com a chegada da Reforma Protestante e, posteriormente, com o início da Revolução Francesa, o referido sistema começa a perder força conjuntamente com a monarquia absolutista, regime no qual o soberano concentrava os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

De tal modo, a partir deste acontecimento, os autores começaram a ter noção da contribuição intelectual que estavam fornecendo, por conseqüência, para a indústria editorial e gráfica.

Esta percepção somente surgiu graças ao movimento Renascentista, que marcou a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, em que houve um retorno à cultura clássica e uma valorização do homem como um ser pensante.

Logo, por volta do ano de 1710, a primeira regulamentação jurídica no âmbito do Direito Autoral surgiu na Inglaterra. Nela, por ato da Rainha Ana, houve o sancionamento da primária Lei escrita que tratava do tema, denominada de *Copyright Act*, ou simplesmente “Estatuto da Rainha Ana”, reconhecendo o direito à cópia, como um meio de proteger a criação artística.

Com o advento do *Copyright Act* houve uma mudança de mentalidade no que diz respeito à titularidade. Diante disso, os direitos sobre as obras intelectuais que antes eram outorgados pelos monarcas a quem realizava as impressões, agora, finalmente, pertenciam aos autores e nenhuma outra pessoa, a não ser ele, poderia autorizar a reprodução de sua obra.

Posto isso, somente alguns anos mais tarde, durante a Revolução Francesa (século XVIII), que pretendia acabar com os privilégios que até então existiam, surgiram algumas leis

¹ HAMMES *apud* MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 23.

nesse país onde ao autor foi garantida a exclusividade de exploração da obra por um prazo previsto, onde posteriormente acabariam por cair em domínio comum.

Tais leis visavam compensar o criador por sua contribuição para com o acervo cultural.

Passados outros tantos anos, houve, na Suíça em 1886, a Convenção de Berna, um verdadeiro marco para o Direito Autoral, onde diversos países concordaram em estabelecer diretrizes de aplicação das normas voltadas ao direito de autor.

A intenção era fazer com que estas diretrizes traçadas refletissem em seus ordenamentos jurídicos, garantindo uma proteção aos autores.

Neste instante, pode-se dizer que o sistema legislativo unionista, também chamado de sistema individual foi gerado, recebendo este nome pelo fato de grande parte das nações do mundo seguirem as diretrizes estabelecidas pela recém criada Convenção de Berna.

Tal sistema, até hoje em vigência, garante ampla proteção ao autor e exclusividade sobre sua obra a partir de prerrogativas de ordem moral e patrimonial.

Nesse sentido, importante destacar que, paralelamente a essa busca pela proteção do direito de autor, desenvolvia-se também uma legislação que procurava resguardar as invenções industriais, as marcas e patentes.

Assim, a Convenção de Paris, acontecida no ano de 1883, mostrou sua importância, pois conseguiu, em âmbito internacional, formar normas gerais do denominado Direito de Propriedade Industrial.

Finalizando este breve histórico do direito de autor em uma visão internacional, em 1967 foi realizada a Conferência Diplomática de Estocolmo, onde então foi criado o grande organismo responsável por ditar diretrizes em âmbito mundial, tanto no campo do Direito Autoral quanto no campo da Propriedade Industrial.

Este organismo, conhecido no Brasil como Organização Mundial da Propriedade Mundial (OMPI), responsabiliza-se por manter e acompanhar a evolução da proteção autoral.

Dessarte, no Brasil, o Direito Autoral surge em tempos mais recentes, praticamente com a criação dos cursos jurídicos em 1827, nas cidades de São Paulo e Olinda.

Nesse ano surgiu a primeira referência de tutela a este direito, uma vez que esta mesma lei, que criou os cursos jurídicos em 11 de agosto do supracitado ano, assegurou aos professores o direito sobre suas obras.

O artigo 7º desta Lei estipulava o seguinte:

Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feito, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Esses compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente, submetendo-se porém, a aprovação da Assembléa Geral, e o governo fará imprimir e fornece às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos.

Contudo, importante destacar que, durante todo período em que o país foi colônia de Portugal, a imprensa era proibida em qualquer nível, bem como qualquer manifestação cultural.

Nessa seara, a primeira Constituição do Império, de 1824, protegia somente os direitos dos inventores no tocante a Propriedade Industrial, não fazendo qualquer referência ao direito de autor, restando-se claro que o antigo sistema de privilégios ainda permanecia em vigor, ao menos no Brasil.

O artigo 179, XXVI, dessa Constituição Imperial dispunha o que se segue:

Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarização.

Tempos depois, em 1831, no Código Criminal do Império, houve o reconhecimento moral ao autor. Neste sentido, foi criada uma pena para aqueles que utilizassem da obra de autor ainda vivo, ou antes, de dez anos após sua morte, no caso de haver herdeiro.

Quando da promulgação do Código Penal da República no ano de 1890, verificou-se a instituição do delito de contrafação, cuja punição era a perda dos exemplares, tratando, assim, especificamente do tema em questão.

Um ano mais tarde, a Constituição de 1891 caucionou aos autores de obras literárias e artísticas o exclusivo direito de reproduzi-las por meio da imprensa ou outro processo mecânico, confiando aos herdeiros o desfrute de tal direito pelo tempo em que a lei determinasse.

Ad postremum, a Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898 acabou por considerar o registro da obra realizada na Biblioteca Nacional como uma formalidade essencial do Direito Autoral, e garantiu, também, os direitos de brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Essa lei foi a primeira, fora do âmbito constitucional, a tratar da matéria autoral.

Passados alguns anos, em 1912 houve uma alteração na Lei supramencionada, onde a proteção às obras nacionais estendeu-se a todas obras estrangeiras.

Tal mudança foi tão significativa que, até os dias de hoje, há dispositivos que integram a legislação pátria.

O nascente Código Civil Brasileiro, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 consolidou o direito de autor e consagrou um capítulo especial sob o título “Da Propriedade Literária, Científica e Artística”, protegendo o autor durante a vida e ainda por um prazo determinado de 60 anos em favor dos herdeiros. De outro modo, o registro deixou de ser constitutivo para converter-se em declarativo de direito.

A partir de então, este ramo do direito permaneceria como uma ramificação do Direito Civil, sendo modificado com certa freqüência pelas leis extravagantes surgidas, até o momento em que houve a necessidade de renovar os códigos, momento em que se decidiu editar uma lei específica para regular essa matéria.

No ano de 1973, no entanto, esse primeiro diploma legal único foi editado e acabou por derrogar os artigos previstos no arcabouço jurídico cível referente ao tema, resultando na Lei 5.988, seguindo, assim o entendimento doutrinário de que, devido à multiplicidade de aspectos e sua especificidade, não deveria ele permanecer incluído no *Codex Civil*.

Tal Lei representou um marco para o Direito Autoral Brasileiro, pois tutelava, além dos direitos dos criadores, os dos titulares de direitos conexos, em especial os intérpretes e executantes, ou seja, a expressão direitos autorais englobou os direitos de autor e os que lhe são conexos.

Deve-se considerar, portanto, o fato de que a Carta Magna de 1988 é taxativa ao garantir ao autor, no artigo 5º, os direitos sobre sua obra.

O último texto em matéria autoral no Brasil veio a surgir com o advento da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei dos Direitos Autorais – LDA). Nela, as linhas de pensamento enunciadas nas Convenções Internacionais nas quais o Brasil veio a ratificar acabaram sendo seguidas. Dos 115 dispositivos, 89 são verdadeiras cópias do pergaminho legislativo anterior, contudo a grande inovação foi a inserção dos programas de computadores no rol de obras tuteladas.

Outras inovações importantes foram a enumeração e exemplificação do que deve e do que não merece ter a proteção dessa Lei, a indicação de situações onde o autor deve tolerar, sem autorização, o uso de sua obra e a modificação do sistema de prazos, no tocante à

vigência dos direitos patrimoniais, que saltou de sessenta para setenta anos após a morte do autor.

Posto isso, passado esse período, a obra cai em domínio público, passando a pertencer a todos e deixando de possuir qualquer restrição quanto ao seu uso, ou seja, não há mais um titular exclusivo.

Dessarte, finalizando este breve histórico do Direito Autoral, importante lembrar as quatro leis que regeram os direitos de autor no ordenamento legislativo pátrio, são elas: a Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898; a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916; a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, e, a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 que permanece em vigor até os dias de hoje.

1.2 Conceitos

Necessariamente, para uma melhor compreensão, importante trazer à tona algumas definições à luz deste ramo do direito.

Nessa conformidade, tem-se como conceito de direitos autorais, o conjunto de normas cujo intuito visa tratar e/ou regular relações que decorram de criações, de obras do intelecto – aqui entendidas como sendo qualquer criação da mente e que, de qualquer forma, seja externada – e sua utilização, tanto em nível nacional quanto internacional, compreendendo os direitos de autor e os conexos, garantindo, assim, os direitos patrimoniais e morais a quem criou.

Neste enfoque, a doutrinadora Elisângela Dias Menezes², citando o entendimento de Antônio Chaves, elucida de vez o que vem a ser Direito Autoral, *ipsis verbis*:

Podemos defini-lo como o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.

² CHAVES *apud* MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 20.

Ainda a esse respeito, valiosa é a lição de Eduardo Pimenta³, na qual conceitua o direito de autor como sendo, *in litteris*:

[...] o conjunto de prerrogativas jurídicas atribuídas, com exclusividade aos autores e titulares de direitos sobre obras intelectuais (literárias, científicas e artísticas) de opor-se contra todo atentado contra estas prerrogativas exclusivas, como também aos titulares de direito que lhe são conexos (intérprete ou executante, produtores fotográficos e empresa de radiofusão), aos quais, para efeitos legais, aplicar-se-ão as normas relativas aos direito de autor.

No tocante a autoria, urge trazer à tona o conceito de autor previsto no artigo 11 da Lei dos Direitos Autorais no qual estabelece ser “toda pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

No mais do mais, importante afirmar que, no parágrafo único do artigo supramencionado, podem às pessoas jurídicas aplicar a mesma proteção ao autor, pessoa física.

Ademais, importante destacar a definição estabelecida pela Lei 9.610 (Lei dos Direitos Autorais – LDA), de 19 de fevereiro de 1998, sobre o que vem a ser obras intelectuais, senão vejamos:

Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II – as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III – as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV – as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V – as composições musicais, tenham, ou não, letra;
- VI – as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII – as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII – as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX – as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X – os projetos, esboços, e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI – as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII – os programas de computador;
- XIII – as coletâneas ou compilação, antologias, enciclopédias, dicionários, base de dados ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

³ PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005. p. 11.

Diante disso, verifica-se que a intenção do direito de autor é normatizar, controlar relações jurídicas entre o criador e sua criação, garantindo a vinculação de seu nome junto à sua obra e lhe assegurando uma retribuição financeira, isso, em contrapartida da utilização da obra em que inventou. Desta maneira, os autores se tornam beneficiários de uma proteção na qual este ramo do direito dá às suas obras e não a eles especificamente.

Isso posto, interessante, porém, é a distinção imposta pela lei brasileira entre o Direito de Autor e Direito Autoral.

Aquele é o ramo de direito que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e, também, artísticas. Já esse é mais abrangente e engloba, além de tudo, os direitos conexos do direito de autor, tais como os dos artistas intérpretes, por exemplo.

José de Oliveira Ascensão⁴, ao estabelecer a distinção entre as terminologias Direito de Autor e Direito Autoral estabelece o seguinte, *ad litteram*:

A lei brasileira impõe a distinção entre Direito de Autor e Direito Autoral. Direito de Autor é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas.

O Direito Autoral abrange além disso os chamados direitos conexos do direito de autor, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão.

[*omissis*]

Da destrição entre Direito Autoral e Direito de Autor como ramos da ordem jurídica transita-se para a destrição entre direitos autorais e direitos de autor, para designar os direitos subjetivos concedidos por esses ramos da ordem jurídica. [...]

Já não tem porém sentido, quando se querem referir ramos da ordem jurídica, falar em Direitos de Autor ou em Direitos Autorais, porque o plural se adequa à multiplicidade dos direitos subjetivos mas não já a singularidade de um ramo da ordem jurídica.

Ao citar o direito conexo, um direito que deriva de outro, a Lei 9.610/98 acaba por considerá-lo como uma parte da expressão direitos autorais, estendendo, assim, as normas relativas à tutela do direito de autor aos direitos conexos.

O artigo 89 da Lei de Direitos Autorais, integrante do Título V, que trata dos Direitos Conexos, assim preconiza:

Art. 89. As normas relativas aos direitos do autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

Parágrafo único. A proteção desta Lei aos direitos previstos neste artigo deixa intacta e não afeta as garantias asseguradas aos autores das obras literárias, artísticas ou científicas.

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. ref. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 15-16.

Ante o exposto, sábias são as palavras do professor Eduardo Pimenta⁵ ao definir direitos conexos, vejamos:

Os direitos conexos são os direitos que têm os artistas intérpretes e executantes, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão, sobre a representação ou execução de suas manifestações, derivada do uso autorizado de criação anterior.

Carlos Alberto Bittar⁶ assim o define, *in litteris*:

Direitos conexos são os direitos reconhecidos, no plano dos de autor, a determinadas categorias que auxiliam na criação ou na produção ou, ainda, na difusão da obra intelectual. São os denominados direitos “análogos” aos de autor, “afins”, “vizinhos”, ou, ainda, “parautorais”, também consagrados universalmente.

Em resumo, são titulares de direito de autor os autores e editores, enquanto são titulares de direitos conexos os intérpretes, os músicos acompanhantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão.

Noutro ponto, importante perceber que o Direito Autoral é aludido quase sempre na forma plural, fato que demonstra não ser ele um direito isolado, mas sim um conjunto, evidenciando o caráter duplo entre os direitos morais e patrimoniais que assinalam sua essência.

Neste diapasão, o direito moral firma-se como um caráter de proteção subjetivo do criador, já o direito patrimonial vem a ser a exclusiva possibilidade de reconhecer ao autor a exploração econômica da obra em que criou para dela obter algum proveito financeiro.

Na esteira desse raciocínio, eis o posicionamento de um dos maiores doutrinadores deste segmento do Direito, o ilustre Carlos Alberto Bittar⁷:

Isto significa que o objetivo do Direito de Autor é a disciplinação das relações jurídicas entre o criador e sua obra, desde que de caráter estético, em função seja da criação (direitos morais), seja da respectiva inserção em circulação (direitos patrimoniais), e frente a todos os que, no circuito correspondente, vierem a ingressar (o Estado, a coletividade como um todo, o explorador econômico, o usuário, o adquirente do exemplar).

⁵ Idem. Ibidem. p. 17.

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 152.

⁷ Idem. Ibidem. p. 19.

Analisemos a seguinte informação disponível no sítio www.direitoautoral.com.br⁸, *ipsis verbis*:

São DIREITOS MORAIS do autor: O de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra; o ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado na obra como sendo o autor, na utilização de sua obra; o de conservá-la inédita; o de assegurar-lhe a integridade, opondo a qualquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la, ou atingi-lo, como autor, em sua reputação e honra; o de modificá-la, antes ou depois de circulação, ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada. Vale salientar que os direitos morais são INALIENÁVEIS e IRRENUNCIÁVEIS.

São DIREITOS PATRIMONIAIS do autor: os que se referem ao uso econômico da obra. Podem ser objeto de transferência, cessão, venda, distribuição, etc. Depende, portanto de autorização do autor da obra intelectual qualquer forma de uso como a edição, a tradução para qualquer idioma, a adaptação ou inclusão em fonograma ou película cinematográfica, a comunicação ao público, direta ou indireta, por qualquer forma ou processo.

Assim, verifica-se que a natureza dos direitos de autor por compreender tanto o direito moral, que é o relativo à sua personalidade e o direito patrimonial, aquele referente à remuneração merecida por sua contribuição intelectual, pode ser considerada híbrida, pois comporta ambas as características, quais sejam, a moral e a patrimonial.

1.3 Previsão no arcabouço jurídico brasileiro

Muito embora a dicotomia entre o Direito Público e Direito Privado esteja cada vez mais enfraquecida com o passar do tempo, tendo em vista os sistemas jurídicos possuírem normas das duas naturezas, importante se torna esta conservação da divisão com o intuito de auxiliar na compreensão didática e sistemática.

Ao ser citado por Sérgio Vieira Branco Júnior⁹, o doutrinador Miguel Reale, com a autoridade de quem conhece, se posiciona da seguinte maneira, *in litteris*:

A nosso ver, a distinção ainda se impõe, embora com uma alteração fundamental na teoria romana, que levava em conta apenas o elemento do interesse da coletividade ou dos particulares. Não é uma compreensão errada, mas incompleta. É necessário, com efeito, determinar melhor os

⁸ Disponível em: <www2.uol.com.br/direitoautoral/index_registre.htm> Acesso em 21 de fev. 2009.

⁹ REALE, Miguel *apud* BRANCO Jr., Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007. p. 120-121.

elementos distintivos e salientar a correlação dinâmica ou dialética que existe entre os dois sistemas de Direito, cuja síntese expressa a unidade da experiência jurídica.

Há duas maneiras complementares de fazer-se a distinção entre o Direito Público e Privado, uma atendendo ao conteúdo; a outra com base no elemento formal, mas sem cortes rígidos [...].

O mesmo autor¹⁰, continuando a tratar do tema, agora, no que diz respeito ao conteúdo e a forma leciona:

O conteúdo de toda relação jurídica é sempre um interesse, tomada a palavra na sua acepção genérica, abrangendo tanto os bens de natureza material como os de ordem espiritual. O que caracteriza uma relação de Direito Público é o fato de atender, de maneira imediata e prevalente, a um interesse de caráter geral. É o predomínio e a imediatividade do interesse que nos permite caracterizar a “publicidade” da relação.

Por outro lado, existem, como vimos, relações intersubjetivas, em virtude das quais um indivíduo tem a possibilidade de exigir de outra a prestação ou a abstenção de ato.

Ora, há casos em que as duas partes interessadas se acham no mesmo plano, contratando ou tratando de igual para igual. Em outros casos, uma das partes assume uma posição de iminência, de maneira que há um subordinante e um subordinado.

Diante disso, conclui-se, em termos gerais, que para uma situação ser regida pelos princípios do Direito Privado, devem as partes estar em um mesmo plano, e a contrário *sensu*, para haver em uma relação, a gerência das normas de Direito Público, necessário se faz que uma das partes esteja em circunstância desigual, ou seja, em planos distintos.

1.3.1 Direito Autoral, ramo do direito público ou privado?

A *priori*, importante esclarecer que o Direito Autoral não se limita às relações privadas. Assim, sua inserção no âmbito do Direito Público encontra amparo em nossa Constituição Federal, pois, desde o seu nascimento a criação intelectual, sempre mereceu o respeito e a tutela por parte do Estado.

Esta proteção constitui, então, uma garantia fundamental, ao lado de outras importantes, tais como o direito à propriedade e à liberdade, tratando, assim, de matéria constitucional.

¹⁰ Idem. Ibidem. p. 121.

Nessa conformidade, a atual Carta Magna acabou por consolidar e ampliar a garantia aos autores, dispondo em seu art. 5º, XXVII, que a eles pertencem exclusivamente todos os direitos sobre suas obras, garantindo, também, todas as prerrogativas decorrentes de seu uso.

A constitucionalização desse direito representou uma conquista do amadurecimento da legislação, em específico a autoralista.

Se valendo dos ensinamentos do professor Eduardo Pimenta, citado por Elisângela Dias Menezes¹¹, importante trazer à tona seu posicionamento ao tratar da natureza constitucional dos direitos autorais, com as mesmas palavras:

os direitos autorais são objetos dos direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição, onde o fundamento jurídico constitucional destes direitos baseia-se no interesse de proteger a obra intelectual, como forma de respeito ao autor.

Não obstante, mesmo havendo uma proteção plenamente estabelecida pelo inciso, XXVII do art. 5º da Lei Maior, o legislador especificou as garantias no inciso XXVIII nas alíneas “a” e “b”.

Com efeito, assim decanta o artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, *verbis*:

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:

[*omissis*]

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são segurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Na primeira alínea, restou assegurada a participação individual em obra intelectual coletiva e resguardou o uso da imagem e da voz destes autores. Já na segunda alínea, houve o consolidamento quanto à abrangência de proteção, incluindo, entre garantias aos autores, o direito de explorar economicamente as obras, ampliando, ainda o rol de categorias sociais amparadas pela proteção oriunda do direito.

Ergo, dúvidas não há quanto ao fato do Direito Autoral integrar a esfera de Direito Público, pois existem relações que envolvem a participação do Estado, agindo como poder político soberano.

¹¹ PIMENTA *apud* MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 4.

Nesse diapasão, reconhecendo a consagração pública através da Lei Maior, o doutrinador autoralista Carlos Alberto Bittar¹² assevera o seguinte:

Inspirado por noções de defesa do homem enquanto criador, em suas relações com os frutos de seu intelecto, inscreve-se no âmbito do Direito Privado, embora entrecortado por normas de ordem pública exatamente para obtenção de suas finalidades.

Ademais, importante relatar, de forma *en passant*, a previsão no pergaminho penal, em que os artigos 184 e 185 tutelam os direitos de autor, configurando crime a violação do bem jurídico protegido, onde de um lado encontra-se a personalidade do autor e de outro, a obra em si.

Não obstante a esta previsão constitucional na qual justifica sua inserção no âmbito do Direito Público, o direito de autor, enquanto uma relação jurídica entre particulares, trata de matéria de natureza privada, isso graças à consagração legislativa por meio da doutrina dos direitos individuais.

Nesse sentido, o Direito Privado vem a ser um conjunto de princípios e normas que regulam as relações, bem como as situações jurídicas que interessam às pessoas nelas envolvidas.

O doutrinador Antônio Chaves¹³ define essa relação jurídica autoral como uma conjugação entre o direito pessoal e patrimonial em uma lógica autoralista, senão vejamos:

O direito de autor representa uma relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial, sem cair em qualquer contradição lógica, porque traduz em uma fórmula sintética aquilo que resulta da natureza especial da obra da inteligência e do regulamento determinado por esta natureza especial.

Por muito tempo, o direito de autor foi considerado como Direito Civil, tendo em vista a sua codificação no ano de 1916, merecendo até um título próprio, possuindo 24 artigos específicos. Contudo, com a edição da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, houve a quebra do vínculo de subordinação existente entre o Direito Autoral e Civil. Devido à especificidade de conteúdo, a matéria autoral passou a ocupar um espaço maior do que suportaria o Código Civil. Assim, eis a razão pela qual o Direito Autoral ganhou autonomia, porém continuando inserido no Direito Privado.

Aliás, devido sua vinculação ao exercício voluntário entre particulares por meio de contratos e a não intervenção do Estado nestes casos, é que o direito de autor acaba se inserindo no âmbito privado.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 8

¹³ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 6.

1.4 O objeto do Direito Autoral

Sob uma visão jurídica, o objeto no qual merece a tutela autoral deve ser determinado pelo legislador, pela doutrina e pelo operador do direito. Em outras palavras, o objeto se revela quando se identifica o sujeito, bem ou entidade sobre o qual a proteção legal deve recair.

Contudo, tendo em vista a atuação intelectual bifurcar-se em obras de cunho estético, aqui entendidas como obras intelectuais, e de cunho utilitário, entendidas como obras industriais, e sabendo que o objetivo maior deste ramo do direito é regular e disciplinar as relações jurídicas entre o criador e sua criação, temos por objeto do Direito Autoral a obra, excluindo, contudo as idéias de plano abstrato.

Nesse sentido, eis o entendimento da doutrinadora Elisângela Dias Menezes¹⁴, vejamos: “Com efeito, pode-se concluir que o Direito de Autor possui, como principal objeto, a proteção à obra pessoal, criativa, exteriorizada e de natureza imaterial, cuja essência é de caráter artístico e/ou literário”.

A Lei dos Direitos Autorais, em seu artigo 7º, acaba por proteger as obras, as criações do espírito, referindo-se às obras intelectuais como aquelas “expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que venha a ser inventado”.

Nesse diapasão, não importa o material em que a obra venha ser fixada, podendo estar em um *compact disk* – CD ou em uma biblioteca virtual o fator relevante é que, sendo uma criação do espírito, será, então, ela protegida pela lei autoral. Em outras palavras, o *corpus mechanicum* da obra pouco importa. Decerto, resta evidenciado que a lei resguarda as criações de espírito, não importando o meio ou em qual suporte ela foi externada.

Assim, além de trazer o rol exemplificativo que merece a proteção, a lei dos direitos autorais tratou de descrever o que não é objeto de garantia.

O artigo 8º indicando as obras que não asseguradas pela LDA, assim decanta:

Art. 8º. Não são objeto de proteção como direito autorais de que trata esta Lei:

I – as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II – os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III – os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

¹⁴ MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 39.

- IV – os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
- V – as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
- VI – os nomes e títulos isolados;
- VII – o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

Contudo, há uma divergência na doutrina especializada no sentido de se considerar estas obras que não merecem a tutela da lei autoral um rol taxativo ou exemplificativo.

Plínio Cabral¹⁵, militante antigo nesse campo da ciência jurídica, assim se pronuncia:

No artigo 7º, a lei procurou exemplificar alguns casos de proteção às obras de criação. Já no artigo 8º, pelo mesmo processo, elenca as produções intelectuais que não são objeto de proteção. Aqui, entretanto, o conceito muda. O enunciado é taxativo: “não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata essa lei”, passando, a enumerar aquilo que não recebe a proteção da lei de direitos autorais. São, tipicamente, *numerus clausus*, devidamente apontados. É o que a lei não protege.

Em um posicionamento contrário, Elisângela Menezes Dias¹⁶, assevera o seguinte, *verbis*:

Novamente aqui, a LDA teve por objetivo apenas citar exemplos de situações nas quais a ausência de originalidade ou da devida exteriorização impedem a proteção autoral. Claramente não há, na enumeração de obras constante do artigo 8º da LDA, qualquer intenção do legislador em esgotar a matéria.

Concessa venia aos doutos doutrinadores, a questão não deve se focar no fato do rol previsto no art. 8º da lei autoral ser ou não *numerus clausus*. Decerto o que importa realmente é que não haverá que se falar em proteção quando se tratar de idéias em plano abstrato. Logo, pouco relevante é o exaurimento das idéias que não serão objeto de resguardo pela consolidação autoralista.

¹⁵ CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais*. São Paulo: Harbra, 2003. p. 33.

¹⁶ MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 41.

1.5 O surgimento do direito de autor

O autor gozará da proteção autoral a partir do momento em que a obra por ele inventada integrar o plano real, assim correto é dizer que o direito de autor surge conjuntamente com a exteriorização da idéia, do objeto autoral.

Outrossim, de nada interessa, para obter a proteção da lei, o valor ou mérito da obra, desse modo, ante a subjetividade existente neste ramo do direito, mesmo as criações em que pouco exigem do intelecto encontram morada no mundo autoral.

A par disso, mister relatar que, para que essa proteção encontre guarida no Direito Autoral, deve ela cumprir um requisito básico, qual seja, a originalidade. A obra não pode se confundir com outra já existente. Neste sentido, ela deve possuir caracteres específicos, distintos.

Pedro Vicente Bobbio, citado por Eduardo Pimenta¹⁷, assim se pronunciou a respeito da originalidade, *ad litteram*:

Originalidade é conceito que só pode ser aceito na técnica jurídica por definição negativa, sob pena de arbitrariedade. Não podemos definir o que seja. Apenas poderemos considerar original o que não possa ser confundido com outra criação intelectual, por excesso de semelhança, substancial ou formal.

Contudo, razoável é considerar que essa originalidade seja de caráter relativo, pois totalmente aceitável é o aproveitamento de idéias comuns.

Seguindo este entendimento, Eduardo Pimenta¹⁸ posiciona-se da seguinte forma: “Conclusivamente, a originalidade não é a origem, ou a fonte de alguma criação, mas uma combinação distinta das já existentes, quer nas palavras, cores, imagens das que serviram de inspiração ou motivação”.

A professora Deise Fabiana Lange¹⁹ sobre o momento em que uma obra intelectual merece a proteção autoral leciona o seguinte, *verbis*:

Para que a obra mereça proteção, é necessária sua exteriorização, isto é, que seja expressada de alguma forma, pois a simples idéia, conjectura ou pensamento que não chega a ser exposto, apresentado de algum modo, está fora do âmbito de proteção desse direito. Necessariamente a obra terá que

¹⁷ BOBBIO *apud* PIMENTA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 70.

¹⁸ PIMENTA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 73.

¹⁹ LANGE, Deise Fabiana. *O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos*. Unisinos, 1996. p. 21.

ser original, o que não quer dizer nova. A novidade não é interessante ao Direito Autoral, mas, sim, a forma com que a obra é exteriorizada. Originalidade significa criar alguma coisa dotando-a com características próprias, traços pessoais, expondo a maneira e o ângulo com que o seu criador vê o mundo, sente e percebe as coisas, o seu lado interior, e, desta forma, o transporta para sua criação.

Nesse sentido, ante esta constatação, resta-se ululante a não necessidade de qualquer registro para se adquirir os direitos oriundos da lei autoralista.

Com esse entendimento, o Direito Autoral encontra amparo na principal convenção internacional sobre o tema, qual seja a de Berna, na qual estabelece a não imprescindibilidade de qualquer tipo de registro para se provar autoria.

O artigo 18 da LDA afirma o seguinte, *in litteris*: “A proteção aos direitos de que trata essa lei independe de registro”.

Apesar disso, mesmo não constituindo autoria, tal registro desempenha um papel de garantia ao autor, tratando-se, assim, de um meio prova relativo, porém significativo que será levado em consideração para a determinação da titularidade de uma obra.

Por fim, tem-se por certo que basta a obra ser exteriorizada e materializada, possuir contornos próprios, componentes em sua maioria originais, seja ela fruto de um esforço do intelecto e que não seja uma cópia de outra já existente, para que surja o merecimento da proteção.

1.6 O *copyright*

Este sistema foi criado para garantir o direito exclusivo de exploração do objeto intelectual, estabelecendo, basicamente, a exclusividade de reprodução e distribuição, implicando conseqüentemente no direito de cópia.

Neste diapasão, o *copyright* vem a ser um sistema que garante o direito à cópia ou o direito à reprodução, cujo foco esta na obra e na prerrogativa patrimonial de se poder copiá-la.

Seu surgimento deu-se de fato em meados dos anos 50 a partir da discordância por parte do governo norte americano no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos morais do autor e à garantia de informalidade.

Nessa conformidade, liderando um movimento que acabou por ajudar a criar a Convenção de Genebra, também chamada de Convenção Universal dos Direitos de Autor,

surgiu, então, a versão norte-americana do *copyright* para regular assim os direitos autorais em seu país. Nela, surge o princípio da formalidade mínima, no qual considera que uma obra se encontra protegida desde que a sua primeira publicação traga o símbolo ©, que equivale à *copyright*, ao lado do nome do titular do direito e do ano da publicação.

O doutrinador Carlos Alberto Bittar²⁰, comentando sobre a aposição do símbolo diz: “essa providência objetiva cientificar a coletividade na preservação dos direitos do autor e conexos, da existência da garantia autoral, a demonstrar que o titular tomou todas as providências assecuratórias necessárias”.

Contudo, desperta interesse o fato dessa aposição do símbolo em tela ser a única formalidade exigida por esse sistema para se haver a proteção autoral.

Diante disso, o *copyright* reconhece, primeiramente, os direitos patrimoniais, garantindo uma proteção ao investimento realizado para, a partir de então, serem reconhecidos os direitos morais, levando em conta os aspectos pessoais do autor.

Vale lembrar que o reconhecimento moral neste sistema comercial somente se dá por respeito às diretrizes estabelecidas na Convenção de Berna, de que várias nações do mundo são signatárias.

Logo, diante desta concepção, não pode o autor, mesmo considerado detentor de direitos morais segundo a referida Convenção, querer valer-se deles para impedir a comercialização da obra, uma vez que o direito patrimonial é o que prevalece sobre o moral.

Por fim, o *copyright*, sistema característico nos Estados Unidos e Inglaterra, cujo intuito é expandir a cultura e a ciência, pode ser conceituado como sendo a proteção ao exclusivo direito em explorar a obra intelectual, fundando-se na reprodução e distribuição do objeto autoral, ou seja, sua preocupação gira em torno da titularidade

1.7 Domínio Público

Na legislação autoralista pátria, os artigos 41 *usque* 45 tratam das regras gerais sobre o chamado domínio público, ou seja, dedicam-se a cuidar dos bens intelectuais e de seus direitos econômicos, onde eles deixam de ser uma exclusividade do autor ou de uma entidade, para se tornarem bens da coletividade.

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 135.

O dispositivo 41 da Lei dos Direitos Autorais estabelece que os direitos patrimoniais do autor subsistam por 70 anos a partir do primeiro dia do ano subsequente ao falecimento do autor, sendo preciso obedecer à ordem de sucessão prevista no artigo 1.829 do *Codex Civil*, onde são contemplados os descendentes, ascendentes, cônjuges e os colaterais.

Elisângela Dias Menezes²¹, valendo-se dos ensinamentos de Bruno Jorge Hammes, ressalta o seguinte, *ipsis verbis*:

Domínio público significa que já não há um titular exclusivo da obra. Todos e cada um podem utilizá-la sem depender de autorização de um titular e sem ter que pagar algo pela utilização. Domínio público não deve ser confundido com propriedade pública pertencente ao estado.

Eduardo Pimenta²², examinando o presente assunto, afirma: “O domínio público é o conjunto de todas as obras que podem ser exploradas por qualquer pessoa sem necessidade de nenhuma autorização”. Sendo assim, após a morte do autor, durante 70 anos, suas obras continuarão sob a proteção da LDA, garantindo, inclusive, exclusividade patrimonial para os herdeiros do autor. Passado este período legal, tais obras integrarão o acervo coletivo brasileiro, não sendo necessária qualquer autorização para que possam ser utilizadas.

Em outra senda, necessário lembrar que, de acordo com o artigo 14 da LDA que diz: “é titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída em domínio público”, aquele que “modificar”, der outra forma a uma obra em domínio público adquirir-lhe-á direitos autorais.

Importante lembrar que este prazo de proteção *pos mortem* referido pela lei autoralista estende-se às obras anônimas ou pseudônimas e às obras audiovisuais e fotográficas, porém no primeiro caso, a contagem inicia-se a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da primeira publicação, e no segundo a partir do primeiro dia do ano subsequente ao da divulgação.

É de ressaltar, contudo, que tanto nas obras anônimas quanto nas pseudônimas os direitos são administrados por quem tenha sido o responsável pela primeira publicação, porém se antes do fim do prazo o real autor provar a autoria, o prazo será contado de acordo com a regra geral, de modo que, por incrível que pareça, tal provação em nada alterará o estado de obra pseudônima ou anônima.

Assim sendo, oportuno destacar que os dois casos supracitados tratam-se de uma exceção, pois a contagem do prazo não se inicia após a morte do autor.

²¹ HAMMES *apud* MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 90.

²² PIMENTA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 322.

Na hipótese de obra em co-autoria, prevista no dispositivo 42 da Lei dos Direitos Autorais, a abertura da contagem do prazo se inicia após o falecimento do último autor.

Isso posto, mister deixar evidenciado que os direitos morais perduram por toda a eternidade, até porque são eles inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, já os direitos patrimoniais são temporários, pois há a expiração do prazo de proteção após o limite fixado pela lei autoral.

O doutrinador Plínio Cabral²³, citando o entendimento de Vieira Manso, transcreve a seguinte idéia, *ipsis verbis*:

a temporalidade dos direitos patrimoniais também se funda na defesa dos interesses sociais sobre a cultura, os quais seriam prejudicados se ao autor e seus sucessores fosse concedida a prerrogativa de explorar, com exclusividade, a obra intelectual, perpetuamente: a obra, em verdade, é fruto de uma teórica e ideal comunhão entre o autor e a humanidade.

Concluindo, em se tratando de domínio público, altamente relevante se torna comentar sobre o folclore, sobre uma típica manifestação popular de um povo, realizando, assim, as necessárias considerações. O folclore não pode ser objeto de exploração, pois não se trata de uma obra caída em domínio público. Ele pertence a todos cidadãos, sendo, até mesmo, oponível perante outras nações, de forma que se garanta a formação cultural de futuras gerações.

A doutrinadora Elisângela Dias Menezes²⁴, examinando o tema em testilha, assim se pronuncia:

Enquanto conjunto de obras de manifestação popular e autoria desconhecida, o folclore constitui um grande acervo cultural de propriedade intelectual de toda a nação, compondo patrimônio cultural brasileiro, cuja responsabilidade de preservação compete ao Estado.

Assim, conforme a inteligência do artigo 24, § 2º da LDA, compete ao Estado defender a integridade da obra que se encontra em domínio público, incluindo, também, as obras folclóricas, ainda mais porque estas pertencem a todos os brasileiros.

Ante o exposto, a existência do domínio público deixa claro que o direito do autor tem uma limitação temporal, qual seja, 70 anos após sua morte, pois, uma vez publicada, a obra tem o intuito de alcançar o maior número de pessoas, logo, nada mais justo que, em algum momento, esta obra deixe de ser uma exclusividade para pertencer à sociedade, tendo em

²³ MANSO *apud* CABRAL, Plínio. *Op. Cit.* p. 64.

²⁴ MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 92.

vista, também, que o objeto intelectual ao ser lançado passa a integrar o acervo cultural de uma nação.

1.8 O Direito Autoral na música

No tocante a música, espécie de obra intelectual pertencente ao domínio das artes e cujo principal requisito é a originalidade, entendida aqui como uma forma de exteriorização da idéia, o Direito Autoral dispensa sua administração e atenção, em momentos diferentes, por meio de vários dispositivos e institutos específicos.

Não obstante, importante não se confundir originalidade com novidade. Essa vem a ser aquilo que não foi divulgado, se tratando do principal requisito no campo da Propriedade Industrial para a obtenção de determinados privilégios, enquanto aquela diz respeito ao que nunca ocorreu, ou seja, é o feito ou realizado pela primeira vez.

Em um contexto jurídico, música é a síntese da melodia, da harmonia e do ritmo, porém, quando há inclusão de letra e de título, tecnicamente a denominamos de obra lítero-musical, valendo lembrar que, quando essa é transformada e fixada em um suporte material, denominamos de fonograma.

O art. 5º, IX, da Lei Autoral define fonograma como “toda fixação de sons de uma execução ou interpretação, ou de outros sons, ou ainda de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual”. Assim, ante a sua complexidade, a obra musical merece atenção da lei autoral em momentos distintos. Na música, o autor é o compositor, aquele que cria seu conteúdo, porém existe a possibilidade de co-autoria entre o autor da letra e o da melodia. Nesse caso, o co-autor é aquele responsável pela expressão estética e pelo nascimento da canção.

Nesta seara, quando um grupo ou cantor resolve registrar seu trabalho e gravar um CD – *compact disk*, terá que negociar o que chamamos de direitos fonomecânicos, onde terá que transferir a um produtor fonográfico os seus direitos patrimoniais, mantendo consigo, conforme foi verificado anteriormente, somente os direitos morais.

O autor literário Nehemias Gueiros Júnior, citado pela doutrinadora Elisângela Dias Menezes²⁵, assevera o seguinte, *in litteris*:

Temos então que os direitos fonomecânicos, na definição válida e vigente no mercado musical brasileiro, significam todos aqueles direitos derivados da utilização econômica no grande mercado (comercialização) de suportes materiais musicais (CDs, fitas cassetes ou outros), quer da modalidade de autor, quer da modalidade conexa, não importa. É o meio físico, o chamado *corpus mechanicum* que conta, para fundamentar a expressão, pois os direitos são gerados pela utilização de discos (CDs), fitas ou outros meios de reprodução material dos fonogramas musicais com finalidade comercial..

Esta negociação deverá ser realizada através de contrato de edição, em que por meio de uma empresa detentora de direitos patrimoniais, conhecida como editora musical, os interesses do autor serão tratados junto aos produtores fonográficos. Neste sentido, produtor, que tanto pode ser pessoa física quanto jurídica, é aquele responsável por fixar a obra em um suporte de qualquer natureza, ou seja, é quem contrata o direito de fixação do trabalho musical do artista.

No tocante à inserção do objeto intelectual musical em um suporte, mister relatar que, até o começo do século XX, as obras musicais circulavam por meio de escritos cifrados onde poucos eram os capazes de entendê-los.

Isso posto, com o advento da inserção das músicas em uma base, seja em vinil e/ou fita cassete, por exemplo, a comunicação entre o público e artista começou a se dar de forma direta e indireta, pois não só quem adquirisse este suporte estaria tendo um contato com a obra musical.

Para ilustrar tal questão imagine-se um dono de restaurante após adquirir um disco vinil, executa as composições musicais ou lítero-musicais nele contidas como fundo musical nas dependências dessa sua propriedade, de tal maneira não só ele que adquiriu a obra musical estaria tendo contato com as músicas, mas todos aqueles em que ali se encontravam no momento da execução.

Percebe-se, porém, que o Direito Autoral no contexto musical se encontra presente quando da circulação de músicas e, também, de sua utilização, isso mediante uma prévia autorização. Exemplo disso é a execução pública de músicas²⁶ prevista no artigo 68, § 2º da LDA, fato que por si só faz surgir direitos ao autor. De outro modo, quando da utilização de

²⁵ GUEIROS JR. *apud* MENEZES. Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 170.

²⁶ Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais, ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. (*omissis*)

§ 2º. Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de

contratos relacionados à música, tais como *verbi gratia* os contratos de edição e de produção, que, também, acabam por demonstrar a atenção conferida por este ramo do direito à referida obra.

Com o passar dos anos, o campo das comunicações desenvolveu-se, a circulação de conhecimento aumentou e, no âmbito da música, saímos do fonógrafo²⁷ para o CD – *compact disk*, DVD – *digital versatile disk*, e, enfim para o MP3 – *Mpeg 1 – Layer*²⁸, este que é o causador dos atuais grandes embates entre os autores, os violadores do direito de autor, aqui entendido como aqueles que disponibilizam e realizam o *download* sem pagar nada pelo referido direito, e as gravadoras, as maiores prejudicadas.

Para ilustrar, um caso que gerou grande repercussão mundial aconteceu no ano de 2000 quando a gravadora BMG propôs ação contra os responsáveis pelo o site *Napster* que acabou sendo retirado da Internet.

Por fim, antes de se adentrar no mérito sobre a natureza jurídica do direito de autor, interessante se torna conhecer a sua essência.

Assim, importante relatar que tal direito encontra guarida no Direito Privado, onde sua maior pretensão é regular e garantir os interesses individuais, sendo que no caso do Direito Autoral, é tutelar as criações intelectuais em um contexto pessoal e patrimonial, e, também, no Direito Público, onde, primeiramente, de acordo com a Carta Política da República em seu artigo 5º, XXVII, ao autor pertence o direito exclusivo de utilização e publicação de sua obra, e posteriormente ante a sua ligação junto a organismos de Direito Público externo.

Mister expor, porém, que devido a sua especificidade e sua independência, tendo inclusive princípios e diploma legal próprios, torna-se ele um ramo autônomo privado, contudo com a capacidade de se correlacionar com outras áreas do Direito.

Do suso exposto e tratando, enfim, da natureza jurídica, importante se faz trazer à tona que o direito de autor possui um caráter dúplice, apresentando elementos de direito

freqüência coletiva, ou quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade e a exibição cinematográfica.

²⁷ Invenção de Thomas Alva Edison no ano de 1878, o fonógrafo é aparelho cujo intuito é gravar e gerar o som captado.

²⁸ “MP3 é uma abreviação de MPEG 1 Layer-3 (camada 3). Trata-se de um padrão de arquivos digitais de áudio estabelecido pelo Moving Picture Experts Group (MPEG), grupo de trabalho de especialistas de Tecnologias da Informação vinculado ao ISO e à CEI. As camadas referem-se ao esquema de compressão de áudio do MPEG-1. Foram projetadas em número de 3, cada uma com finalidades e capacidades diferentes. Enquanto a camada 1, que dá menor compressão, se destina a utilização em ambientes de áudio profissional (estúdios, emissoras de TV, Etc) onde o nível de perda de qualidade deve ser mínimo devido à necessidade de reprocessamento, a 3 se destina ao áudio que será usado pelo cliente final. Como se espera que esse áudio não sofra novos ciclos de processamento, a compressão pode ser menos conservadora e aproveitar melhor as características psico-acústicas do som limitando-se apenas pela qualidade desejada para o ouvido humano”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/MP3#O_significado_da_sigla>. Acesso em 14 de mar. 2009.

patrimonial e, também, moral, podendo, então, ser considerado um direito híbrido, pois tutela o autor e a obra, porém levando sempre em consideração os dois elementos supramencionados que envolvem a produção e a fruição na linha tempo.

Eduardo Pimenta²⁹, utilizando as palavras de Clóvis Bevilacqua, assim a transcreve:

Direito autoral é o que tem o autor da obra literária, científica ou artística, de ligar seu nome às produções do seu espírito e de reproduzi-las, ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor; na segunda, é de natureza econômica.

No tocante ao direito patrimonial, que se refere ao aproveitamento econômico, há o acolhimento sobre os direitos de reprodução da obra, e no que tange ao direito moral, que é o elo entre a criação e o criador, há a inclusão de direitos como de paternidade e integridade do objeto intelectual, sendo estes inalienáveis.

Assim, concluindo o presente raciocínio, oportuna é a exposição do doutrinador Carlos Alberto Bittar³⁰, que diz:

Com efeito, os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, estão por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incidível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados.

Verifica-se, dessa maneira, que o direito de autor possui dois núcleos, quais sejam moral e patrimonial, logo, tanto têm traços do direito de propriedade quanto de direito de personalidade. Nesse sentido, o primeiro é devido quando da reprodução ou utilização de uma obra, devendo haver expressa autorização por parte do agente produtor intelectual, e o segundo trata-se da vinculação do autor com sua obra.

²⁹ BEVILACQUA *apud* PIMENTA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 26.

³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 11.

“A fé não está no corpo que se inclina, mas está na alma do que crê” (*Dalvimar Gallo, compositor*), e eu creio que independente de qualquer estorvo o fim só chegará quando os objetivos forem alcançados.

II. O compartilhamento de arquivo na Internet

2.1 A Internet como meio de circulação autoral e a função social do direito de autor

Hodiernamente, houve a intensificação da discussão sobre os direitos dos autores e as suas obras, isso levando em consideração o fenômeno denominado Internet e seu avanço com o rompimento de fronteiras, cominado, ainda, com o fácil acesso por parte dos internautas a diversas obras tanto no campo literário, científico ou artístico, e, principalmente, no musical. Assim, questões envolvendo a propriedade de criações e os direitos dos autores sobre elas, a possibilidade de protegê-las de violações e mecanismos para a identificação do agente violador de direitos autorais, surgem com destaque no mundo moderno.

O Ministério das Comunicações através da norma nº 004/95³¹ aprovada pela Portaria 148, de 31 de maio de 1995 define Internet como: “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o *software* e os dados contidos nestes computadores”.

A Internet possibilitou a utilização da chamada hipermídia, que se trata de um meio de expressão característico dessa rede mundial de computadores, em que por meio do acesso de diversos caminhos, por meio dos *links*³², pode-se perceber da maneira em que se bem entender, sem uma ordem predeterminada, os vários conteúdos oferecidos em um sítio. Elisângela Dias Menezes³³, examinando o presente tema, assim se posiciona, *verbis*:

³¹ *Uso De Meios Da Rede Pública De Telecomunicações Para Acesso À Internet*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental&codigoDocumento=10283>> Acesso em 14 de mar. de 2009.

³² “O seu significado é “atalho” ou “ligação”. Através dos *links* é possível produzir documentos não lineares interconectados com outros documentos ou arquivos a partir de palavras, imagens ou outros objetos”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Link>> Acesso em 14 de mar. de 2009.

³³ MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 192.

A definição de hipermídia, por sua vez, parte dos conceitos de não-linearidade, interface e multimídia. Trata-se do meio de expressão próprio da Internet, que possibilita diferentes modos de compreensão do conteúdo a partir da exploração de caminhos diferenciados para a construção da mensagem.

O doutrinador Alexandre Libório Dias Ferreira citado por Eduardo Pimenta³⁴, assim se pronuncia:

a Internet é a principal autoestrada do ciberespaço, isto é, a rede mundial de comunicações eletrônicas. Para navegar neste novo mar de informação é necessário dispor de um computador ligado à rede de telecomunicações, com ou sem fio.

Isso posto, a invenção da Internet promoveu a possibilidade de divulgação das obras em seu formato original, principalmente as artísticas, transformando-se assim em uma nova linguagem de comunicação.

De mesmo modo, infelizmente, serviu também para aumentar o uso indevido e a pirataria, onde a distribuição dessas obras, sem a autorização dos autores ou titulares, fez com que os direitos de autor, no âmbito da rede mundial de computadores, se transformassem em um problema de difícil solução.

Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli, citado por Elisângela Dias Menezes³⁵ tratando da origem de tal problemática, posiciona-se da seguinte forma:

Tal situação cercou de problemas e conflitos principalmente a indústria fonográfica, com o surgimento do *Napster*, software que permitia o intercâmbio de arquivos digitais de músicas em formato 'MP3'. Esta 'praga', como diziam os titulares, chegou em seguida aos demais setores usuários de conteúdos digitalizados, com grandes riscos para todos que exercem atividade econômica com obras intelectuais.

Inobstante, notório que o estabelecido pela Lei Autoral em seu artigo 29³⁶ não vem sendo observado, pois, para que haja a utilização da obra, seja qual for sua modalidade, imprescindível é a prévia e expressa autorização.

De tal maneira, não restam dúvidas de que a rede mundial de computadores, ao mesmo tempo em que possibilitou o acesso à cultura e a oportunidade aos criadores em divulgar suas obras, deu azo à reprodução ilegal e ao uso indevido dessas invenções do intelecto humano.

³⁴ FERREIRA *apud* PIMENTA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 74.

³⁵ BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna *apud* MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 193.

³⁶ Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I – a reprodução parcial ou integral;

II – a edição;

Em outro enfoque, é relevante trazer à tona a questão da função social do direito de autor, pois em que pese ser de fundamental importância valorizar o indivíduo criador de modo que ele continue contribuindo com suas criações e que haja uma retribuição financeira por tal, qualquer medida que tenha por objetivo limitar o acesso às redes de comunicação poderia aumentar a chamada exclusão digital. Em outras palavras, uma maior proteção poderá acarretar uma diminuição ao acesso às obras intelectuais dispostas na Internet e, por consequência, gerar o seu desestímulo à sua produção.

Eduardo Pimenta³⁷, comentando sobre tal aspecto, assim leciona: “Sociologicamente, a internet é um veículo de socialização, quer pela informação, quer pela interação de internautas, efetivamente globalizando a visão humana”.

Assim, o aumento da proteção autoral e a restrição ao livre acesso às obras, lemas propostos pela indústria cultural, em especial a fonográfica, visam à defesa de seus interesses, fato no qual não necessariamente garante ao criador grandes benefícios, pois, por exemplo, não lhe assegura um maior ganho financeiro. Logo, parece ser evidente que o pano de fundo das atitudes tomadas pelas gravadoras, demonstrando estarem engajadas na coibição da pirataria, é, talvez, camuflar a desgastada relação em que elas têm com o autor e evitar prováveis e possíveis perdas em seus lucros.

De outra forma, não se pode admitir, em hipótese alguma, que uma maior proteção aos direitos de autor se transforme em um empecilho ao acesso e às criações oriundas de novas tecnologias.

III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV – a tradução para qualquer idioma;

V – a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para o uso ou exploração da obra;

VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso a obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII – a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

³⁷ PIMENTA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 75.

De tal forma, as políticas públicas deveriam visar o interesse social, possibilitando a utilização livre das obras protegidas e a inclusão digital dos cidadãos, como forma de garantir cidadania, educação e, até mesmo, lazer à sociedade.

Contudo, Allan Rocha de Souza³⁸, de forma sensata, diz que “a extensão da proteção jurídica concedida ao autor deve equilibrar-se entre o alcance efetivo do benefício patrimonial compensatório e a dimensão do ônus a ser suportado”. Neste ínterim, patente é o não consenso existente entre o interesse do autor e os anseios e necessidades dos internautas que desejam usufruir ou utilizar as obras criadas por aquele.

Oportunamente, eis o comentário do professor Joshua Eddings citado por Maria Helena Junqueira Reis e trazido pelo doutrinador Eduardo Pimenta³⁹, *verbis*:

a Internet é uma sociedade de milhares de organizações e redes que trabalham cooperativamente sem um governo ou administração central. Funciona como uma anarquia porque não existe nenhum escritório ou grupo que tenha autoridade sobre toda a rede. Ao contrário, cada organização membro gerencia e sustenta sua própria rede e trabalha voluntariamente com seus vizinhos para direcionar um tráfego da Internet de um lado a outro.

Por fim, a título de informação, mister destacar que, entre as obras que circulam na Internet ou em outro meio qualquer, não existe distinção. Logo, as prerrogativas patrimoniais e morais do autor devem ser respeitadas em ambos os casos.

2.2 A proteção do direito de autor na rede mundial de computadores e a possibilidade de identificação do agente violador do Direito Autoral no âmbito da Internet

O Direito Autoral no Brasil tem uma longa história que vem desde o tempo em que os cursos jurídicos foram criados. Contudo, o fator que sempre prejudicou, sobretudo os autores, mesmo, atualmente, não havendo uma lei específica que trate de condutas criminosas na Internet relacionadas às transgressões dos direitos autorais, não foi exatamente a falta de legislação e sim a falta de cumprimento do diploma e dispositivos legais existentes referentes ao tema.

³⁸ SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil 1988-2005*. São Paulo: Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 215-216.

³⁹ EDDINGS *apud* PIMENTA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 75.

Isso posto, ao se conectar na *World Wide Web* – www, o usuário dessa rede estabelece ligação com outras que, simultaneamente, operam entre si, tendo assim acesso a uma enormidade de conteúdo, fato no qual faz da Internet um meio de comunicação que foge, em determinados casos, do controle do poder do Estado e das normas jurídicas estabelecidas.

Ilustrando bem o momento em que a Internet e a tecnologia tornaram-se um problema para os autores e a indústria fonográfica, o doutrinador Nehemias Gueiros Júnior⁴⁰ citado no artigo “Lei dos Direitos Autorais nas Obras Musicais” de autoria de Leonardo Mota Costa Rodrigues relata:

[...] o que realmente chamou a atenção, não apenas da indústria fonográfica, mas também de estudiosos e juristas de Direito Autoral, foi quando a tecnologia passou a permitir, com precisão e fidelidade, o *download* de faixas e até discos inteiros, diretamente da Internet para os equipamentos de gravação dos usuários, sem qualquer cobrança de preço. Pior, diversos serviços dentro da Internet oferecem aos usuários a possibilidade de fazer suas próprias compilações de faixa de sua preferência, juntando obras musicais protegidas por contratos e atreladas a direitos e obrigações com os autores, artistas e intérpretes, misturando fonogramas de diversas gravadoras diferentes. Estava lançada a pirataria musical cibernética. Os *sites* clandestinos proliferaram e até hoje estão na rede, oferecendo serviços ilegais.

Não se pode olvidar, contudo, que para efeito de proteção das obras que circulam na Internet ou em qualquer outra mídia, não se deve levar em consideração o seu valor, pois o caráter subjetivo é o que importa ante a sua individualidade. Desse modo, inexistirá problema caso uma obra possua um baixo valor intelectual, porque os elementos que interessam são: a mera exteriorização de um esforço do intelecto e sua proteção sob a égide da Lei Autoral.

Diante disso, o ordenamento jurídico protege o agente produtor cultural em lei específica e nos Códigos Civil e Penal, em que estabelece indenizações e penas aos violadores dos direitos de autor.

O professor Guilherme Carboni⁴¹, ao comentar sobre a busca da Lei de Direitos Autorais em tutelar as obras digitais, estabelece o seguinte:

[...]. Na verdade, a Lei de Direitos Autorais procurou apenas transportar para as obras digitais os mesmos conceitos de direito de autor tradicionalmente aplicados às obras analógicas, quando, na verdade, o funcionamento do direito autoral analógico se contrapõe à ética criada pela própria tecnologia digital.

⁴⁰ GUEIROS JR., Nehemias *apud* RODRIGUES, Leonardo Mota da Costa. *Lei de Direitos Autorais nas Obras Musicais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4328>> Acesso em 28 de abr. de 2009.

⁴¹ CARBONI, Guilherme. *Os desafios do direito autoral em tempos de Internet*. Disponível em: <<http://www.lexinform.com.br/atualidades2.asp?Codigo=51>> Acesso em 18 de abr. de 2009.

A Convenção Internacional sobre Cibercrimes, conhecida como Convenção de Budapeste, aprovada pelo Conselho da Europa no ano de 2001, mesmo sendo um documento no qual o Brasil não é signatário, deve ser mencionado, pois no combate aos crimes eletrônicos foi considerado um avanço pelos especialistas, isso devido ao fato de tratar das questões atuais e ser seu objetivo a proteção da sociedade contra a criminalidade advinda da Internet.

Nela, recomenda-se ser necessária, dentre outras medidas, a adoção de procedimentos penais e a cooperação mútua entre os Estados, uma vez que nenhum país detém comando sobre toda a rede mundial de computadores. Assim, vejamos o que estabelece o artigo 10⁴²:

Artigo 10º - Infracções relacionadas com a violação do direito de autor e dos direitos conexos

1. Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para estabelecer como infracção penal, em conformidade com o seu direito interno, a violação do direito de autor definido pela legislação dessa Parte, em conformidade com as obrigações que a mesma assumiu em aplicação da Convenção Universal sobre o Direito de Autor, revista em Paris, em 24 de Julho de 1971, da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, e do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor, com excepção de quaisquer direitos morais conferidos por essas Convenções, quando esses actos forem praticados intencionalmente, a uma escala comercial e por meio de um sistema informático.

2. Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para estabelecer como infracção penal, em conformidade com o seu direito interno, a violação dos direitos conexos definidos pela legislação dessa Parte, em conformidade com as obrigações assumidas por força da Convenção Internacional para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (Convenção de Roma) do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, e do Tratado da OMPI sobre Interpretações, Execuções e Fonogramas, com excepção de qualquer direito moral conferido por essas Convenções, quando esses actos forem praticados intencionalmente, a uma escala comercial e por meio de um sistema informático.

3. Uma Parte pode, em circunstâncias bem delimitadas, reservar-se o direito de não determinar a responsabilidade penal nos termos dos n.ºs 1 e 2 do presente artigo, na condição de estarem disponíveis outros meios eficazes e essa reserva não prejudique as obrigações internacionais que incumbem a essa Parte, em aplicação dos instrumentos internacionais mencionados nos n.ºs 1 e 2 do presente artigo.

⁴² *Convenção sobre o Cibercrime.* Disponível em: <http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_documentos/convencao_cibercrime.pdf> Acesso em 18 de abr. 2009.

A despeito disso, sendo uma consequência quase que inevitável, a violação aos direitos de autor na Internet prejudica o criador das obras intelectuais e, por conseguinte, a indústria, pois vem ocasionando uma queda na venda de seus produtos e, também, em seu lucro, ou seja, vem causando uma reação em cadeia negativa que chega até mesmo a causar a demissão de funcionários.

Entretanto, Eliane Yachouh Abrão⁴³, entendendo ser a Internet somente mais uma nova mídia que não significou alteração nos direitos legais do autor, diz:

A Internet não representa nenhuma mudança nos direitos autorais: todo livro, toda melodia, todo poema, toda obra, enfim, que todo mundo sabe que foi feita por outro que não você, que tem dono, tem de ser usada com respeito ao conteúdo e à integridade, e se o dono o consentir. O que é respeitar? É não modificar a obra, nem fazer modificações que alterem o pensamento de seu criador, quando se utilizar da obra em nome dele. É, também, não usar ou comercializar nada que não lhe pertença, sem pedir a devida e necessária autorização da pessoa física que a criou, ou da jurídica que adquiriu por contrato a condição de autor (o que, juridicamente, se chama de titularidade). A regra vale para qualquer mídia, e a Internet é só mais uma (nova) mídia.

Ainda assim, em que pese a respeitável opinião da ilustre professora, a verdade é que a Lei Autoral não está acompanhando os avanços provenientes da Internet e da tecnologia digital, encabeçada pela evolução constante dos computadores e de seus programas, pois as formas de transmissão e cópia de obras autorais sem a devida permissão aumentou rapidamente e a impunidade ora decorrente de tais atos ilegais é um fato concreto e constante.

Portanto, eis um dos motivos que justificam a criação de tipos penais que regulem especificamente na rede mundial de comunicações eletrônicas, as condutas criminosas, sobretudo as que violam os direitos autorais, tais como, por exemplo, o compartilhamento e o *download* de músicas ou vídeos sem a autorização dos autores. Assim, necessária é a adaptação à nova realidade hoje vivida, para que haja a inibição e o desestímulo do cometimento de tais atos. De tal maneira, o doutrinador Plínio Martins Filho⁴⁴, contundentemente afirma, *in litteris*:

⁴³ ABRÃO, Eliane Yachouh. *O que é o que não é direito autoral*. Disponível em: <<http://74.125.47.132/search?q=cache:REsq83qlb5gJ:www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B8220D5AC-4A23-48C0-B463-6EBADE647FDC%257D%26ServiceInstUID%3D%257BB78EA6CB-3FB8-4814-AEF6-31787003C745%257D+Eliane+Yachouh+Abr%C3%A3o&cd=17&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>>. Acesso em 19 de abr. de 2009.

⁴⁴ FILHO, Plínio Martins. *Direitos Autorais na Internet*. Disponível em: <<http://www.colegiosaofrancisco.com.br/alfa/direitos-autorais-na-internet/>>. Acesso em: 19 de abr. de 2009.

[...], as violações dos direitos autorais pelos usuários da Internet estão se tornando igualmente comuns, de modo que quase ninguém acredita num controle legal, ainda mais sem uma legislação própria.

Todas essas violações seriam legais se fosse pedida a autorização ao titular dos direitos. Para que isso aconteça é preciso que se criem leis claras e não um emaranhado trabalhoso de normas que, no fundo, tornarão o licenciamento muito oneroso. Enquanto isso não ocorre, estamos fadados a conviver com esse submundo ilegal de violações dos direitos autorais.

A Internet está criando um verdadeiro caos à medida que rompe qualquer barreira, pois torna a proteção aos direitos autorais - que atualmente é territorial - obsoleta. É preciso, portanto, que se crie um código universal plenamente funcional. Do contrário, vamos continuar nos perguntando "de quem é a responsabilidade sobre os direitos autorais na Internet?", e não dando nenhuma solução satisfatória. **(sem ênfase no original)**

De outra banda, se existe o direito, inclusive, estando previsto em nossa Carta Magna, nada mais justo que ele seja respeitado. Logo, se terceiros utilizam as obras de agentes produtores intelectuais, deve, então, incidir sobre eles a cobrança de uma remuneração, até porque, ninguém pode locupletar-se indevidamente, ainda mais com o fruto de um trabalho intelectual alheio.

Abordando a questão estabelecida, a professora Eliane Yachouh Abrão⁴⁵ assevera o seguinte sobre a transgressão ao direito de autor na rede mundial de computadores, vejamos:

[...], colocar uma música no espaço virtual em base de dados por quem não tenha relações de criação ou poderes de comercialização sobre ela, reproduzindo-a através de um *click* para outro endereço virtual ou armazenando-a em seu próprio arquivo, ou fixando-a em um CD, estará cometendo um ato ilícito do ponto de vista patrimonial. Mas estará cometendo também uma violação de direito moral do autor se lhe alterar a substância, mixando-a, por exemplo, ou desvinculando o nome dos autores/titulares às obras.

Logo, restou-se verificado que a Internet, ao mesmo tempo em que contribuiu para o avanço tecnológico, cultural e midiático, possibilitou, nos dizeres de Nehemias Gueiros Junior, a “pirataria cibernética”, razão na qual o direito, ainda, não encontrou um ponto de equilíbrio entre os interesses da população e do indivíduo autor.

Eduardo Pimenta⁴⁶, ao analisar os benefícios em que a *World Wide Web* oferece, nos quais se pode citar a transposição de fronteiras territoriais e a facilidade na busca por informações, e ao comentar sobre a não identificação e punição dos transgressores das normas autorais, diz:

⁴⁵ ABRÃO, Eliane Yachouh. *A Internet e a sua inserção no sistema de direitos autorais*. Disponível em: <http://www.2.uol.com.br/direitoautor/artigo211003_a.htm> Acesso em 31 de mar. de 2009.

⁴⁶ PIMENTA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 76.

Com suas características multifuncionais, a internet permitiu um anonimato relativo (vide a impunidade dos HACKERS), com excessiva liberdade, a par de ter globalizado o direito, as relações de consumo, a efetivação da comunicação em tempo real independente da distância, e por consequência modificando a competência jurisdicional – em consonância com a teoria finalista, posto que pode ser acessado em qualquer lugar do planeta, caracterizando a universalização, ou melhor fazendo nascer uma nova classe na classificação romana dos direitos civis, a dos DIREITOS UNIVERSAIS.

Destarte, sobre a possibilidade de se descobrir a identidade de um transgressor dos direitos de autor na rede mundial de computadores, Elisângela Dias Menezes⁴⁷ citando o entendimento de Plínio Cabral expõe:

por meio de sistemas eletrônicos e programas adequados, esse registro se torna mais fácil e objetivo. Tecnicamente falando, é simples e fácil. O provedor desempenhará papel decisivo como ‘porta’ para os caminhos cibernéticos e seu controle.

Na mesma linha de raciocínio, Carolina de Aguiar Teixeira Mendes⁴⁸, ao comentar sobre a suposição de que o internauta tem de seu anonimato ser mantido leciona:

[...]. Nem tudo o que está em “ambiente público” (no caso a Internet) está em “domínio público” (hipótese legal na qual o material pode ser utilizado sem autorização do autor). Assim, a Internet é apenas um ambiente público, mas seus conteúdos não podem ser copiados ao bel-prazer do usuário, sem ao menos pedir autorização do responsável pelo conteúdo.

Da mesma forma deve ser esclarecido o falso anonimato. Crimes são cometidos em *blogs* e comunidades virtuais (como o Orkut) porque o usuário acredita que não será identificado se fizer uso da condição de anônimo. Lembramos que é perfeitamente possível identificar qualquer usuário na *World Wide Web* através do número de IP (*Internet Protocol*), que identifica cada um de nossos computadores conectados.

[*omissis*]

[...]. E é muito mais fácil “pegar” alguém que cometeu um crime na Internet do que “pegar” um rapaz que furtou a bolsa de uma velhinha, saiu correndo e nunca mais foi visto. A Internet deixa rastros, é possível descobrir o número de IP do seu computador, [...].

Assim, importante destacar que a Internet não se trata de uma terra sem leis, e que, mesmo não existindo uma lei específica, pode haver, de forma generalizada, infelizmente, o enquadramento de um ato ilícito cometido virtualmente em dispositivos do Código Penal, Civil e da própria LDA.

⁴⁷ CABRAL *apud* MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 194.

⁴⁸ MENDES, Carolina de Aguiar Teixeira. *Acha que a Internet é uma Terra sem Leis? Pois Enganou-se!*. Disponível em: <http://www.jornaljovem.com.br/edicao6/especial_internet08.php> Acesso em 31 de mar. de 2009.

Logo, sendo a rede mundial de computadores um ambiente público, alguns atos não podem ser cometidos, *v.g.*, baixar músicas sem autorização ou sem pagar os direitos legais do autor. Isso posto, altamente recomendável, neste caso, é realizar o *download* de forma legal, através de sites especializados.

Carlos Alberto Bittar⁴⁹, abordando a temática da tutela dos direitos autorais, assim se pronuncia:

O princípio básico, aliás, é o da mais ampla proteção aos direitos do autor, proporcionando-lhe, em face das permissivas já antes assentadas, ou a garantia, ou a defesa, ou a reparação devida frente a ameaças ou lesões sofridas.

Daí, se uma determinada ação for suscetível de capitulação, nos planos citados, em cada qual sofrerá o agente – se assim em concreto se puser e se provar – o sancionamento correspondente, dentro da tese do enquadramento múltiplo que prospera nesse campo.

Por derradeiro, a Internet não deve ser vista como uma vilã, um meio causador de tal embate existente entre sociedade e autor, mas sim como uma aliada na qual deve ser mais bem aproveitada, pois ela possibilita e proporciona mais vantagens e benefícios, tais como resolver problemas e facilitar o dia-a-dia, além, ainda, de ser uma forma rápida e barata de disseminar informação e implementar políticas de *marketing* eficazes.

2.3 As principais violações aos direitos do autor

No que tange às violações dos direitos autorais, ou seja, quando da utilização de uma determinada obra sem a prévia autorização do autor, podemos destacar, no âmbito da internet, que as principais formas de transgressão são o plágio, a contrafação e a reprodução, todas popularmente conhecidas pelo nome de pirataria. O doutrinador Carlos Alberto Bittar⁵⁰, ao abordar o tema, assim se pronunciou:

Pode-se, no entanto, resumir as violações a ações refratárias a direitos do titular em relações de ordem contratual, ou a normas que as protegem, como as consistentes no descumprimento total ou parcial da avença (falta de remuneração; ausência de prestação de contas; extrapolação dos limites de exemplares permitidos; falta de numeração de exemplares editados), ou nas relações extracontratuais, encontráveis basicamente no uso indevido de obra ou representação de obra, sem autorização do autor, pelas diferentes

⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 132.

⁵⁰ Idem. *Ibidem.* p. 132.

modalidades possíveis). Além disso, no âmbito contratual, as lesões podem ocorrer, desde a prática de atos preparatórios para o ajuste até depois de exaurida a respectiva execução (nas edições ou tiragens clandestinas, realizadas depois de esgotado o estoque convencionado).

Eliane Yachouh Abrão⁵¹, fazendo um paralelo entre a violação aos direitos do autor e as composições musicais, leciona:

Não importa quanto avance a tecnologia, a lei é sempre a mesma: dentro do sistema internacional vigente, do qual o Brasil sempre fez parte, nenhuma música pode ser reproduzida, executada ou distribuída na Internet sem a permissão do autor da letra e/ou da melodia, das respectivas editoras, do arranjador, dos intérpretes de voz e de instrumento, do produtor fonográfico. Antes disso, a música já não poderia ser transposta, do formato original (disco, fita, vinil) para o formato MP3, sem o consentimento deles, dado que todas as Constituições dos países de civilização ocidental e a Convenção de Berna exigem a prévia autorização do autor ou titular para qualquer futura utilização pública de uma obra musical. Faz uso legal apenas quem execute obra musical no “recesso do lar”, isto é, no computador doméstico, desde que em tempo real.

Entretanto, o artigo 46⁵² da LDA estabelece aos referidos direitos outras limitações além daquela referente à inserção de uma obra em domínio público devido à expiração do prazo de proteção de setenta anos, deixando assim transparecer que a intenção da Lei Autoral é sopesar os interesses privado e público.

⁵¹ ABRÃO, Eliane Yachouh. *A Internet e a sua inserção no sistema de direitos autorais*. Disponível em: <http://2.uol.com.br/direitoautoral/artigo211003_a.htm> Acesso em 31 de mar. de 2009.

⁵² Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I – a reprodução:

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publica em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;
- d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre eu a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários.

II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagem de qualquer obra, para fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV – o apanhado de lições em estabelecimento de ensino por aqueles a quem se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a utilização;

O doutrinador Henrique Gandelman citado por Elisângela Dias Menezes⁵³, define de maneira lúcida o que vem a ser pirataria:

Chama-se vulgarmente de pirataria à atividade de copiar ou reproduzir bem como utilizar indevidamente – isto é, sem a expressa autorização dos respectivos titulares – livros ou outros impressos em geral, gravações de sons e/ou imagens, software de computadores, ou ainda, qualquer outro suporte físico que contenha obras intelectuais legalmente protegidas.

De acordo com o artigo 1º, § único do Decreto nº 5.244, de 14 de outubro de 2004, que dispõe sobre o Conselho de Combate à Pirataria e Delitos contra Propriedade Intelectual, pirataria vem a ser a violação aos direitos autorais de que tratam as Leis 9.609 (*Softwares*) e 9.610 (Direitos Autorais), ambas do ano de 1998.

Posto isso, importante trazer à tona que o crescimento de tal atividade envolve três aspectos, quais sejam, social, jurídico e econômico, fazendo com que esse seja um dos maiores problemas de ordem pública hoje enfrentado em nosso país.

Tratando do aspecto social, importante destacar a baixa condição financeira e a falta de consciência da população brasileira em reconhecer o trabalho intelectual do autor. De outro modo, urge destacar que a referida atividade se caracteriza como crime de menor potencial ofensivo, e que seu índice de cometimento é enorme, sendo sua não punibilidade um fato corriqueiro, justificando, de certa maneira, o comércio de produtos pirata em todos os centros comerciais das cidades brasileiras.

No aspecto jurídico, deve-se ressaltar a ineficácia da legislação no tocante à falta de repreensão à pirataria, que, por exemplo, poderia ser realizada por meio de fiscalização mais intensa e rotineira. Nesse sentido, deveriam existir punições efetivas e mais severas e uma regulamentação específica, de modo que acompanhassem as tecnologias surgidas nos últimos tempos.

Sob a ótica econômica, necessário se faz relatar que os produtos originais chegam ao mercado e, por conseqüência, ao consumidor a um preço elevado, que talvez se justifique pelo alto nível de carga tributária imposta à indústria cultural, assim eis a razão na qual muitos optam pelo produto pirata.

VI – a representação teatral e execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;
VII – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;
VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

⁵³ GANDELMAN *apud* MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 127.

Por oportuno, Carlos Alberto Bittar⁵⁴, ao comentar sobre os delitos autorais em nosso ordenamento jurídico leciona:

Se a violação consistir na “reprodução por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente”, a pena passa a ser de reclusão, de um a quatro anos, cumulada com multa (art. 184, § 1º) (levando-se em conta que reprodução indevida é a efetiva para fins econômicos, eis que livre o uso privado).

Na mesma pena exarcebada incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos com violação de direitos autorais (§ 2º) (crime conhecido como de “contribuição para o êxito da contrafação”).

Feitas tais considerações, adentremos agora nas formas de transgressões mais usuais e conhecidas em nosso arcabouço normativo. A contrafação, prevista na lei autoralista no artigo 5º, VII, pode ser definida como sendo a reprodução de uma determinada obra sem a autorização do agente produtor intelectual, cujo intuito é o proveito econômico. Carlos Alberto Bittar⁵⁵ ensina:

Tem-se, outrossim, por contrafação, a publicação ou reprodução abusivas de obra alheia. O pressuposto é o da falta de consentimento do autor, não importando a forma extrínseca (a modificação de formato em livro) o destino, ou a finalidade da ação violadora.

[...]

[...]. Na contrafação, há representação ou reprodução de obra alheia sem autorização autoral, podendo ser total ou parcial. Inclui-se, em seu âmbito, a derivação sem consentimento (a adaptação, ou a tradução, ou a variação de tema), eis que sempre se visa ao aproveitamento econômico indevido da obra (atentando contra o aspecto patrimonial, ou contra a obra em si).

Sobre a forma de violação denominada plágio, não há na legislação autoralista uma previsão direta, contudo, podemos defini-la como sendo o uso de uma idéia já existente sem atribuir a real autoria, ou seja, trata-se de uma verdadeira imitação na qual quem comete acaba omitindo a verdadeira autoria. O professor Plínio Cabral⁵⁶, tratando dessa temática expõe:

[...]. O que é plágio? Plágio é, justamente, uma reprodução que não foi autorizada e que pode assumir várias feições, desde uma cópia grosseira até aquela maneira safada, onde o contrafator maquia a obra de outro para, disfarçadamente, apresentá-la como sua, enganando o editor, o livreiro, o leitor e a própria sociedade.

⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 148.

⁵⁵ Idem. *Ibidem.* p. 149.

⁵⁶ CABRAL, Plínio. *Op. Cit.* p. 20.

De maneira mais clara, Carlos Alberto Bittar⁵⁷ diz:

A configuração do plágio ocorre com a absorção do núcleo da representatividade da obra, ou seja, daquilo que a individualiza e corresponde à emanção do intelecto do autor. Diz-se então que, com a imitação dos elementos elaborativos, é que uma obra se identifica com outra, frete à identidade de traços essenciais e característicos (quanto a tema, a fatos, a comentários, a estilo, a forma, a método, a arte, a expressão, na denominada *substantial identity*), encontrando-se aí o fundamento para a existência ao delito.

Já a doutrinadora Elisângela Dias Menezes⁵⁸ afirma o seguinte, *ipsis verbis*:

Com efeito, contemporaneamente, pode-se considerar como plágio a apropriação da autoria sobre a obra intelectual alheia, tomada não só em sua patrimonialidade, mas também atingida no que tem de mais sagrado, que é o vínculo moral estabelecido junto ao seu legítimo autor.

Continuando a se valer dos ensinamentos da mesma autora⁵⁹, relevante é transcrever seu posicionamento, *in litteris*:

É imprescindível, assim, o resguardo da autoria nas citações e utilizações de obras alheias. Trata-se não só de respeito aos direitos morais do autor citado, mas também da garantia de originalidade da nova obra a ser criada. A identificação deve ser feita individualmente e o uso precisa ser restrito ao estritamente necessário. Quanto à essência da nova obra, essa fica por conta da criatividade, do estilo e da personalidade do autor, não devendo resultar senão de sua própria expressão artística.

Por fim, no tocante a vertente da pirataria denominada reprodução, cuja sua previsão se encontra no artigo 5º, VI da LDA, pode-se conceituá-la como sendo a cópia idêntica de uma obra literária, artística, ou científica, cuja qual a utilização de máquinas capazes de reproduzirem fielmente o objeto do intelecto humano se faz necessária.

Todavia, em que pese tal vertente ser mais freqüente nos casos de obras impressas, a referida forma de violação é bastante utilizada para se realizar cópias fraudulentas de obras musicais, uma vez que as gravadoras de computadores são, freqüentemente, empregadas para se reproduzir um CD ou DVD de um artista musical ou gerar um arquivo eletrônico, no qual se destaca o formato MP3, que por sua vez acaba por ocasionar a reprodução e a circulação não autorizada de músicas no mundo virtual.

Não obstante, mister destacar que a reprografia não se trata de uma técnica ilegal, porém, como vem sendo utilizada para realizar inúmeras cópias de obras intelectuais, o direito

⁵⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Op Cit.* p. 150.

⁵⁸ MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 132.

⁵⁹ Idem. *Ibidem.* p. 133.

de autor, conseqüentemente, acaba sofrendo violação. Nesse sentido, eis a razão de merecer a atenção por parte da Lei Autoral.

Ante todo o exposto, verifica-se que, mesmo havendo uma normatização da tutela aos direitos do autor, ainda é bastante complicado controlar sua violação. Neste sentido, tais formas da pirataria parecem envolver mais uma questão cultural, pois a sociedade, em sua grande maioria, tolera e alimenta o desrespeito a Lei Autoral, ou por desconhecimento ou pela certeza da impunidade, haja vista existir em qualquer centro comercial um camelô vendendo CDs e DVDs piratas e na Internet haver vários sites ilegais disponibilizando músicas, livros, vídeos etc.

“Eu sei que sempre foi meu Deus, mas sei também que é meu melhor amigo

Eu sei que me perdi no tempo, mas sei que sou muito melhor contigo”. (*Eduardo Faro e Guilherme de Sá, compositores*)

Obrigado meu Deus, agradeço-lhe por tudo, ainda mais por ter muito além do que mereço.

III. Os mecanismos de defesa dos direitos de autor

Como já dito, o fator que vem causando prejuízos, principalmente, aos autores, não diz respeito, exatamente, a falta de legislação, e sim ao não cumprimento do diploma e dispositivos legais referentes ao tema, muito embora inexista uma regulamentação específica que trate dos crimes autorais oriundos do uso das novas tecnologias, fato esse que, querendo ou não, acaba por prejudicar uma tutela suficientemente eficaz ao direito de autor.

Desse modo, a impunidade vem prevalecendo, uma vez que aos violadores do referido direito não esta havendo a devida imposição de sanções estabelecidas em nosso arcabouço jurídico ora em vigor. E, quando da sua aplicação, não há a devida distinção, por exemplo, entre a pessoa que vende CDs e DVDs piratas e aquele que comanda uma rede de contrabando de tais bases e as distribui ou entre quem realiza *download* e aquele que disponibiliza uma obra em um site ilegal.

Nessa senda, o núcleo disposto no artigo 184⁶⁰ do código repressivo brasileiro, qual seja, “violar direitos autorais” demonstra ser bastante abrangente e engloba as muitas formas ofensivas ao direito legal do autor, tratando-se assim, de uma regra geral.

⁶⁰ Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

§ 1º. Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena – reclusão de dois a quatro anos, e multa.

§ 2º. Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º. Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção de determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Contudo, se o intuito da infração for o de obter lucro (§ 1º, art. 184, do Código Penal Brasileiro – CPB), se tornará ela qualificada, aumentando a pena a ser imposta, que em sua forma simples (*caput*, do art. 184) é de 3 meses a 1 ano de detenção ou multa, para 2 a 4 anos de reclusão e multa.

Não obstante, o arcabouço normativo penal, no § 2º do supracitado artigo, pune aquele que participa solidariamente na prática do ato ilícito autoral, lhe imputando a mesma pena do parágrafo anterior. De igual maneira, o Código Penal determina, em seu § 3º, que comete o mesmo crime aquele que oferecer ao público alguma obra intelectual com intuito de lucro, elencando, para tanto as várias formas em que isso pode ocorrer.

Já o § 4º do mencionado artigo, reafirmou o estabelecido na LDA, estabelecendo que não consistirá em violação autoral as exceções nela previstas.

Ante o exposto, resta verificado que o mais sensato, devido às várias maneiras de transgressões existentes, tanto no mundo real quanto no digital, seria, a cada espécie e grau de violação, haver a imposição de uma sanção correspondente.

No intuito de demonstrar o tratamento dado por nossos Tribunais, aqui ilustrado pela compreensão do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁶¹ – TJDF, quando o tema é a violação ao direito de autor, vejamos o seguinte entendimento jurisprudencial, *verbis*:

RECEPTAÇÃO E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS. DOLO CARACTERIZADO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Em se tratando o crime de receptação, a aferição do dolo do agente é muito difícil, visto ser impossível perscrutar o seu íntimo, podendo, assim, ser alcançado pelas circunstâncias exteriores e indícios que rodeiam o fato delitivo.

2. Sendo o direito autoral um bem jurídico tutelado pela Constituição da República, não pode o Estado abster-se de combater veementemente aqueles que o violam, acobertando a reprodução e venda clandestina de CDs e DVDs piratas, que constitui um dos pilares do crime organizado e de uma enorme cadeia criminosa internacional.

3. Recurso conhecido e improvido. **(sem ênfase no original)**

§ 4º. O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

⁶¹ 20040710146384APR, Relator NILSONI DE FREITAS, 2ª Turma Criminal, julgado em 19/02/2009, DJ 15/04/2009. p. 146. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em: 3 de mai. de 2009.

Em outro julgado, eis o seguinte entendimento, também, proveniente do TJDFT⁶², *ipsis verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL QUALIFICADA PELO INTUITO DE LUCRO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO INCABÍVEL - LAUDO DOCUMENTOSCÓPICO - PERÍCIA EM AMOSTRA - MATERIALIDADE COMPROVADA - TIPICIDADE DA CONDUTA - CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE - PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO.

1. A suspensão condicional do processo somente é cabível nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, ou quando for previsto para o delito alternativamente a pena de multa.
2. A quantidade periciada (5 DVD's) é suficiente para se demonstrar a materialidade do delito de violação de direito autoral (CP 184 § 2º), sendo dispensável que todos os objetos recolhidos sejam examinados. A falsidade constatada por laudo documentoscópico é bastante para a condenação aliado ao fato de que o réu confessou o crime.
3. **Embora o consumo de CD's e DVD's não autênticos seja bastante difundido na sociedade, isso não impede a repressão da venda, pois o direito autoral é previsto na Constituição Federal (art. 5º XXVII) como direito fundamental e a revogação de uma lei incriminadora depende de outra lei nesse sentido.**
4. A fuga, com abandono do material falsificado, após perceber a aproximação policial, demonstra que o réu tinha pleno conhecimento da ilicitude de seu ato.
5. É proporcional a sanção aplicada no mínimo legal (2 anos de reclusão) com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
6. Negou-se provimento ao apelo do réu. **(sem ênfase no original)**

Por oportuno, o doutrinador Bruno Hammes, citado pela professora Elisângela Menezes⁶³ faz o seguinte comentário ao considerar que em determinadas situações somente uma sanção penal poderia coibir o cometimento de práticas ilícitas autorais, tendo em vista haver casos que quem violou o direito legal do autor não possui condições financeiras de reparar civilmente a lesão provocada. Vejamos:

Em muitos casos, só uma medida mais drástica pode reprimir o grande número de violações. Se as sanções penais forem de tal porte que intimidem os violadores, só a possibilidade de sua aplicação se mostra geralmente mais eficaz do que as sanções cíveis. No caso, de um violador que não tem bens e que causa grandes danos aos autores, só resta a privação da liberdade. Instalar a impunibilidade jamais protegerá os autores.

⁶² 20070610001416APR, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Criminal, julgado em 04/12/2008, DJ 21/01/2009. p. 116. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em: 3 de mai. de 2009.

⁶³ HAMMES, Bruno Jorge *apud* MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 142.

Em outra senda, mister destacar que os direitos autorais quando violados podem, também, encontrar guarida nas esferas civil e administrativa. Nessa esteira de raciocínio, Carlos Alberto Bittar⁶⁴ ensina o seguinte:

[...], a tríplex proteção recebida por esses direitos conforma-se à respectiva índole e, na prática, a resposta do ordenamento jurídico à violação depende do mecanismo acionado pelo lesado, que pode, conforme o caso, estender sua reação por uma, por algumas ou por todas as veredas citadas, em face da independência que impera entre as modalidades de tutela reconhecidas [...].

Posto isso, necessário se faz ressaltar que, com grande velocidade, a tecnologia aumentou as formas de se transmitir, exhibir e reproduzir as obras intelectuais. Igualmente, facilitou a realização de gravações e cópias das referidas obras, tais como, por exemplo, de músicas, textos e fotos, isso em parte, graças às máquinas gravadoras e scaneadoras. Em outras palavras, tais formas fizeram crescer as ações violadoras ao Direito Autoral.

Daí, tendo em vista não existir lei específica que trate de crimes virtuais que violam o direito de autor, raramente haver fiscalização repressora a pirataria, inclusive a digital, e não existir um controle quanto ao uso das referidas máquinas, muito difícil se torna punir os infratores. Logo, a pergunta que paira no ar é a seguinte: qual mecanismo o agente produtor cultural possui para ver seus direitos morais e patrimoniais respeitados, além daquele repressor previsto no *Codex Penal*?

A resposta se encontra na regulamentação da matéria prevista na Constituição Federal de 1988, na Lei Autoral, especificamente, no próprio Código Penal e, também, no Código Civil Brasileiro, cujo objetivo é interromper e reparar o dano sofrido e, principalmente, coibir o cometimento de novas práticas ilícitas e garantir o respeito aos direitos previstos à pessoa do autor.

No tocante a proteção autoral, ao analisar o seu resguardo constitucional e quando da sua transgressão, a professora Elisângela Dias Menezes⁶⁵, contundentemente se pronunciou da seguinte maneira, *ipsis verbis*:

Tendo em vista a Constituição Federal imperar como a lei maior do Estado brasileiro, sendo seus dispositivos considerados como princípios norteadores não só do cidadão comum como também do legislador infraconstitucional, o Direito de Autor deixa de ser um instituto restrito ao Direito Privado, para juntar-se ao conjunto das normas setoriais devidamente amparadas pela própria Constituição Federal. Infere-se daí que toda e qualquer ofensa aos direitos intelectuais passa a ser não apenas a

⁶⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 132.

⁶⁵ MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 5.

transgressão a uma simples norma, mas, sim, o descumprimento de um preceito maior, de natureza constitucional a atingir todo o ordenamento jurídico vigente.

Feita tais considerações, importante relatar que nossa Carta Magna em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, garante ao autor direitos de ordem fundamental, estando, inclusive, no rol das cláusulas pétreas (por força do artigo 60, §4º, IV, da CF/88). Logo, sendo a Lei Maior um conjunto de mandamentos e representando uma diretriz a ser sempre seguida, transgredir os dispositivos por ela previstos significa violar princípios, que por sua vez ao serem desobedecidos configura, talvez, a maior ofensa ao nosso ordenamento jurídico, pois infringe todo um grupo de preceitos.

No mais do mesmo, aquele que viola um determinado princípio trata-se de um considerável infrator, tendo em vista a amplitude e gravidade da lesão que pode causar.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁶, de forma incisiva entabulou o seguinte sobre a violação de um princípio, que deve ser considerado como o alicerce, a viga mestra de um ordenamento jurídico. Vejamos:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. **(sem ênfase no original)**

No mesmo sentido, Elisângela Dias Menezes⁶⁷ realçando a importância dos princípios no arcabouço jurídico brasileiro, asseverou:

[...], necessário se faz reconhecer que se configura sempre mais grave a violação de um princípio do que a transgressão de uma simples norma, tendo em vista a ofensa atingir não apenas a um comando, mas a um conjunto específico de mandamentos.

De tal forma, violar a Carta Magna com o cometimento de ato contrário ao previsto em seu bojo, é ir de encontro a sociedade como um todo e o Estado Democrático.

Posto isso, verifica-se, que ao autor que tem o seu direito violado deve ele tomar uma providência enérgica, ingressando com uma ação de natureza cível na qual buscará cessar e reparar o dano sofrido, tentando, assim recolocar-se no *status quo ante*. Contudo, como nem

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. 5ª ed., 1994. p. 451.

⁶⁷ MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 5.

sempre isso é possível, buscar-se-á então uma composição mediante indenização a ser fixada na proporção da ofensa.

Por oportuno, essencial trazer à tona o instituído pelos artigos 24, que dispõe sobre os direitos morais do autor, e 28, que faz referência aos danos materiais, ambos pertencente à Lei de Direitos Autorais. Assim, eis o que entabula o dispositivo 24 da LDA, definindo os direitos morais do autor, *verbis*:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o autor, na utilização de sua obra;

III – o de conservar a obra inédita;

IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação ou imagem;

VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

No que tange ao direito patrimonial, o artigo 28 da Lei Autoral decanta o seguinte: “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

Neste prisma, apropriado trazer os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar⁶⁸, que ao tratar dos direitos morais pertencentes ao agente produtor intelectual diz:

Os direitos morais são vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade. Como os aspectos abrangidos se relacionam à própria natureza humana e desde que a obra é emanção da personalidade do autor – que nela cunha, pois, seus próprios dotes intelectuais –, esses direitos constituem a sagração, no ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador.

Mais adiante, sobre os direitos patrimoniais, assevera⁶⁹:

⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 47.

⁶⁹ *Idem.* Ibidem. p. 49.

Direitos patrimoniais são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público.

O mesmo autor⁷⁰ fazendo uma abordagem sobre as prerrogativas decorrentes do direito legal do autor sobre a obra por ele externada, acrescenta:

Os direitos morais são reconhecidos em função do esforço e do resultado criativo, a saber, da operação psicológica, com a qual se materializa, a partir do nascimento da obra, verdadeira externalização da personalidade do autor. Os direitos patrimoniais advêm, como resultado da utilização econômica da obra, da decisão do autor de comunicá-la ao público e sob os modos que melhor atendam ao seu interesse.

Na lei autoralista a previsão de sanções civis no tocante a sua violação esta prevista nos artigos 101 a 110, isso sem prejuízo das sanções penais quando cabíveis.

No Título VII, que trata das Sanções às Violações dos Direitos Autorais, o artigo 102⁷¹ da LDA estabelece que aquele que reproduz, divulga ou de qualquer maneira utiliza uma obra intelectual, obrigado estará a indenizar o autor em que prejudicou. De certo, importante, reforçar o entendimento de que a indenização referida nesse artigo diz respeito aos danos morais e materiais.

Em relação a esta abordagem, Bruno Jorge Hammes citado por Elisângela Dias Menezes⁷² nos ensina o seguinte:

A obrigação de indenizar, enquanto possível, deve compensar tanto os danos materiais como os ideais. Assim o autor cujo nome não foi indicado em uma apresentação pública pode requerer, juntamente com a indenização, que o nome seja posteriormente tornado conhecido de forma adequada. Uma indenização em dinheiro também é possível na violação de direito morais. Dessa forma, a mutilação de obra ou falsa indicação do nome podem contribuir para diminuição a venda ou outros resultados financeiros.

Além de reconhecer o dano moral, a Lei Autoral, em seu artigo 108, prevê, de forma singular, maneiras de reparação. Assim, aquele que, conforme o caso, deixar ou não citar o nome do autor ou intérprete deverá indenizar o ofendido e divulgar ulteriormente a autoria da obra utilizada, através da imprensa.

⁷⁰ Idem. Ibidem. p. 46.

⁷¹ Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

⁷² HAMMES, Bruno Jorge *apud* MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 138.

Outro artigo que merece destaque é o 104 da LDA, pois prevê a responsabilidade solidária, estabelecendo que além do contrafator, deve, também, responder pela prática do ato ilícito aquele que cooperou para tal.

De igual maneira, mister trazer à tona o estabelecido no dispositivo 109, o qual tem por objetivo indenizar o autor, estabelecendo uma pesada multa a quem utilizar, executando publicamente uma obra por aquele externada sem a prévia e expressa autorização, conforme dispõe o artigo 68 do arcabouço normativo autoral.

Ergo, verifica-se que a ação intentada por um agente produtor intelectual na busca de seu direito patrimonial, almejando uma reparação, trata-se de ação cível reparatória.

Importante destacar, ainda, que o prazo para propor ação de cunho indenizatório, de acordo com o previsto no dispositivo 206, inciso V do arcabouço normativo cível, é de três anos, para ações indenizatórias de danos morais, isso a contar da data da ocorrência da violação, e de cinco anos no caso de danos patrimoniais, inclusive, as decorrentes da quebra de contratos autorais.

Caso não haja previsão específica de prescrição no *Codex* Civil para as violações de direitos autorais, a partir do momento que a lei não fixa um prazo menor, deve ela ocorrer em dez anos.

De outro norte, no âmbito administrativo, existem outras possibilidades de se proteger e defender os direitos legais do autor, que de acordo com os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar⁷³ se bifurcam entre os instrumentos preventivo e repressivo. Tal proteção é exercida por entidades de gestão coletiva, como por exemplo, o Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais – ECAD.

Ambos visam acautelar os direitos legais do autor, entretanto, o preventivo tem por escopo impedir, antes mesmo que aconteça, o atentado ao direito autoral, enquanto o repressivo tem por fim aplicar sanção quando do acontecimento de tal violação.

Neste prisma, são exemplos de instrumentos preventivos as ações de fiscalização e o registro de obra intelectual, que embora seja facultativo (artigo 18⁷⁴, da LDA) e não constitua um direito, simplesmente o declara.

Assim sendo, no que diz respeito ao registro, eis o que preconiza a doutrinadora Elisângela Dias Menezes⁷⁵, *ad litteram*:

⁷³ BITTAR, Carlos Alberto; FILHO, Carlos Alberto Bittar. *Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.

⁷⁴ Art. 18. A proteção aos direitos de que trata essa lei independe de registro.

⁷⁵ MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 47.

[*omissis*]. Trata-se de uma garantia aos interesses do autor. Embora não tenha o poder de constituir autoria, o registro é um significativo meio de prova contra eventuais usurpadores. Assim, caso seja questionado em sua condição de autor, o titular poderá apresentar o registro como documento capaz de vincular a sua autoria a uma determinada data, obrigando que a outra parte prove a anterioridade de uso.

No tocante aos instrumentos repressivos, pode-se destacar a aplicação de multas e as sanções administrativas, tais como a suspensão ou interdição de um espetáculo ou show.

Carlos Alberto Bittar⁷⁶ ao realizar uma análise geral sobre os procedimentos administrativos, afirma o seguinte:

No plano administrativo, contam-se, outrossim, procedimentos próprios de preservação e de defesa de direitos, perante os órgãos que compõem a respectiva administração e nos termos da legislação correspondente. Assim, pela lei pode o interessado obter a formalização de operações, a resposta a indagações, e soluções de litígios, conforme o caso, perante os órgãos de registro, o ECAD, as associações e a autoridade policial.

A doutrinadora Isabel Espin Alba mencionada por Plínio Cabral⁷⁷ ao destacar a importância das organizações de gestão coletiva diz:

Na proteção judicial dos direitos de autor, nota-se o peso da gestão coletiva. De fato, as entidades de gestão, uma vez que tenham legitimidade para fazer valer os direitos de seus associados em toda classe de procedimentos administrativos e judiciais, têm maior eficácia que o exercício individual dos mesmos, inclusive pelo próprio custo das ações judiciais.

Por tudo isso, conclui-se que o autor, amparado por uma tripla proteção, quais sejam, cível, penal e administrativa, ao sentir-se lesado, deverá, sempre, buscar defender seus interesses e direitos, pois somente dessa forma uma obra, fruto de seu intelecto, manter-se-á íntegra e nenhum outro prejuízo lhe será causado. De mesma maneira, apenas com tal procedimento é que se criará em nossa sociedade, uma cultura de apreço as obras artísticas em geral.

“Nesse dia eu dou minha vida a você, pra ter tudo de novo, pra você me entender” (*banda Superaudio*)

3.1 Associações de direito de autor

⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 136.

⁷⁷ CABRAL, Plínio. *Op. Cit.* p. 127.

Ante todas as formas de proteção existentes no que diz respeito ao direito de autor, a que merece maior destaque é aquela que reúne os interesses em comum dessa categoria, ou seja, a exercida por meio de associações.

Isso posto, importante destacar que o arcabouço normativo autoral estabelece no Título VI, que trata das “Associações de Titulares de Direito de Autor e dos que lhe são Conexos”, em seu dispositivo 97, que os autores podem associar-se sem intuito de lucro para garantirem e defenderem seus direitos legais.

Resta-se, assim, que as referidas associações preservam um caráter sindical, cujo intuito, no caso, é defender os interesses dos autores, uma vez que são eles a parte mais fraca frente a interlocutores. Nesse sentido, insta salientar que embora não haja, em nosso ordenamento jurídico, uma definição do que vem a ser sindicato, o artigo 511, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT nos estabelece certa proposição. Vejamos:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

Contudo, a Lei Autoral, ao mesmo tempo em que não se opõe a criação de organizações de gestão coletiva e proíbe a filiação a mais de uma associação, centraliza o recolhimento decorrente da execução pública das obras musicais e lítero-musicais e fonogramas, deixando por conta do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD a gerência das arrecadações colhidas. Nesse sentido, tal medida visa impedir a dupla cobrança, pois se assim fosse, prejudicaria a distribuição de direitos autorais.

O fim em que se deseja atingir com as associações é administrar os direitos autorais de seus associados e/ou titulares, logo estão elas autorizadas, no ato da filiação daqueles, a praticar todos os atos imprescindíveis à defesa extrajudicial e judicial dos referidos direitos, conforme decanta o artigo 98 da LDA.

O professor José de Oliveira Ascensão⁷⁸, ao abordar a questão da filiação, assevera que se trata de um “[...] mandato tácito dos autores em benefício das sociedades a que se filiem”, mais adiante comenta que “[...] antes da defesa dos direitos dos autores, há uma atribuição mais vasta – a representação dos autores no exercício dos direitos, e nomeadamente na autorização a conceder a terceiros para esse exercício”.

⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p. 629.

De maneira comezinha, Eduardo Pimenta⁷⁹, ao comentar sobre a administração de direitos autorais nos ensina que “a noção da gestão coletiva é determinada pela associação de diversos titulares de direitos autorais, em prol da administração dos referidos direitos, em benefício coletivo”.

No âmbito musical, a partir da união de autores e compositores, no ano de 1938, a primeira associação responsável por administrar os direitos da categoria, denominada de Associação Brasileira de Autores e Compositores – ABCA⁸⁰ surgiu com o intento de buscar, desde então, defender os interesses existentes dos autores à época.

Mais adiante, tendo em vista existir outra organização que buscava a proteção dos integrantes do segmento teatral, qual seja a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais – SBAT, no ano de 1942 uma fusão com a ABCA foi realizada, surgindo, então, a União Brasileira de Compositores – UBC, na qual se propunha a defender os direitos dos associados e gerir a arrecadação obtida com a utilização das obras, sendo, até mesmo, realizada a assinatura de contratos de representação com sociedades da mesma natureza de outros países vizinhos.

O ECAD, criado pela Lei 5.988, de 1973, porém, somente, tendo entrado em funcionamento no ano de 1977, e hoje previsto no artigo 99 da Lei Autoral, trata-se de sociedade privada na qual arrecada e distribui os direitos autorais oriundos da execução pública de músicas. Eliane Y. Abrão citada por Elisângela Dias Menezes⁸¹, assim o define:

Trata-se de um colegiado composto pelos representantes das associações de titulares de direitos autorais e conexos sobre obras musicais e fonogramas, com sede no Rio de Janeiro, e escritórios nas principais capitais do país, dotados de autonomia administrativa, corpo de funcionários próprio, que inclui cadastradores de usuário e fiscais.

Compõem e administram o *bureau* de arrecadação dez associações que se dividem da seguinte forma: Associação Brasileira de Música – ABRAMUS; Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes – AMAR; Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música – SBACEM; Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais – SICAM; Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais – SOCINPRO; União Brasileira de Compositores – UBC e em administradas que são a Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos – ABRAC; Associação Nacional de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos – ANACIM;

⁷⁹ PIMENTA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 415.

⁸⁰ *União Brasileira de Compositores*. Disponível em: <<http://www.ubc.org.br/index.php#>> Acesso em: 11 de mai. de 2009.

⁸¹ MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 16-17.

Associação de Intérpretes e Músicos – ASSIM e, por fim a Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil – SADEBRA.

Nessa conformidade, o autor que se filiar a uma delas, automaticamente, estará outorgando ao escritório central a legitimidade para agir em seu nome, buscando, assim, fiscalizar, arrecadar e distribuir os direitos autorais decorrentes da utilização pública de músicas e, também, obras lítero-musicais e fonogramas por meio da radiodifusão e outros meios semelhantes, contudo, lhe é proibido a obtenção de lucro.

No que tange aos valores, que somente são recolhidos por via de depósito bancário, o regulamento de arrecadação do ECAD determina como e em que momento a cobrança autoral será realizada e em quais quantias. A doutrinadora Eliane Abrão citada por Elisângela Dias Menezes⁸² leciona o seguinte:

O ECAD obedece a um regulamento de arrecadação aprovado em Assembléia-Geral, que poderá autorizar a utilização de todas as obras do repertório representando pelas associações que o integram, independentemente do número de obras a serem utilizadas através de uma estimativa de receita, um fixo ou uma participação em receita bruta (bilheteria, patrocínios, publicidade) em casas de shows, espetáculos e casas noturnas.

O *bureau* de arrecadação, através de critérios por ele estabelecidos, cobra pela execução pública musical, que pode ser diretamente, no caso de shows e festas, onde geralmente o valor gira em torno de 10% da totalidade dos ingressos, e indiretamente, no caso de execução por meio de transmissões de tv e rádio, no qual se é utilizado o critério de amostragem. Nesse caso, é coletada periodicamente amostra das músicas transmitidas pelo meio de radiodifusão e realizado um cotejo com a planilha enviada e, assim é cobrado um valor fixo todo mês.

Em se tratando da sonorização ambiente, realizada em determinados locais, como, por exemplo, academias, o referido escritório, levando em conta o espaço, a área sonorizada, realiza um cálculo e expede e remete boletos bancários todos os meses para os estabelecimentos que executam as obras musicais.

No que se refere à distribuição, as dez associações, ao fornecerem os dados dos autores ao escritório central, possibilita o controle exclusivo da repartição dos direitos porventura arrecadados. Assim, por exemplo, em um evento, cabe ao organizador, por força do artigo 88 da LDA, fornecer uma lista com a relação de músicas executadas, bem como,

⁸² MENEZES, Elisângela Dias. *Op. Cit.* p. 152.

também, o nome dos autores. Logo, tal procedimento garantirá a distribuição dos direitos pertencentes aos agentes produtores musicais.

Por derradeiro, conclui-se que o ECAD detém a prerrogativa, exclusiva, de atuar em defesa dos autores, além de arrecadar e distribuir direitos oriundos da utilização pública de obras musicais, que acaba por auferir vantagens pecuniárias, razão pela qual justifica o seu surgimento, para que desta forma pudesse haver o controle dessas.

De mesmo modo, no que diz respeito a legitimidade, insta salientar que a mesma já se encontra consolidada junto à própria Lei Autoral e, também, perante ao Pretório Excelso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao mesmo tempo em que o avanço tecnológico fomentou novas maneiras de divulgar e incentivar a produção intelectual trouxe consigo a problemática da busca pela preservação de interesses inerentes aos agentes produtores intelectuais e, também, o da coletividade em se obter acesso à cultura. Isso porque, praticamente na mesma época em que a Lei de Direitos Autorais entrou em vigor, a cultura digital, sendo encabeçada pelo advento da Internet, teve seu *boom*.

Isso posto, a tecnologia digital, de maneira rápida e bastante econômica, passou a possibilitar cópias idênticas de obras originais. Nesse sentido, diante da evolução ocorrida, a

Lei Autoral deixou de ser tão eficaz como antes, pois não aborda, *v.g.*, questões que envolvem a obra disposta na Internet, até porque um computador conectado à rede mundial de computadores já se mostra suficiente para que o usuário desta rede descumpra o disposto pela LDA.

O Direito Autoral, surgido com a intenção de tutelar os criadores, tendo em vista serem eles os responsáveis pelo desenvolvimento cultural de uma nação, vem ganhando destaque no mundo jurídico e sendo tema de acalorados debates. Nessa conformidade, com a promulgação da Carta Magna de 1988 e, dez anos mais tarde, com o advento da Lei de Direitos Autorais, ao mesmo tempo em que a referida disciplina tornou-se um direito e garantia fundamental do cidadão autor, o interesse público em obter informação e cultura também se tornou.

Assim, restou-se verificado ao longo deste estudo, a existência de um embate envolvendo dois direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal e imprescindíveis para se atingir a dignidade da pessoa humana.

De tal forma, o Estado, responsável por distribuir igualmente os ônus e encargos entre todos da sociedade, tem como obrigação promover o acesso aos meios culturais existentes e, de mesmo modo, o dever de salvaguardar os criadores, garantindo a eles uma recompensa financeira. Nesse contexto, somente tal tratamento por parte deste Ente Soberano trará a harmonia entre os interesses antagônicos.

De outro norte, bem se vê que os meios tecnológicos avançaram e as formas de acesso à cultura aumentaram, isso graças ao advento da rede mundial de computadores. Tal fato faz com que a Lei Autoral não ofereça uma proteção eficaz aos autores, uma vez que a mencionada lei não acompanhou a evolução ocorrida, tanto no que diz respeito à sociedade, quanto à tecnologia.

Logo, diante de todo o exposto, o presente trabalho analisou a controvertida relação existente entre autor e sociedade, mostrando que, devido às várias possibilidades de acesso às obras por parte da população em geral a partir da conexão de um computador com a Internet, a falta de fiscalização e combate às violações autorais e a não atualização da LDA, o autor se mostra a parte mais fraca desta relação. Contudo, porém, não se deixou de verificar a garantia da sociedade ao acesso à cultura, até mesmo porque existe previsão constitucional para tanto.

Por fim, o que se pôde concluir é que cabe ao legislador e, também, ao nosso Poder Judiciário realizar uma análise conjunta, cabendo a ambos sopesar e harmonizar este conflito, sabendo tutelar os direitos em que o autor faz jus e possibilitando o desenvolvimento intelectual de toda sociedade e garantindo o acesso à cultura.

Assim, algumas possibilidades que poderiam ser levadas em conta para se atender ambos os interesses seriam, por exemplo, a instituição do uso responsável na Lei Autoral, na qual, não caracterizaria ofensa aos direitos autorais a reprodução de uma obra musical cuja sua finalidade fosse meramente didática, porém, cabendo ao Estado, nesse caso, garantir uma retribuição financeira ao autor, estimulando-o em continuar a contribuir com suas obras, e a diminuição do dilatado prazo de 70 anos para que uma obra entre em domínio público.

Isso posto, ao mesmo tempo em que a sociedade estaria tendo acesso livre às obras, o autor receberia uma quantia em dinheiro por ajudar na evolução intelectual da população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **A Internet e a sua inserção no sistema de direitos autorais**. Disponível em: <http://www.2.uol.com.br/direitoautor/arteigo211003_a.htm> Acesso em: 31 de mar. de 2009.

_____. **O que é o que não é direito autoral**. Disponível em: <<http://74.125.47.132/search?q=cache:REsq83qIb5gJ:www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B8220D5AC-4A23-48C0-B463-6EBADE647FDC%257D%26ServiceInstUID%3D%257BB78EA6CB-3FB8-4814-AEF6-31787003C745%257D+Eliane+Yachouh+Abr%C3%A3o&cd=17&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>> Acesso em: 19 de abr. de 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto; FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.

BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de fev. de 1998.

CABRAL, Plínio. **A Nova Lei de Direitos Autorais: comentários**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Habra, 2003.

CARBONI, Guilherme. **Os desafios do direito autoral em tempos de Internet**. Disponível em: <<http://www.lexinform.com.br/atualidades2.asp?Codigo=51>> Acesso em: 18 de abr. de 2009.

CASTRO, Lincoln Antônio de. **Noções sobre Direito Autoral**. Disponível em: <<http://www.uff.br/direito/artigos/lac-03.htm>> Acesso em: 20 de nov. de 2008.

CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Convenção sobre o Cibercrime. Disponível em: <http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_documento/convencao_cibercrime.pdf> Acesso em: 18 de abr. 2009.

DUDS. **Baixar arquivos na internet é crime?** Disponível em: <<http://www.webly.com.br/tutorial/direito-e-ti/13828/baixar-arquivos-na-internet-e-crime.htm>> Acesso em: 18 de jul. de 2008.

FILHO, Plínio Martins. **Direitos Autorais na Internet.** Disponível em: <<http://www.colegiosaofrancisco.com.br/alfa/direitos-autorais-na-internet/>> Acesso em: 19 de abr. de 2009.

JALIL, Daniela Schaun. **Direitos autorais sobre a Música na Internet.** Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/direitoautoral/artigo0804b.htm>> Acesso em: 27 de jan. de 2009.

LANGE, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos.** Unisinos, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** Malheiros Editores. 5ª ed., 1994.

MENDES, Carolina de Aguiar Teixeira Mendes. **Acha que a internet é uma terra sem leis? Pois enganou-se!** Disponível em: <http://www.jornaljovem.com.br/edicao6/especial_internet08.php> Acesso em: 18 de jul. 2008.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

O Direito Autoral no Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/sijed/02.pdf>> Acesso em: 16 de fev. de 2009.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898-1998.** Livro I. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

SAMPAIO, Maria Mônica de Sousa. **Relato histórico da administração coletiva através do escritório central de direitos autorais (ECAD).** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7544>> Acesso em: 16 de mai. de 2009.

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil 1988-2005**. São Paulo: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

União Brasileira de Compositores. Disponível em: <<http://www.ubc.org.br/index.php#>>
Acesso em: 11 de mai. de 2009.

VIDE, Carlos Rogel; DRUMMOND, Victor. **Manual de direito autoral**. Coleção: Direitos Autorais e Temas Afins. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.



**UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL –
FACIPLAC**

Aprovadas pela Portaria SESu/MEC Nº 368/08 (DOU 20/05/2008)

ROBERTO MARCOS MEDEIROS

INELEGIBILIDADE E VIDA PREGRESSA

Gama-DF
Junho de 2010.

ROBERTO MARCOS MEDEIROS

INELEGIBILIDADE E VIDA PREGRESSA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC.

Orientador: Prof. Esp. Edilson Enedino das Chagas

Gama-DF
Junho de 2010.



**UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL –
FACIPLAC**

Aprovadas pela Portaria SESu/MEC N° 368/08 (DOU 20/05/2008)

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO MARCOS MEDEIROS

INELEGIBILIDADE E VIDA PREGRESSA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC.

Examinadores:

Prof. Esp. Edilson Enedino das Chagas

Examinador 1

Examinador 2

Gama-DF
Junho de 2010.

Ao meu Senhor e Salvador JESUS CRISTO.

Razão da minha existência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que nunca me viu como derrotado e, quando me fez à sua imagem e semelhança, possibilitou-me à vitória.

Meu especial agradecimento à minha esposa, pelo incentivo, apoio, auxílio e palavras de afirmação; e aos meus filhos, que por quase cinco anos tiveram suas férias adiadas em detrimento dos meus estudos;

Aos meus pais e irmãs que sempre acreditaram que eu alcançaria meus sonhos e desafios.

Agradeço, ainda, a meus colegas de trabalho, Edvaldo e Meire, que, durante todo o curso, nutriram-me de incentivo e confiança.

Por fim, ao meu ilustre orientador, Professor e Pastor Edilson Enedino das Chagas, a quem tenho como referencial de sucesso e de homem de Deus – pessoa que admiro.

“O temor do SENHOR é o princípio da sabedoria,
mas os loucos desprezam o conhecimento e a
instrução.”

Provérbios 2:7

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar à luz do Direito Eleitoral, a possibilidade da declaração de inelegibilidade de candidatos ao exercício de alguma função pública eletiva, face às novas hipóteses previstas pelo constituinte derivado na redação do art. 14, § 9º da Constituição Federal de 1988. Destaca-se, dentre elas, a que se refere à vida pregressa de tais agentes públicos, a qual deve ser considerada sob a perspectiva dos princípios da precaução e do interesse coletivo e não sob o da presunção de inocência. Tal reflexão demonstrará ser possível que esse instrumento constitucional venha a alcançar o seu objetivo, a saber: a proteção da probidade administrativa, da moralidade para exercício de mandato; a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Essa é a força que nos fará refletir a respeito desse tema.

Palavras-chave:

Direito Eleitoral; inelegibilidade; exercício de mandato; vida pregressa; presunção de inocência; precaução.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I ELEGIBILIDADE E CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE	10
1.1 Conceito	10
1.2 Condições de Elegibilidade	11
1.2.1 Nacionalidade Brasileira	13
1.2.2 Pleno Exercício dos Direitos Políticos	14
1.2.3 Filiação Partidária	16
1.2.4 Domicílio Eleitoral	17
1.2.5 Idade mínima	18
II INELEGIBILIDADE	21
2.1 Conceito	21
2.2 Classificação	23
2.3 Inelegibilidades Constitucionais	24
2.4 Inelegibilidades Infraconstitucionais	26
III INELEGIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA VIDA PREGRESSA	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

Logo após o fim da ditadura militar, os brasileiros começaram a desfrutar de vários direitos inerentes ao regime democrático. Dentre eles, o direito de eleger seus dirigentes, esculpido no *caput* do art. 14 da Constituição Federal do Brasil de 1988. Todavia, bastou a primeira experiência junto às urnas, para que a população brasileira se deparasse com um problema, que vai além de questões morais ou de ordem cultural. O que tem, inquestionavelmente, desencadeado um crescente apelo social pelo estabelecimento de critérios mais rígidos na admissão de candidatos aos cargos públicos eletivos.

A própria Constituição também traz bases norteadoras e parâmetros que garantem a proteção dos mandatos ante a prática de improbidade administrativa e a falta de moralidade para o exercício das funções públicas. A inelegibilidade é parte deste sistema constitucional que pretende impedir que tenham acesso a essas funções aqueles que são considerados incapacitados, quer seja pelas situações jurídicas nas quais se encontram, quer por seus comportamentos ímprobos.

O presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto, objetiva analisar o critério da vida pregressa dos candidatos como fator de inelegibilidade. Discute-se se o legislador está autorizado a fixar critério de restrição à elegibilidade, considerando a existência de decisões judiciais condenatórias não transitadas em julgado.

A Constituição e as leis complementares trazem os parâmetros que devem nortear as candidaturas a cargos eletivos conforme a vontade da sociedade. Enfim, são analisados os princípios constitucionais e as jurisprudências que evidenciam a vontade do povo e os diversos posicionamentos de quem faz cumprir as leis neste país.

Enfim, o aspecto “vida pregressa” como possibilidade de inelegibilidade seria uma forma de impedir que a sociedade brasileira tenha que “engolir” na sua lista de elegíveis pessoas de caráter duvidoso; ou que seja obrigada a assistir à candidatura de quem tenha uma “ficha suja” e uma imagem incompatível com o cargo a que vai concorrer. O que se busca é poder escolher entre o que há de melhor na sociedade; homens confiáveis, de conduta ilibada, que transmitam uma imagem de lisura e que venham trazer boas expectativas para o próximo mandato.

Espera-se, à luz dos conteúdos aqui abordados, analisar os diversos aspectos que envolvem a inelegibilidade, de forma a verificar a aplicabilidade de critérios que favoreçam o

cumprimento do dispositivo que leve em conta a vida pregressa do candidato a partir de decisão não transitada em julgado. Dispositivo este, que retrata a intenção do legislador em proteger o povo da astúcia de quem tem demonstrações inequívocas de práticas criminosas, e que evidenciam um caráter reprovável. Tais normas foram criadas também numa tentativa de obstar a inserção da candidatura de pessoas cujas ações pretéritas demonstram a falta de idoneidade e lisura.

Assim, vislumbra-se a possibilidade de sugerir caminhos para que o processo de escolha dos candidatos a cargos públicos eletivos seja mais positivo, e que apontem para um caminho de esperança, onde a oportunidade da eleição traga novas possibilidades de sonhar com um futuro melhor.

I ELEGIBILIDADE

1.1 Conceito

A elegibilidade é como uma carta branca que credita ao cidadão a postulação de sua candidatura. É a primeira fase a ser percorrida por aquele que pleiteia o direito de ser votado. A elegibilidade não é o mesmo que a capacidade civil, que se atinge aos 18 anos. Uma pessoa pode ter a capacidade civil e não ter elegibilidade.¹

Pinto assim define elegibilidade: “Elegibilidade é o credenciamento do cidadão para postulação do registro de sua candidatura. Representa o primeiro estágio a ser percorrido por alguém para exercitar o seu direito a ser votado.”²

Para exercer um cargo público eletivo durante certo período, os candidatos necessitam ter a capacidade eleitoral. Esta capacidade é concedida pela prerrogativa assegurada ao

¹ Exemplo: uma pessoa com 25 anos que não está filiada a nenhum partido ou que esteja sob os efeitos de condenação criminal transitada em julgado.

² PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 157.

cidadão, de poder ser votado, ou seja, a capacidade eleitoral passiva. Já o cidadão, para o exercício de seu direito de votar, deve ter a capacidade eleitoral ativa.

A capacidade eleitoral passiva se expressa no direito de ser votado (*jus honorum*). Traduz-se na prerrogativa de o cidadão submeter seu nome à avaliação do eleitorado por ocasião da escolha, através do processo eleitoral daqueles que devem exercer funções eletivas. A capacidade eleitoral ativa, que se visualiza no direito de votar (*jus singuli*) é adquirida através do alistamento eleitoral. Já a capacidade eleitoral passiva exige para sua aquisição, além do alistamento eleitoral, outros requisitos que são denominados “condições de elegibilidade”.³

Já Moraes, assim conceitua elegibilidade: “é a capacidade eleitoral passiva consistente na possibilidade de o cidadão pleitear determinados mandatos políticos, mediante eleição popular, desde que preenchidos certos requisitos.”⁴

Assim conclui-se que a elegibilidade está relacionada com os direitos políticos passivos ou capacidade eleitoral passiva, que é o direito de ser votado.

1.2 Condições de Elegibilidade

Para que o cidadão possa vir a ser eleito, é necessário o preenchimento de determinados requisitos, que são as condições de elegibilidade e que também não incorra em nenhuma das hipóteses de inelegibilidade previstas em lei.

As condições de elegibilidade são todas previstas na Constituição. Já os casos de inelegibilidade estão relacionados no Texto Constitucional e em lei complementar, atualmente na LC nº 64/90. O estrangeiro, o analfabeto e os conscritos são inelegíveis. A privação da capacidade eleitoral passiva, nesse caso, provém diretamente da Constituição. Dela também decorre a inelegibilidade por condenação penal transitada em julgado, por improbidade administrativa, em decorrência da incapacidade civil absoluta, cancelamento da naturalização e recusa no cumprimento de obrigação imposta a todos (art. 15) e por ausência de vida progressiva (§ 9º, art. 14)⁵

O grande desafio do Direito contemporâneo reside em dar condições de efetividade ao requisito constitucional que objetiva impedir o registro da candidatura de pessoas flagrantemente inelegíveis, como ocorre, por exemplo, com os analfabetos, que são inelegíveis, mesmo quando registrados. O fato é que, no Brasil existe um conflito entre a determinação constitucional e a realidade política onde são eleitos candidatos que tiveram seus registros efetivados, ainda que inelegíveis.

As condições de elegibilidade são as previstas no art. 14 § 3º, inc. I da Constituição Federal, *in verbis*:

- § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:
- I - a nacionalidade brasileira;
 - II - o pleno exercício dos direitos políticos;
 - III - o alistamento eleitoral;
 - IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

³ Ibidem, p. 147.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 215.

⁵ PINTO, Djalma. Op.cit. p. 158

- V - a filiação partidária;
VI - a idade mínima de:
a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
d) dezoito anos para Vereador.⁶

Assim, para que alguém possa concorrer a um mandato eletivo não é suficiente possuir a capacidade eleitoral ativa, mas precisa também ter a capacidade eleitoral passiva e preencher todas as condições enumeradas na Constituição, como requisitos de elegibilidade.

1.2.1 Nacionalidade brasileira

Só o nacional e o português equiparado têm acesso ao alistamento, que é pressuposto necessário para a capacidade eleitoral passiva. A Constituição, no entanto, reservou para alguns cargos (CF, art. 12, § 3º) a exigência da nacionalidade originária.

A exigência da nacionalidade originária ou adquirida guarda sintonia com a própria soberania. O destino de uma nação não pode ser decidido por estrangeiros ou por pessoas sem vínculo a ela, sem afinidade com os ideais comuns de seus integrantes.

Tal exigência de segurança nacional é corroborada pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, em que o Ministro Carlos da Silva Velloso, no julgado de nº 11632 de 14 de setembro de 1994, Diário de Justiça, Data 07/10/1994, Página 26854, assim decidiu, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL - PORTUGUESES: DIREITOS INERENTES AOS BRASILEIROS - RECIPROCIDADE - CF, ART. 12, PARAGRAFO 1º.
I – Aos portugueses, com residência permanente no Brasil, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro nato, salvo os casos previstos na Constituição. CF, Art. 12, parágrafo 1º. A reciprocidade exigida e a de direitos e não de cargos ou funções políticas.
II – Agravo não provido.⁷

Assim, é interessante destacar que, ser brasileiro nato é condição para concorrer ao cargo de Presidente da República, ou ocupar qualquer outra função pública (eletiva ou não) que entre na sua escala de sucessão, ou que implique questão de segurança nacional.

1.2.2 Pleno exercício dos direitos políticos

Os direitos políticos são aqueles que credenciam o cidadão para exercer o poder ou participar da escolha dos responsáveis pelo comando do Estado. A aptidão se dá por via do

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Disponível no sítio: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2010.

⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AG nº 11632 de 14 de setembro de 1994. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT26582645§ionServer=TSE>>. Acesso em 29 mar. 2010.

alistamento eleitoral. Um direito político pleno se resume na prerrogativa reconhecida ao cidadão de dirigir o grupo social e participar da escolha de seus governantes pelo voto. Assim, a plenitude dos direitos se expressa pela aptidão para votar e ser votado.

Almeida conceitua direitos políticos como:

“Os direitos políticos nada mais são do que o poder que possui o nacional de participar ativa e passivamente da estrutura governamental estatal. Em outras palavras, consistem no conjunto de normas disciplinadoras da atuação da soberania popular.”⁸

Coelho define que: “O pleno exercício dos direitos políticos diz respeito a integral capacidade de exercer a cidadania podendo votar ou ser votado.”⁹

O pleno exercício dos direitos políticos é condição essencial para a configuração da elegibilidade. Ficará impedido de exercer a capacidade eleitoral passiva, aquele que vier a perder ou tiver seus direitos políticos suspensos ou cancelados.

O art. 15 da Constituição Federal relaciona os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos, in verbis:

Art. 15. É vedada a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou sanção se dará nos casos de:

- I- cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II- Incapacidade civil absoluta;
- III- condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
- IV- recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
- V- improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. (CF/88)¹⁰

Qualquer dessas hipóteses citadas no art. 15 da CF implica na desqualificação jurídica do indivíduo como cidadão, e, obviamente o torna impedido de participar da condução do destino do povo brasileiro, votando ou sendo votado.

1.2.3 Filiação Partidária

A filiação partidária expressa o vínculo do cidadão com o respectivo partido político. Não há, no Brasil, candidatura avulsa¹¹, ou seja, toda pessoa que resolva se candidatar a determinado cargo público eletivo deverá fazê-lo por intermédio de uma agremiação partidária.

⁸ ALMEIDA, Roberto Moreira. **Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Podim, 2009. p.59.

⁹ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito Eleitoral e Processo Eleitoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 132.

¹⁰ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 39.

¹¹ Candidatura avulsa é quando ela existe sem a intermediação de um partido político, como acontece, por exemplo, nos Estados Unidos. (ALMEIDA, Roberto Moreira de. Op. cit., p. 64.)

A democracia representativa foi consagrada pela Constituição de 1988. Assim não se admite candidaturas que não apresentem a intermediação de agremiações políticas constituídas.

A própria Constituição exige que o cidadão esteja filiado a um partido político para poder ser candidato, e ainda, que esta filiação precisa ter ocorrido há pelo menos um ano antes da eleição à qual concorrerá. O art. 14, § 3º, inc. III, da CF e o art. 9º da Lei 9.504/97 traz essa exigência, entretanto existem algumas exceções quanto ao prazo de filiação, que contemplam os militares, os magistrados, os membros do Tribunal de Contas, os membros do Ministério Público, os defensores públicos e os servidores da Justiça Eleitoral.

A filiação deve ser única e a dupla filiação acarreta a nulidade de ambas e, por consequência, a inelegibilidade.¹²

Para exercer a capacidade eleitoral passiva exige-se a filiação partidária. ou seja, ninguém pode concorrer avulso a cargo público eletivo, isto é, sem partido político.

1.2.4 Domicílio Eleitoral

O quarto requisito é ter domicílio eleitoral na circunscrição para a qual pretende concorrer ao cargo eletivo. O domicílio eleitoral é o lugar da residência ou moradia onde o cidadão faz o seu alistamento como eleitor. Se tiver mais de uma residência, considerar-se-á domicílio, para fins de inscrição, qualquer uma delas.

Outro conceito de domicílio eleitoral é o da circunscrição e se refere ao limite territorial onde ocorre cada eleição, ou seja, o País para as eleições presidenciais, o Estado membro para as eleições estaduais (governador, deputado federal, senador e deputado estadual ou distrital) e o município para as eleições Municipais (prefeito e vereador).¹³

Em consulta de nº 1.231 – Classe 5ª/DF (Brasília) o TSE – baixou a Resolução nº 22.229 – J. 08/06/2006 a fim de responder quanto a dúvida de qual seria a circunscrição e do tempo mínimo para o registro de filiação dos candidatos aos cargos eletivos municipais, estaduais e federais (no caso de presidente e vice-presidente da República), quando se tratar de domicílio. Assim pronunciou o egrégio tribunal, *in verbis*:

CONSULTA – PARTIDO POLÍTICO – COMISSÃO EXECUTIVA NACIONAL – SECRETÁRIO-GERAL – LEGITIMIDADE DO CONSULTANTE – INSCRIÇÃO ELEITORAL – TRANSFERÊNCIA – DOMICÍLIO – PRAZO FILIAÇÃO PARTIDÁRIA – TERRITÓRIO NACIONAL – VALIDADE.

(...)

2 – Como bem sintetizado pela Aesp, “se a candidatura é de cunho municipal, o domicílio e filiação devem ser aí comprovados. Se a candidatura é a cargo eletivo estadual, a circunscrição é o estado (...), se a candidatura é a mandato presidencial, por óbvio, válido será o domicílio e a filiação em qualquer município do território nacional” (fls. 40).

3 – Resposta no sentido de que é necessária a observância do domicílio eleitoral e da filiação partidária um ano antes do pleito na localidade da realização das eleições, observadas as regras acerca de circunscrição eleitoral acima postas¹⁴

¹² A inelegibilidade será abordada no capítulo 2, infra.

¹³ Conforme o Art. 86 do Código Eleitoral.

¹⁴BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1231 – Classe 5ª/DF. Disponível no sítio <http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT29431492§ionServer=TSE>. Acesso em: 28 mar. 2010.

A Constituição Federal incluiu o domicílio eleitoral entre as condições de elegibilidade e a lei 9504 de 1997, no art.9º estabeleceu em um ano o prazo do domicílio eleitoral. Significa dizer que, para participar do processo eletivo, o cidadão deve ter inscrição eleitoral na circunscrição do pleito pelo menos um ano antes da eleição.

1.2.5 Idade mínima

A idade mínima é um requisito de elegibilidade que coloca limites mínimos para os candidatos a cargos públicos eletivos.

O critério cronológico (idade) tem a ver com o fato de se buscar que os detentores dos mandatos eletivos tenham uma experiência de vida mínima para o exercício da função, de acordo com a importância do mandato a ser conquistado.

Os limites são estabelecidos pelo Art. 14 § 3º, inc. VI, da Constituição, a saber:

- a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
- b) trinta anos pra Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
- c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz;
- d) dezoito anos para vereador.

Ainda assim algumas dúvidas são levantadas em relação a qual data deve ser considerada para aferir a idade mínima completa, ou seja, se, quando do registro da candidatura, do dia da eleição, ou da posse do cargo. A Lei 9504/97, Art. 11 § 2º estabelece que para a verificação do requisito idade mínima, deve tomar por base a ocasião da posse.

Em contrário é o posicionamento de Adriano Soares da Costa, citado na obra de Coelho:

Logo se vê, portanto, que a data da posse no cargo eletivo não se presta para estabelecer o momento em que se perfaz, ou se deve estar perfeita, a idade mínima exigível para a obtenção da elegibilidade. Tal idade é condição de registrabilidade, motivo pelo qual deve estar completa no momento do pedido do registro das candidaturas. Assim, a norma do art. 11, § 2º da lei 9.504/97 é flagrantemente inconstitucional, devendo ser afastada pela Justiça Eleitoral quando da análise dos pedidos de registro, valendo-se do controle difuso. Nesse passo, parafraseio, em certa medida, Pedro Henrique Niess, acima citado: a idade mínima exigível é condição de elegibilidade, não de exercício regular do mandato.¹⁵

Segundo o professor Gilmar Mendes¹⁶, não há que se falar em momento da posse como aceitável para se perfazer a condição de elegibilidade, no tocante a idade mínima, pois a Constituição já determinou que o momento da aferição para elegibilidade deve ser o do registro da candidatura.

¹⁵ COSTA, Adriano Soares da. apud RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**: 4. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 63.

¹⁶ MENDES, Gilmar.Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p.803

II INELEGIBILIDADE

2.1 Conceito

A inelegibilidade consiste em um obstáculo posto pela Constituição ou por Lei Complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas em razão da sua condição, ou em face de certas circunstâncias.

A inelegibilidade é, segundo Pinto, “a ausência de aptidão para postular mandato eletivo. Decorre da falta de qualquer uma das condições de elegibilidade relacionadas no texto constitucional da ausência de vida pregressa compatível com a representação popular.”¹⁷

Moraes define assim a inelegibilidade:

A inelegibilidade consiste na ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, da condição de ser candidato e, conseqüentemente, poder ser votado, constituindo-se, portanto, em condição obstativa ao exercício passivo da cidadania.¹⁸

Já Coelho, prefere assim definir inelegibilidade:

¹⁷ PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral**. Op. cit., p. 164.

¹⁸ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 218.

É a negativa, proveniente de norma constitucional ou legal, do direito ao exercício da cidadania passiva, ou do direito de ser votado, consubstanciando no indeferimento do pedido do registro da candidatura, objetivando a proteção do regime democrático, buscando afastar o abuso que desiguala o pleito eleitoral, restringindo, de forma legítima, o status de cidadania, fazendo prevalecer os elevados valores republicanos.¹⁹

Existe uma oposição entre elegibilidade e inelegibilidade: se a elegibilidade é considerada um pressuposto ao acesso regular ao mandato político, a inelegibilidade se constitui como um obstáculo intransponível que desautoriza essa prática com relação aos cargos cujo preenchimento dependa de eleição. Caso de inelegibilidade ocorre quando há óbice à candidatura.

Em recente artigo publicado, Reis traz um novo conceito de inelegibilidade. Para ele, “inelegibilidade é requisito objetivo (abstrato) definido na Constituição e em lei complementar para o fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato ou a normalidade e legitimidade das eleições”.²⁰

2.2 Classificação

As inelegibilidades podem ser classificadas em absolutas e relativas.

A inelegibilidade absoluta está prevista de forma taxativa na Constituição Federal. Verifica-se quando há impedimento para concorrer a qualquer cargo eletivo, enquanto durar o fato que dá causa a inelegibilidade. Aqui entrariam os inalistáveis (estrangeiros e conscritos) e os analfabetos.

Moraes afirma:

A inelegibilidade absoluta consiste em impedimento eleitoral para qualquer cargo eletivo. O indivíduo que se encontrar em uma das situações descritas pela Constituição Federal como de inelegibilidade absoluta não poderá concorrer a eleição alguma.²¹

Segundo Moraes, as inelegibilidades relativas constituem restrições à elegibilidade para certos pleitos eleitorais e determinados mandatos, em razão de situações especiais existentes, no momento da eleição, em relação ao cidadão. Diferentemente das inelegibilidades absolutas, não estão relacionadas com características pessoais daquele que pretende candidatar-se.

Pinto faz a seguinte classificação das inelegibilidades relativas:

- a) Por motivos funcionais – caso de vedação ao terceiro mandato sucessivo do Presidente, Governadores e Prefeitos;

¹⁹ COELHO, Marcos Vinícius Furtado, Op. cit., p. 156.

²⁰ REIS, Márlon Jacinto. Inelegibilidade e vida progressa. Questões constitucionais **Jus Navegandi**, Teresina ano 13, nº 2086, 18/mar/2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12481>>. Acesso em: 03/04/2010.

²¹ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 218.

- b) Por motivo de casamento, parentesco ou afinidade – art. 14, § 7º, CF;
- c) Por previsão de ordem legal – inelegibilidades previstas em lei complementar (LC nº 64/90 e 81/94);
- d) Dos militares – o militar alistável torna-se elegível, desde que observadas estas condições: (d.1) se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; (d.2) se contar mais de dez anos, será agregado pela autoridade superior e, caso eleito, no ato da diplomação, passará automaticamente para a inatividade. É dispensada a exigência partidária do militar (art. 142, § 3º, V, CF), bastando apenas para candidatar-se o pedido de registro formulado por partido político ou coligação e a autorização do candidato (Resolução TSE nº 17.904, de 10-03-1992).²²

Assim, a inelegibilidade relativa não está relacionada a características pessoais daquele que pretende candidatar-se, mas ocorre quando as restrições foram estabelecidas para determinadas eleições e determinados cargos, em razão de situações específicas, existentes no momento da eleição, em relação ao cidadão.

2.3 Inelegibilidades constitucionais

Há casos em que a inelegibilidade decorre diretamente da Constituição Federal. São inseridas no texto constitucional (art. 14, § 4º a 7º, CF/88).

Almeida descreve assim os inelegíveis, segundo a Constituição Federal:

- a) **Os sem domicílio.** O cidadão que não possuir domicílio eleitoral, no prazo legal, fixado para cada eleição, ficará inelegível e, não poderá pleitear um cargo eletivo naquela área geográfica circunscricional;
- b) **Os sem filiação.** A Constituição exige a filiação partidária para a elegibilidade de qualquer pessoa. Sem a intermediação de partido político, não poderá o agente postular qualquer cargo eletivo;
- c) **Os inalistáveis.** Se o cidadão não procedeu ao alistamento eleitoral, fica privado da capacidade eleitoral ativa e não poderá vir a ser eleito. São inalistáveis os estrangeiros e os conscritos (soldados das forças armadas durante o prazo de prestação do serviço militar obrigatório);
- d) **Os analfabetos.** Embora possua a capacidade eleitoral ativa (direito de votar), foi vetado ao analfabeto o exercício da capacidade eleitoral passiva (ausência do direito de ser votado);
- e) **Os parentes de chefes do executivo.** São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, do Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os houver substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição e
- f) **Os ocupantes de determinados cargos públicos.** Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, bem como os Prefeitos, por exemplo, devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. Outras autoridades também precisam se afastar dos cargos públicos que ocupam nos prazos fixados na Lei Complementar n. 64/90.²³ **(Grifo de ordem)**

²² PINTO, Djalma. Op. cit., p. 165

²³ ALMEIDA, Roberto Moreira de. Op. cit., p. 66.

Foi motivo de discussão, nas eleições de 2008, o caso dos chamados “candidato ficha-suja”; se haveria o impedimento de pessoa indiciada em inquérito policial ou denunciada à justiça por prática de crime ou contravenção penal ao registro de candidatura. Como as inelegibilidades são apenas aquelas elencadas taxativamente na Constituição Federal e na Lei Complementar n. 64/90, as quais não prevêm vedação ao candidato ficha-suja, houve o entendimento de que este seria elegível qualquer pessoa acusada de crime, antes de ser condenado por sentença transitada em julgado.

Exemplo de afastamento da inelegibilidade ocorre caso o titular de mandato eletivo (chefe do executivo) renuncie ao mandato, dentro do prazo fixado em lei, livrará da inelegibilidade não apenas a si mesmo, mas a todos os parentes seus. Assim, ocorrerá a desincompatibilização.

2.4 Inelegibilidades infraconstitucionais

As inelegibilidades infraconstitucionais são instituídas por Lei Complementar (CF, art. 14, §9º).

Almeida²⁴ classifica a Lei Complementar 64/90 em sete níveis:

Nível 01 – São inelegíveis para qualquer cargo

- Os inalistáveis e os analfabetos;
- Os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subseqüentes ao término da legislatura; (Redação dada pela LCP 81, de 13/04/94);
- O Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 3 (três) anos subseqüentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;

²⁴ Ibidem, Roberto Moreira. Op. cit., p.60.

- Os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;
- Os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;
- Os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 4 (quatro) anos;
- Os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;
- Os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;
- Os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;

Nível 02 – São inelegíveis para Presidente e Vice-Presidente da República:

- Até 6 (seis) meses depois de afastados definitivamente de seus cargos e funções:
 - i. Os Ministros de Estado;
 - ii. Os chefes dos órgãos de assessoramento direto, civil e militar, da Presidência da República;
 - iii. O chefe do órgão de assessoramento de informações da Presidência da República;
 - iv. O chefe do Estado-Maior das Forças Armadas;
 - v. O Advogado-Geral da União e o Consultor-Geral da República;
 - vi. Os chefes do Estado-Maior da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;
 - vii. Os Comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica;
 - viii. Os Magistrados;
 - ix. Os Presidentes, Diretores e Superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e as mantidas pelo poder público;
 - x. Os Governadores de Estado, do Distrito Federal e de Territórios;
 - xi. Os Interventores Federais;
 - xii. Os Secretários de Estado;
 - xiii. Os Prefeitos Municipais;

- xiv. Os membros do Tribunal de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal;
 - xv. O Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal;
 - xvi. Os Secretários-Gerais, os Secretários-Executivos, os Secretários Nacionais, os Secretários Federais dos Ministérios e as pessoas que ocupem cargos equivalentes;
- Os que tenham exercido, nos 6 (seis) meses anteriores à eleição, nos Estados, no Distrito Federal, Territórios e em qualquer dos poderes da União, cargo ou função, de nomeação pelo Presidente da República, sujeito à aprovação prévia do Senado Federal;
 - Os que, até 6 (seis) meses antes da eleição, tiverem competência ou interesse, direta, indireta ou eventual, no lançamento, arrecadação ou fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive parafiscais, ou para aplicar multas relacionadas com essas atividades;
 - Os que, até 6 (seis) meses antes da eleição, tenham exercido cargo ou função de direção, administração ou representação nas empresas de que tratam os arts. 3º e 5º da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, quando, pelo âmbito e natureza de suas atividades, possam tais empresas influir na economia nacional;
 - Os que, detendo o controle de empresas ou grupo de empresas que atuem no Brasil, nas condições monopolísticas previstas no parágrafo único do art. 5º da lei citada na alínea anterior, não apresentarem à Justiça Eleitoral, até 6 (seis) meses antes do pleito, a prova de que fizeram cessar o abuso apurado, do poder econômico, ou de que transferiram, por força regular, o controle de referidas empresas ou grupo de empresas;

- Os que tenham, dentro dos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, ocupado cargo ou função de direção, administração ou representação em entidades representativas de classe, mantidas, total ou parcialmente, por contribuições impostas pelo poder Público ou com recursos arrecadados e repassados pela Previdência Social;
- Os que, até 6 (seis) meses depois de afastados das funções, tenham exercido cargo de Presidente, Diretor ou Superintendente de sociedades com objetivos exclusivos de operações financeiras e façam publicamente apelo à poupança e ao crédito, inclusive através de cooperativas e da empresa ou estabelecimentos que gozem, sob qualquer forma, de vantagens asseguradas pelo poder público, salvo se decorrentes de contratos que obedecem a cláusulas uniformes;
- Os que, dentro de 6 (seis) meses anteriores ao pleito, hajam exercido cargo ou função de direção, administração ou representação em pessoa jurídica ou em empresa que mantenha contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com órgão do Poder Público ou sob seu controle, salvo no caso de contrato que obedeça a cláusulas uniformes;
- Os que, membros do Ministério Público, não se tenham afastado das suas funções até 6 (seis) meses anteriores ao pleito;
- Os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;

Nível 03 – São inelegíveis para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal:

- Os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República especificados na alínea a do inciso II deste artigo e, no tocante às demais

alíneas, quando se tratar de repartição pública, associação ou empresas que operem no território do Estado ou do Distrito Federal, observados os mesmos prazos;

- Até 6 (seis) meses depois de afastados definitivamente de seus cargos ou funções:
 - i. Os chefes dos Gabinetes Civil e Militar do Governador do Estado ou do Distrito Federal;
 - ii. Os comandantes do Distrito Naval, Região Militar e Zona Aérea;
 - iii. Os diretores de órgãos estaduais ou sociedades de assistência aos Municípios;
 - iv. Os secretários da administração municipal ou membros de órgãos congêneres;

Nível 04 – São inelegíveis para Prefeito e Vice-Prefeito:

- No que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, observado o prazo de 4 (quatro) meses para a desincompatibilização;
- Os membros do Ministério Público e Defensoria Pública em exercício na Comarca, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, sem prejuízo dos vencimentos integrais;
- As autoridades policiais, civis ou militares, com exercício no Município, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito;

Nível 05 – São inelegíveis para o Senado Federal:

- Os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República especificados na alínea a do inciso II deste artigo e, no tocante às demais alíneas, quando se tratar de repartição pública, associação ou empresa que opere no território do Estado, observados os mesmos prazos;
- Em cada Estado e no Distrito Federal, os inelegíveis para os cargos de Governador e Vice-Governador, nas mesmas condições estabelecidas, observados os mesmos prazos;

Nível 06 – São inelegíveis para a Câmara dos Deputados, Assembléia Legislativa e Câmara Legislativa,

- Para Câmara dos Deputados, Assembléia Legislativa e Câmara Legislativa no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para o Senado Federal, nas mesmas condições estabelecidas, observados, os mesmos prazos.

Nível 07 – São inelegíveis para a Câmara Municipal:

- No que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para o Senado Federal e para a Câmara dos Deputados, observado o prazo de 6 (seis) meses para a desincompatibilização;
- Em cada Município, os inelegíveis para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, observado o prazo de 6 (seis) meses para a desincompatibilização.

A Lei ainda dispõe sobre a reelegibilidade:

- Para concorrência a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até 6 (seis) meses antes do pleito.

- O Vice-Presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão candidatar-se a outros cargos, preservando os seus mandatos respectivos, desde que, nos últimos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, não tenham sucedido ou substituído o titular.

- São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes, consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Reis assevera sobre as finalidades das inelegibilidades:

As inelegibilidades têm por finalidade impedir o acesso ao mandato político daqueles que incidem em qualquer dessas categorias generalizantes:

- a) podem ser eleitoralmente beneficiados por sua posição na estrutura do Poder Público;
- b) podem tirar proveito eleitoral de relações de parentesco com os titulares do poder;
- c) lançaram mão de meios ilícitos e indignos para a conquista de mandato, capazes de influir no resultado do pleito;
- d) praticaram atos outros capazes de indicar objetivamente sua inaptidão para a prática de atos de gestão da coisa pública.²⁵

Em verdade, o que a inelegibilidade objetiva é que a disputa eleitoral seja realizada com ética e que entre os seus disputantes haja igualdade, que não haja entre eles quem tenha incorrido em comportamentos ímprobos e incompatível com a figura daqueles que são representantes do povo.

Por fim, é importante ressaltar que existe diferença entre suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado, decorrente do art. 15, inciso III, da CF/88 e inelegibilidade legal em face de condenação criminal, prevista na Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, inciso I, que neste sentido, prevê serem inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de três anos, após o cumprimento da sentença.

Enquanto na primeira hipótese a suspensão dos direitos políticos vai até a extinção da pena, por outro lado, na segunda hipótese a inelegibilidade transcende por mais três anos após o cumprimento da pena, mas somente aos condenados pela prática dos crimes elencados no art. 1º, da LC nº 64/90.

III INELEGIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA VIDA PREGRESSA

²⁵ REIS, Marlon Jacinto. Op. cit.

A Constituição Federal promulgada em 1988 significou inegável avanço no tratamento da moralidade pública no Brasil. Desta forma, ao ser elencado ao lado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, como princípio vetor da Administração Pública brasileira, o princípio da moralidade atingiu a posição compatível com a sua importância. A questão ética que, até então, era conferida apenas em análise realizada em momento posterior ao enquadramento em crimes de responsabilidade, passa a incidir em todos os momentos do ato administrativo.

O poder discricionário do administrador viu-se diante de um elemento limitador mais considerável que a interpretação de leis e atos normativos, passando a considerar com mais empenho o lado ético-moral no exercício dos cargos públicos. Procurou-se proteger especificamente a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

As inelegibilidades, como vistas no capítulo anterior, são definidas a partir dos atributos: da preventividade e da objetividade.

Tais atributos têm, inicialmente, caráter preventivo e de proteção à moralidade e probidade administrativas, bem como a normalidade e legitimidade dos pleitos; e quanto a objetividade, por não abrir espaço para juízos de valor, uma vez que são objetivamente definidas sob a forma de hipóteses abstratas.

As causas da inelegibilidade, criadas com base nesses elementos apresentados pelo §9º, do art. 14, da CF não têm como objetivo proteger exclusivamente a eleição, mas sim tudo que diz respeito à coisa pública, evitando que sejam candidatos e potenciais ocupantes dos mandatos, pessoas que já agiram de forma incorreta ou ímproba quando estiveram no exercício de algum cargo público, ou que não tem uma vida pautada dentro dos padrões da moralidade.

O perfil esperado dos pleiteantes a cargos eletivos é estabelecido através das inelegibilidades. Esse perfil é desenhado negativamente, excluindo-se do processo eletivo os que incidam de modo objetivo em determinadas hipóteses normativamente delineadas.

Como se percebe, as inelegibilidades não possuem nenhuma finalidade punitiva, mas a de prevenir o ingresso no mandato de quem quer que possa vir a dele fazer mau uso dele. É

esse o principal propósito do estabelecimento das inelegibilidades: a proteção da Administração Pública e do processo eleitoral.

Como foi visto, para constituir-se validamente uma inelegibilidade deve estar formalmente prevista na Constituição ou em lei complementar. Além disso, precisa atender a dois pressupostos: a preventividade e a objetividade.

Nessa linha, a Lei Complementar citada no capítulo anterior, editada em 1990, sob o número 64, denominada Lei das Inelegibilidades em seu art. 1º, inciso I, alíneas “d”, “e” e “h”, exige a condenação transitada em julgado, para a atração da inelegibilidade, seja em hipótese de abuso de poder econômico, como a compra de votos, ou político, como a promessa de cargos em comissão, ou, ainda, em caso de condenação criminal, como homicídio, por exemplo. Ali foram criadas causas da inelegibilidade que levam em consideração atos imorais praticados pelo sujeito quando do desempenho de alguma função pública.

O que se percebe é que com a LC 64/90 abre-se a possibilidade de as inelegibilidades defenderem não só a regularidade do pleito, mas também garantir a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato.

O § 9º do art. 14 da Constituição Federal dispõe, *in verbis*:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.²⁶

Essa redação foi concedida ao dispositivo por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994.

O dispositivo possuía, antes dessa emenda, a seguinte redação:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições

²⁶ BRASIL, Constituição Federal do. Op. cit.

contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.²⁷

A diferença entre os dois textos (original e atual) consiste no acréscimo da expressão “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato”. Como se verifica, o princípio da proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato como informador da definição de inelegibilidades foi alterado pela Emenda de Revisão nº 4.

A verdade é que no texto original havia uma lacuna, que levou à edição de uma lei cuja ineficiência para a proteção dos futuros mandatos é evidente. Da forma em que está redigida, a Lei Complementar nº 64/90, não permite o alcance da determinação constitucional de prevenir a candidatura de pessoas capazes de atentar contra a finalidade da Administração Pública. Suas disposições constituem meras declarações de intenção, destituídas de qualquer eficácia prática no que se refere ao alcance dos objetivos expressamente previstos na Constituição.

Foi justamente esse o motivo que em 1994 levou o constituinte derivado a reformar o texto da Lei Fundamental para incluir expressamente a necessidade da definição de critérios para a inelegibilidade que levassem em conta a “vida pregressa” dos candidatos.

Como se vê, a Constituição foi alterada com o propósito expresso de dar às inelegibilidades essa dimensão preventiva, acautelando-se o mandato contra o seu alcance por pessoas cuja vida pregressa desabonaria justamente o acesso à vida pública.

Quando da aprovação da emenda, o País saía de uma crise institucional provocada pela descoberta de graves manipulações do orçamento da União. A corrupção e o clientelismo deformavam a definição das normas orçamentárias por parlamentares cujo histórico pessoal já seria o bastante para fazer ver a sua inaptidão para o exercício dos seus cargos.

Esse registro histórico é essencial para que não se perca de vista a orientação consciente e o desejo do constituinte derivado, que alterou o texto da Lei Fundamental para o propósito específico de autorizar o legislador a definir hipóteses de inelegibilidade que com efetividade pudessem proteger a moralidade e a probidade administrativa a partir dos critérios

²⁷ Redação original dada pela Constituição Federal do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

relacionados à vida pregressa dos candidatos. Mas o que realmente significa vida pregressa do candidato? Esse instituto é integrado pelos dados juridicamente relevantes sobre a vida das pessoas. Entretanto nem todos os dados podem ser considerados. A Constituição determina serem "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X). Sendo assim, vida pregressa é a expressão das informações públicas oficiais que marcam o histórico de cada pessoa. Ela corresponde ao conjunto dos dados lícitamente constantes de arquivos públicos, mantidos pelo Estado ou por entes privados.

Ao estipular que a vida pregressa dos candidatos pode ser utilizada como parâmetro para a proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício dos mandatos. A Constituição concedeu explicitamente ao legislador complementar o poder-dever de definir normativamente quais dentre esses dados teriam relevância a ponto de impedir o acesso à candidatura.

Há controvérsias acerca do critério de restrição à elegibilidade que tome em conta a existência de decisões judiciais condenatórias não transitadas em julgado. Como exemplo pode-se citar o posicionamento de Coelho:

(...) o termo “ficha suja” utilizado pela imprensa é, por si só, preconceituoso, discriminatório e arbitrário. Responder a processo não significa ser fichado. Somente com o trânsito em julgado de decisão condenatória é que se pode considerar, pelo período de duração da pena, suja a ficha de alguém.²⁸

Mendes, ao comentar sobre esta questão controvertida, especialmente no que diz respeito à possibilidade de se estabelecer inelegibilidade com fundamento nos antecedentes criminais de candidato ou com base em sua má reputação, chama a atenção para a orientação do próprio Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que a simples existência de inquérito criminal ou processo-crime não se afigura suficiente para legitimar juízo de inelegibilidade.²⁹

No julgamento da APDF n.º 144, o Supremo Tribunal Federal confirmou tal entendimento, aduzindo que a norma do art. 14, § 9º, da Constituição possui aplicabilidade limitada, a exigir lei complementar para a criação de novas hipóteses de inelegibilidade;

²⁸ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Op. cit., p. 169.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op.cit., p. 809

ademais, entendeu a Corte que apenas as condenações penais com trânsito em julgado podem gerar a inelegibilidade prevista na LC 64/90³⁰.

Reis,³¹ se posiciona favoravelmente à utilização de critérios mais rigorosos para a admissão de candidaturas, a partir de verificação da vida pregressa dos candidatos e defende até mesmo que haja restrição à elegibilidade que tome em conta a existência de decisões judiciais condenatórias não transitadas em julgado. E ainda julga precipitada e superficial a análise feita por alguns juristas onde consideram que o princípio da presunção de inocência seria um impedimento para declarar inelegível o cidadão que tenha contra ele sentença judicial condenatória não transitada em julgado.

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como da não culpabilidade, estabelece a inocência de todo cidadão enquanto não condenado criminalmente e com a sentença transitada em julgado.

Segundo o inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Assim, o princípio da presunção da inocência está ligado à imputação de um fato ilícito a uma pessoa, é a atribuição do ônus da respectiva prova ao acusador, de modo que somente depois de atendido esse requisito seja possível concluir-se sobre a ilegalidade cometida por ela.

O que a Constituição impede é que o juízo realizado a partir de uma análise do fato acrescido de sua valoração à luz da tipificação legal autorize a aplicação de penas antes que não se extinga a possibilidade de alteração do julgado condenatório. Fala-se a Constituição em sentença penal condenatória, para que a noção de inocência não se extravase para outros setores da vida do cidadão.

Considerar culpado é, um tanto quanto, algo subjetivo. Considera-se culpado alguém na medida e na proporção da sua responsabilidade por uma conduta ilícita penal. Isso não se realiza num plano abstrato, senão numa análise do caso concreto, com todos os detalhes particulares que o cercam. Essa atividade está sempre pautada pelo risco. Daí o cuidado e a exigência no plano do Direito Penal que se aguarde a imutabilidade do conteúdo decisório pelo instituto do trânsito em julgado para que, seja qual forem as sanções

³⁰ Cf. ADPF n. 144, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-8-2008, DJ de 18-8-2008.

³¹ REIS, Márlon Jacinto. Op.cit.

penais possam finalmente ter lugar. O acusado tem a sua individualidade protegida de eventual agressão ao seu estado de liberdade até que não mais exista meio formal de alteração da pena aplicada.

Não é exatamente o "considerar culpado" – presente na decisão condenatória, mesmo que inexecutável – o que o princípio proíbe, mas a antecipação de qualquer das suas conseqüências penais. A sentença criminal condenatória tem necessariamente que reconhecer a existência da culpa como pressuposto lógico para a aplicação da pena. O que a Constituição efetivamente impede é que daí advenha desde logo a aplicação de medidas restritivas de natureza penal.

O princípio da presunção de inocência possui, dessa forma, forte carga de proteção a impedir que da atribuição de culpa derivem conseqüências jurídico-penais, senão após alcançada a impossibilidade de reforma do julgado. É essa a sua essência: conferir segurança máxima aos acusados a fim de que não se lhes sejam impostas medidas de repressão antes do momento definido pela Constituição.³²

Esse princípio marca, de modo inquestionável, a interpretação e a aplicação de qualquer norma de natureza penal. Vê-se que a condição de inocência protegida pelo princípio é a inocência penal.

Portanto, não há como atribuir ao princípio da presunção de inocência um caráter absoluto, ainda mais quando se analisam os reais objetivos da sociedade: assegurar o direito individual de um candidato condenado por práticas ilícitas de participar de uma disputa eleitoral, ou assegurar o direito do povo a governantes honestos, sem que tenha que continuar convivendo com sucessivos escândalos envolvendo desvio de verbas públicas, geralmente cometidos por pessoas já envolvidas em irregularidades anteriores.

Com respeito às inelegibilidades a Constituição estabelece princípio diverso. Se no campo penal há uma especial proteção dos acusados, no capítulo das inelegibilidades a proteção volta sua vista – conforme a expressa declaração constitucional – para a moralidade e a probidade administrativas e a normalidade e legitimidade dos pleitos, principais próprios, portanto.

O indivíduo aqui abre mão da sua primazia aos grandes interesses da coletividade, agora diante dos domínios da esfera política, no qual os direitos e deveres não são considerados senão para a finalidade pública a que se destinam. Não mais da defesa dos

³² Ibidem, REIS, Marlon.

direitos constitucionais de um indivíduo, exceto em sua imediata relação com a tutela do interesse geral que neste campo prepondera.

A Constituição e a legislação complementar estabelecem os critérios que, segundo a vontade da sociedade brasileira, devem ser observados por quantos pretendam lançar-se à disputa por cargos e mandatos eleitorais. Há um contexto no qual devem observar os pretendentes a candidato, por isso que não se admite a possibilidade de falar-se em registro de candidatura fora da obediência desses requisitos já normatizados.

Dessa forma, entende-se que diferentemente do que ocorre no âmbito penal, o conteúdo das inelegibilidades não é repressivo, mas preventivo.

A própria Constituição torna inelegíveis no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição (art. 14, § 7º, da CF). Espera-se com essa disposição evitar o alcance do mandato por pessoas pertencentes à família do agente político, impedindo a consolidação de oligarquias. Não se discute a eventual responsabilidade do cônjuge ou parente por eventuais desvios de conduta no curso do processo eleitoral. A Constituição presume a ocorrência desses desvios e preventivamente limita a participação dessas pessoas no certame.

Se nos centrarmos nesse exemplo - o da inelegibilidade de cônjuges e parentes - podemos ter a clareza da dimensão do quão diversos são os campos jurídicos em que encontram tratamento as penas e as inelegibilidades. Basta uma relação de parentesco para que, por presunção legal de risco para a legitimidade do pleito, já se autorize o afastamento da candidatura. No campo penal isso não seria concebível.

No exemplo citado a intenção da norma é impedir a eleição de alguém que poderia, por presunção, causar dano à Administração Pública em suas esferas jurídicas de moralidade e probidade. Estamos, então, diante de uma modalidade normativa prevista pelo princípio da proteção das instituições eleitorais.

Em outras palavras, não é necessário que o pretense candidato tenha culpa e a ele venha ocorrer à inelegibilidade, bastando somente a previa declaração legal do instituto.

Nesse campo do Direito Eleitoral, não há falar-se no estabelecimento válido de alguma inelegibilidade sem prévia definição objetiva. O juízo penal, em sentido diverso, é subjetivo, sendo necessária a análise do fato em concreto.

O direito eleitoral se destina a proteger a lisura do processo eleitoral disciplinando a escolha dos ocupantes dos cargos eletivos. Partindo desse princípio, talvez fosse possível para o legislador definir como causa de inelegibilidade uma sentença condenatória ainda não transitada em julgado.

O que se constata é que não há como prosperar a idéia da prevalência do princípio da inocência sobre o princípio da moralidade, principalmente em matéria eleitoral, cujos interesses, objetivos e conseqüências são bem distintas da área da área penal, onde, aí sim, a presunção da inocência deve prevalecer pela relevância dos valores em jogo.

Mas, em matéria eleitoral a invocação da presunção da inocência não deve sobrepor-se à exigência, também eleitoral. Seria sobrepor, ou igualar, interesse privado (individual) sobre o público.

Em síntese, pode-se afirmar que o princípio da presunção da inocência não se contrapõe ao princípio da proteção das instituições eleitorais pelos seguintes motivos: *primeiro*, porque não tem cabida em matéria de inelegibilidades, já que estas não constituem penas, mas requisitos normativos cujo não preenchimento veda ao acesso à candidatura; *segundo*, porque tal inelegibilidade não considera culpado o candidato, apenas leva em conta existência de uma sentença condenatória; *terceiro*, porque os direitos políticos são também direitos fundamentais, não estando hierarquicamente submetidos a qualquer outro direito expresso na Constituição.

Desde que atente para essas premissas formais e de conteúdo, nada impede o legislador complementar de – cumprindo o que determina o art. 14, § 9º, da CF – definir hipóteses objetivas de exclusão da elegibilidade à vista da existência de dados oficiais e fíáveis que a seu critério autorizem tamanha restrição.

Não desbordando desses contornos, pode o legislador, portanto, estabelecer causas de inelegibilidade baseadas na existência de condenações, mesmo que ainda não passadas julgado.

Recorrendo a Pinto, ele nos ensina que:

[...] a dignidade da pessoa humana, erigida como base de sustentação da República, não está a significar somente que o homem não deve ser ultrajado na sua liberdade, na sua honra, etc. Está a representar muito mais que isso. Significa, igualmente, a exigência de honorabilidade para habilitar-se o indivíduo ao desempenho de funções delegadas pelo povo. Dignidade, na esfera da cidadania, não se resume apenas na prerrogativa de ter alguém sua opinião computada para escolha dos integrantes do comando político do Estado. Importa na exigência de honradez do ocupante do poder para exigir a subordinação dos administrados. Traduz-se na impossibilidade de permanência ou de acesso à representação popular daquele que teve sua honra maculada por ações que, comprovadamente, descredenciam-lhe ao exercício do mandato. Vale dizer: sem dignidade não pode alguém atuar em nome do Estado.³³

A situação é realmente complexa, mas já há autores renomados discorrendo sobre esses temas, a exemplo de Djalma Pinto, que em obra já citada, aborda a inclusão da consideração da vida pregressa no ordenamento jurídico brasileiro, como pressuposto à proteção da probidade e da moralidade para o exercício de mandatos eletivos.

Crítérios bastante acertados são os propostos defendidos pela iniciativa popular, através do Projeto de Lei Complementar 518/09³⁴, que ficou conhecido como “Ficha Limpa”.

A proposta recebeu mais de 1,6 milhões de assinaturas, coletadas pela Conferência Nacional de Bispos do Brasil, o referido projeto contempla o afastamento de candidaturas, dentre outras, nas seguintes hipóteses, como: a) condenações criminais proferidas em ações penais públicas nas quais se atribua ao sentenciado condutas típicas graves, tais como as referentes a crimes de homicídio, tráfico de substâncias entorpecentes, estupro e toda sorte de delitos contra a Administração Pública; b) recebimento de denúncia por órgão jurisdicional colegiado (tribunal), como ocorre nos casos de foro definido por prerrogativa de função; c) mandatários que renunciaram a seus cargos para evitar a aplicação de sanções no âmbito parlamentar.

Idêntica redação tem o Projeto de Lei do Senado, relatado pelo Senador Demóstenes Torres, nº 390/2005. Esse projeto ganhou um texto já aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado que dispõe sobre o tema exigindo a

³³ PINTO, Djalma. Op. cit., p.33

³⁴ O conteúdo completo do projeto pode ser conhecido no sítio eletrônico www.mcce.org.br.

condenação em primeira instância por crimes de ação penal pública, demarcados pela nota da gravidade.

Com propósito um pouco distinto, todavia convergindo para os mesmos anseios, o Governo Federal encaminhou ao Congresso a Mensagem Legislativa nº 54, a qual deu origem ao Projeto de Lei Complementar nº 446/2009. Essa iniciativa procura ver estabelecida, dentre outras hipóteses, a inelegibilidade dos que sofreram condenação criminal por órgão colegiado, mesmo que em primeira instância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assegurar efetividade ao requisito constitucional de vida pregressa compatível com a representação popular e impedir o registro da candidatura de pessoas flagrantemente inelegíveis é o grande desafio do direito contemporâneo. O registro de um criminoso bem como de um delinqüente, seja de colarinho branco, seja descamisado, ao exercício do poder público é uma aberração decorrente da falta de compreensão da essência do poder político.

E toda essa preocupação com a lisura do processo eleitoral encontra justificativa na necessidade de se coibir comportamentos que possam alterar a igualdade da disputa, ou macular a sua idéia original, que é de proteger a normalidade e legitimidade das eleições. É também vislumbrando a que se tenha um caráter mais igualitário entre os disputantes, retirando-se do jogo eleitoral aqueles que já tenham incorrido em comportamentos incompatíveis com a representatividade pública.

Nessa linha poderão ser criadas causas de inelegibilidades que tomem em consideração atos imorais praticados pelo sujeito quando do desempenho de alguma função pública como, por exemplo, a renúncia a um mandato público eletivo por parte de um parlamentar, para ver extinto o processo que foi aberto contra a sua pessoa por quebra de

decoro, ou seja, por sua atuação em atividade particular de jogos de azar, quando a lei é taxativa e proíbe a candidatura de pessoa sabidamente dedicada a esse tipo de atividade.

Obedecendo a determinação constitucional, várias iniciativas têm buscado fixar parâmetros que promovam a proteção dos mandatos eletivos ante a prática da improbidade administrativa e a falta de moralidade para o exercício das funções públicas. Desta forma fica evidente que o preceito constitucional determina que o candidato que tenha vida pregressa maculada não pode concorrer às eleições.

Todavia, mesmo que definidos os casos que serão considerados como imorais, terá que também se definir o tempo da prática para os mesmos, ou seja, o tempo de estar inelegível, pois qualquer cidadão, por mais que tenha cometido um erro, também tem direito de não ser lembrado, pelo resto de sua vida, os erros passados.

É certo que a questão da consideração da vida pregressa ultrapassa simples registros judiciais, pois isso, muitas vezes, não conseguirá dizer muita coisa a respeito da conduta de alguém. É possível não ter um só registro, uma só condenação, mas mesmo assim não possuir as mínimas condições para o exercício de uma função pública.

Outrossim, foi analisada a possibilidade de serem indeferidos os pedidos de registros de candidaturas de pessoas cuja análise de sua vida pregressa não o credencie ao exercício de cargo eletivo que preiteiem, por entender que para tal função representativa é essencial o respeito ao princípio da moralidade. Verifica-se, ainda, que o conflito entre esse princípio e o princípio da presunção de inocência, não deve prevalecer de modo absoluto, como pretendem alguns, pois o interesse individual não pode sobrepor aos interesses de toda uma coletividade, dentre esses, o de um governo honesto, formado por agentes igualmente honestos.

Ademais, conclui-se que os princípios não devem ser considerados de modo absoluto. Os princípios podem e devem ser refletidos para que se chegue à melhor decisão diante daquela situação específica, como é o caso dos pedidos de registros de candidaturas de políticos que apresentam “ficha suja”. Nesse caso o princípio da moralidade deve prevalecer e o da presunção de inocência, afastado, para que assim busque preservar o interesse da sociedade em ter candidatos probos, retos na condução dos negócios do Estado, da qual a grande maioria é dependente das suas decisões.

A propósito, ontem, 11 de maio de 2010, a Câmara dos Deputados concluiu a votação do PL n.º 518/2009 que trata da inelegibilidade.

O projeto conhecido como Ficha Limpa impede candidaturas de pessoas que tiverem sido condenadas pela Justiça em decisão colegiada, que praticarem crimes de corrupção, abuso de poder econômico, homicídio, tráfico de drogas e outros.

Pelo Ficha Limpa, o prazo geral fixado para inelegibilidade passa a ser de oito anos para todos os casos, contanto que a condenação do político tenha sido proferida por órgão colegiado da Justiça ou em decisão transitada em julgado. Mas o candidato poderá pedir que tenha efeito suspensivo o recurso que ele apresentar contra uma decisão colegiada. O efeito suspensivo tem o objetivo de conciliar dois fatores: o desejo da sociedade de evitar que pessoas sem ficha limpa disputem cargos eletivos e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Aprovado, pela Câmara dos Deputados, sob a forma de substitutivo ao projeto de iniciativa popular, a proposta será analisada pelo Senado Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. Direito Eleitoral, 2009.

BARROS, Francisco Dirceu, Direito Eleitoral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível no sítio: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 7, Tomo 1. AAG - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL - PORTUGUESES: DIREITOS INERENTES AOS BRASILEIROS - RECIPROCIDADE - CF, ART. 12, PARAGRAFO 1.I - AOS PORTUGUESES, COM RESIDENCIA PERMANENTE NO BRASIL, SE HOUVER RECIPROCIDADE EM FAVOR DOS BRASILEIROS, SERAO ATRIBUIDOS OS DIREITOS INERENTES AO BRASILEIRO NATO, SALVO OS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUICAO. CF, ART. 12, PARAGRAFO 1. A RECIPROCIDADE EXIGIDA E A DE DIREITOS E NAO DE CARGOS OU FUNCOES POLITICAS.II – AGRAVO NAO PROVIDO. Disponível no sítio: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?configName=SJUT&toc=false§ionServer=TSE§ionNameString=avancado&livre=@DOCN=000018561>>. Acesso em: 26 mar. 2010.

_____. Superior Tribunal Eleitoral. Agravo de Instrumento n.º 11632. Inexistência, inelegibilidade, candidato, Português, cargo, Prefeito, existência, reciprocidade, direitos, candidatura, irrelevância, País, origem, ausência, eleição, cargo eletivo, titularidade, Prefeitura (ACA). Julgado de 14 de setembro de 1994. Ministro Carlos da Silva Velloso: Diário de Justiça, Data 07/10/1994, p. 26854. <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT1400581§ionServer=TSE>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

_____. Superior Tribunal Eleitoral <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT29431492§ionServer=TSE>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Direito Eleitoral e Processo Eleitoral.: Direito Penal e Eleitoral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral. 3ª edição: Editora Del Rey.

_____. Direito Eleitoral: 4. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 63.

MENDES, Gilmar.Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, São Paulo: Companhia Melhoramentos, 109 ed, 2002.

NISS, Pedro Henrique Távora. Direitos Políticos: Condições de elegibilidade e inelegibilidade: Ed. Saraiva.

NUNES, Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica: 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009

PINTO, Djalma. Direito Eleitoral: 2008: Ed. Atlas.São Paulo.4. ed.

RAMAYANA, Marcos. Legislação Eleitoral: 4ª ed., Revista e Ampliada: Ed. Roma Victor, 2002. p. 142-149 (LC 64/90).

REIS, Márlon Jacinto Reis. Inelegibilidade e vida progressa. Questões constitucionais Jus Naveandi, Teresina ano 13, nº 2086, 18/mar/2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12481>, acesso em: 03 abr. 2010.



**UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL –
FACIPLAC**

Aprovadas pela Portaria SESu/MEC Nº 368/08 (DOU 20/05/2008)

ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA

**TRATAMENTO DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS SOB A
PERSPECTIVA DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

Gama-DF
Junho de 2010.

ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA

**TRATAMENTO DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS SOB A
PERSPECTIVA DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, pelas
Faculdades Integradas da União Educacional do
Planalto Central – FACIPLAC.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lamy

Gama-DF
Junho de 2010.



UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL
FACULDADES INTEGRADAS DA UNIÃO EDUCACIONAL DO PLANALTO CENTRAL –
FACIPLAC
Aprovadas pela Portaria SESu/MEC Nº 368/08 (DOU 20/05/2008)

TERMO DE APROVAÇÃO

ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA

TRATAMENTO DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS SOB A PERSPECTIVA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC.

Examinadores:

Prof. Dr. Marcelo Lamy

Examinador 1

Examinador 2

Gama-DF
Junho de 2010.

Primeiramente,
dedico esta obra a Deus,
responsável por eu ainda está nesse mundo
cumprindo minha humilde missão.

A minha guerrida família,
que com toda força possível
me ajudou a trilhar o caminho
que hoje calço com pedras de conhecimento.

As minhas queridas avós,
que com muita ternura e carinho
criaram, dentro das possibilidades inimagináveis
um neto que gerava dúvidas quanto sua permanência entre os vivos.

A minha amada mãe,
que mesmo contra todas as variáveis,
e ante todas as adversidades mundanas
criou a mim e meus irmãos de maneira heróica.

Por fim, a Ellem,
meu futuro.

AGRADECIMENTOS

Não há meios de expressar minha gratidão a todas as pessoas que muito contribuíram para a realização desta obra. Sei que agradecer a alguns poucos nomeados seria cometer injustiça para com aqueles que mesmo de maneira anônima auxiliaram de alguma forma. Sem embargo, a pessoa que não poderia deixar de agradecer, ainda que sob a rubrica de alguma injustiça, é o Professor Doutor Marcelo Lamy, responsável por inspirar-me a produzir o presente trabalho. Sem as provocações contumazes do referido mentor, não teria tido a iluminação necessária a descobrir a existência de tão fascinante tema.

Por outro lado, ainda cumpre agradecer a família acadêmica que me acolheu como a um membro de seu corpo, principalmente Professora Isolda Bezerra, amiga inestimável com quem certamente tive experiências novas.

Por fim, e em especial, ao Professor Moaci Carneiro, por ser mais que um mestre, por ser um amigo valioso e valoroso, que contribuiu, contribui e sempre contribuirá para minha carreira acadêmica.

“Para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe fiel.
Ela, como todas as divindades,
só se manifesta para quem nela crê”.
Piero Calamandrei.

Para alcançar o cume,
é imperativo erigir uma base consistente.
O autor.

RESUMO

Este trabalho tem por meta analisar um instituto recentemente criado no ordenamento jurídico brasileiro que, desde então, vem sendo relegado pelas autoridades como se fosse um instrumento ineficaz: a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. A quantia inexpressiva de utilização desse valioso instrumento, desde sua criação na Constituição Federal de 1988, remete ao parco desenvolvimento por ele apresentado. Devido talvez aos entendimentos clássicos e kelsenianos que permeiam nosso ordenamento jurídico, o referido instrumento de controle abstrato de constitucionalidade ainda não atingiu a envergadura que pode apresentar ante uma atuação efetiva, até pelo fato do Brasil possuir uma larga gama de magistrados anacrônicos em nossos tribunais. Com vistas à melhor compreensão do manejo dessa ação, será necessário apresentar seus antecedentes históricos, sua utilização em outros ordenamentos jurídicos, sua evolução no Brasil e, principalmente, a repercussão de sua decisão. O desenvolvimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão vem ocorrendo a vagarosas passadas, mas, pelo menos, hoje podemos avaliar que houve alguma evolução, principalmente se considerarmos no plano do direito comparado com outros Estados. As modificações havidas ainda são tímidas se comparadas àquelas utilizadas pelo Mandado de Injunção, em que se chega ao grau evolutivo de aplicação da teoria concretista. Nesse sentido, são explicitadas as mudanças inseridas pela Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009, que estabelece disciplina processual específica da referida ação, inclusive todo o procedimento a ser seguido na tramitação desta ação de controle abstrato de constitucionalidade, chegando até a eficácia sentencial e suas variedades.

Palavras-chave:

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; normas constitucionais; omissão inconstitucional; eficácia na decisão; disciplina processual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	11
1.1 - Intróito	11
1.2 - Validade	12
1.3 - Eficácia	13
1.4 - Aplicabilidade	15
1.5 - Teorias da aplicabilidade das normas constitucionais	16
1.5.1 - Doutrina estrangeira	17
1.5.1.1 - Normas constitucionais <i>self executing</i> e <i>not self executing</i>	17
1.5.1.2 - Normas constitucionais preceptivas e diretivas	18
1.5.1.3 - Normas constitucionais imediatamente preceptivas, de eficácia diferida e programática	19
1.5.1.4 - Normas constitucionais de eficácia direta e indireta	21
1.5.2 - Doutrina nacional	22
1.5.2.1 - Normas constitucionais exequíveis por si sós e não exequíveis por si sós	22
1.5.2.2 - Normas constitucionais de organização, definidoras de direitos e programáticas	23
1.5.2.3 - Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada	25
1.5.3 - Outras classificações das normas constitucionais	28
II OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO MODERNO	32
2.1 - Origem da omissão inconstitucional	32
2.2 - Conceito da inconstitucionalidade por omissão	33
2.3 - Lapso temporal de caracterização da omissão inconstitucional	36
2.4 - Espécies de omissão inconstitucional	40
2.4.1 - Omissão inconstitucional total e parcial	40
2.4.2 - Omissão de medidas de índole administrativa	44
2.4.3 - Omissão legislativa	45

2.4.3.1 - Ausência de proposição	45
2.4.3.2 - <i>Inertia Deliberandi</i>	46
2.4.4 - Omissão na Constituição Federal e nas Constituições estaduais	48
2.5 - Mecanismos de proteção contra a omissão inconstitucional	50
2.5.1 - Panorama no direito comparado	50
2.5.2 - Meios de combater a omissão inconstitucional no Brasil	54
2.5.2.1 - Mandado de Injunção	54
2.5.2.2 - Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	59

III LIMITES DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

3.1 - Previsão e objetivo jurídico-constitucional	61
3.2 - Legitimidade ativa e passiva <i>ad causam</i>	63
3.3 - Objeto da ação	66
3.4 - Requisitos da petição inicial	67
3.5 - Competência para julgamento	69
3.6 - Intervenção dos demais legitimados	70
3.7 - Necessidade da manifestação do Advogado-Geral da União	71
3.8 - Manifestação do Procurador-Geral da República	73
3.9 - Medida cautelar	74
3.9.1 - Cabimento e procedimento	74
3.9.2 - Manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República	80
3.9.3 - Efeitos	81
3.10 - Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão	83

IV EFEITOS DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

4.1 - Eficácia contra órgãos administrativos	85
4.2 - Eficácia contra os órgão encarregados do processo legislativo	89

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo apresentar um estudo preciso sobre o combate das omissões inconstitucionais sob a perspectiva da utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso não implica que as omissões inconstitucionais sejam uma novidade no plano jurídico, mas as armas de combate a tais omissões, sem sombra de dúvida, são extremamente contemporâneas. A importância do presente trabalho se insere no contexto da atual Constituição Federal de 1988, tendo em vista que se trata de uma Constituição Dirigente, e grande parte de suas normas não são dotadas de total aplicabilidade, necessitando, assim, de normatização ulterior.

Com o intuito de iniciar o tema, se mostra essencial termos a base conceitual de validade, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais e, posteriormente, das teorias sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, ressaltando a importância do estudo de direito comparado e evolutivo, imperativo para entender como foi desenvolvida a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais desde sua gênese. Esses conceitos hermenêuticos se fazem necessários ao adequado entendimento de como e sob que matizes se apresentam as omissões inconstitucionais, já que é a partir da análise da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, que se insere o estudo das omissões inconstitucionais, bem como dos meios de combate da referida omissão.

Tecidos os esclarecimentos iniciais, passemos, então, aos contornos conceituais da omissão inconstitucional em si. Para formar um pilar de conhecimentos sobre as omissões inconstitucionais, antes de qualquer coisa, necessário entender a origem da identificação desse tipo de omissão, além, é claro, do conceito que foi conformado ao longo dos anos pela doutrina pátria e estrangeira. Realizada tal etapa, importante identificar o lapso temporal que caracteriza a omissão inconstitucional. Encerrada essa parte, passamos ao estudo das espécies de omissões inconstitucionais identificáveis no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, consequência do estudo das omissões inconstitucionais, devemos criar um panorama dos mecanismos de proteção contra as omissões inconstitucionais, segundo um estudo comparado entre o que prega a Constituição Federal de 1988 e o ordenamento jurídico de outros países.

Subsequentemente ao estudo demonstrado alhures, adentraremos efetivamente nos limites da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme previsão constitucional e regulamentação infraconstitucional. Nessa parte será analisado e devidamente criticado o

procedimento adotado no trâmite da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso abrange a análise acurada da previsão jurídico-constitucional, legitimidade ativa e passiva, objeto da ação, requisitos da petição inicial, competência para julgamento, intervenção dos demais legitimados, necessidade da manifestação do Advogado-Geral da União, manifestação do Procurador-Geral da República, medida cautelar, efeitos e julgamento final da ação.

No derradeiro capítulo encerra-se a análise dos efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A essência da referida análise se concentra, em termos constitucionais, ao estudo da eficácia da decisão contra órgãos administrativos e contra órgãos encarregados do processo legislativo, isso levando em conta a forma como é feita no Brasil. Contudo, a referida análise não será limitada à mera literalidade da lei, até porque, apesar de ser um instituto criado desde 1988, não foi desenvolvido com a mesma argúcia que tantos outros instrumentos da mesma época.

Não se deve olvidar que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma arma poderosa quando utilizada sabiamente. É tamanha a sua importância em qualquer ordenamento jurídico, que se tornou um assunto de vigorosos embates tanto no plano nacional e internacional. Isso se deve muito ao fato de ser um dos poucos meios eficazes a defesa da Constituição contra a inércia do Estado. A tendência é que, sem dúvida, em todos os países possuidores de Constituições Dirigentes, e mesmo daqueles que não tenham uma tradição nesse sentido, se construa um instrumento de envergadura semelhante, com vistas a combater as erosivas omissões inconstitucionais.

I APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Toda compreensão súbita é finalmente a revelação de uma aguda incompreensão.
Clarice Lispector.

1.1 Intróito

Com vistas a iniciarmos o presente estudo, necessário se faz antes tecer algumas explicações sobre a aplicabilidade das normas constitucionais. Entretanto, quando estudamos aplicabilidade das normas constitucionais devemos, também, fixar as premissas conceituais da validade e eficácia das normas, haja vista que são categorias jurídicas complementares. Isso porque, somente sobre a égide de tais conceitos, será possível esclarecer a classificação das normas constitucionais e sua aplicabilidade.

1.2 Validade

Hodiernamente, no que se refere ao conceito de validade, costuma-se observar que válida é aquela norma que está em conformidade com o ordenamento jurídico em que está inserida. Nesse contexto, interessante citar o conceito trazido por Tércio Sampaio Ferraz Junior, para quem “norma válida é aquela que cumpre o processo de formação ou produção normativa e conformidade com aquilo que determina o ordenamento jurídico.”¹

Senão vejamos também a lição dada por Flavia Piovesan:

A validade é conceito relacional, ou seja, norma válida é aquela que está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior e este raciocínio à luz de um sistema normativo escalonado, que se apresenta como norma jurídica positiva suprema à Constituição que, por sua vez, busca sua especial validade na norma jurídica fundamental, que é o termo unificador das normas que integram a

¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio apud PIOVESAN, Flavia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.54.

ordem jurídica, fundamento de validade de todas as normas do sistema.²

Visivelmente percebemos que a referida doutrinadora buscou respaldo para o seu conceito na teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Hans Kelsen. Segunda tal construção teórica, “o ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas”³. Existem normas hierarquicamente superiores e normas hierarquicamente inferiores, sendo que, nesse tipo de ordenamento jurídico (escalonado), a Constituição costuma ser o ponto de onde decorre a unidade do ordenamento. Assim, as normas que forem qualificadas como inferiores no ordenamento jurídico devem buscar sua validade nas normas qualificadas como superiores no mesmo ordenamento.

Nas palavras de Kelsen, “devido ao caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada, representando esta o fundamento de validade para aquela.”⁴

Contudo, é necessário analisar um critério complementar aos apresentados anteriormente. Não é possível que uma norma seja julgada válida somente porque está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior. Caso fosse tão simples assim, não teríamos, pelo menos no Brasil, uma delimitação de matérias realizada pela norma superior, no caso a Constituição, que cada espécie legislativa pode atuar. É preciso cogitar que, além da norma estar em concordância com outra que é hierarquicamente superior, é necessário que ela não afronte outra norma – de mesmo nível ou superior - nem extrapole sua área de atuação. As normas devem estar em harmonia umas com as outras, sejam elas de qualquer nível de escalonamento, sob pena de ser expurgada do ordenamento jurídico, haja que vista que poderá causar situações teratológicas, por exemplo, duas normas idênticas dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Logo, norma válida é aquela que está em consonância com os ditames do ordenamento jurídico em que a mesma está inserida. Isto envolve a harmonia das normas em geral e, principalmente, a observância e conformidade de uma norma com aquela outra que lhe é hierarquicamente superior e as de mesmo nível. Dessa forma, a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico apresenta-se como uma ferramenta útil para se aferir a

² PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p.55.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. 5 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.103.

⁴ Ibidem, p.102.

validade das normas, porém, cumpre esclarecer que ela não deve ser utilizada de maneira isolada. No Brasil, é preciso observar que as normas detêm áreas específicas de atuação, de forma que em determinadas áreas pode ser necessária à conjugação de normas. Isso, por exemplo, pode acontecer quando em determinado assunto uma lei complementar pontue que é possível tomar certa atitude, ao passo que uma lei ordinária exprima que não, entretanto, cada norma só pode tratar de assuntos específicos, de modo que nenhuma das duas busca validade na outra, ou mesmo quando uma lei deve tratar de apenas um assunto e acaba tratando obliquamente de um assunto afeto a outra norma de mesmo nível. Além do mais, cada uma foi editada na sua respectiva área. Então teremos a discrepância de duas normas legítimas, sob a égide da Constituição, levar a uma incongruência que nem a norma hierarquicamente superior poderá superar de maneira correta.

1.3 Eficácia

Outro aspecto importante de uma norma é a sua eficácia. Devemos analisar que a eficácia de uma norma é analisada sob diversos ângulos. Dentre essa diversidade, vamos analisar dois pontos que são os mais utilizados na doutrina atual. O primeiro ponto divide a análise da eficácia em dois planos distintos, quais sejam, o mundo do ser e do dever-ser⁵. Por sua vez, o segundo ponto divide a eficácia de uma norma em social e jurídica.

Com efeito, o primeiro ponto a ser analisado sobre a eficácia das normas é, na verdade, uma distinção das categorias jurídicas da validade e eficácia feita por Hans Kelsen. Para o eminente jurista austríaco, a validade (vigência) opera no mundo do dever-ser, enquanto a eficácia acontece no mundo do ser. Segundo as palavras de Kelsen:

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão.⁶

Ao interpretar essa lição de Kelsen, de forma simplificada, José Afonso da Silva explica que “vigência significa a existência específica da norma; eficácia é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida.”⁷

⁵ KELSEN, Hans apud PIOVESAN, Flavia, Op. cit., p.56.

⁶ Ibidem.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 64.

De outra parte, porém compartilhando desse raciocínio, Tércio Sampaio Ferraz Junior define eficácia como a “qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos, diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica ao seu sucesso, ou seja, à possibilidade da consecução dos objetivos.”⁸ A partir dessa definição, encontramos os conceitos de eficácia social e jurídica. As condições fáticas consubstanciam a eficácia social, enquanto as condições técnicas se referem à eficácia jurídica.

Para explicar esse conceito Flavia Piovesan ensina o seguinte:

Eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de atuação da norma, ou seja, apresenta eficácia jurídica a norma que tiver condições de aplicabilidade. Eficácia jurídica significa, assim, a possibilidade de aplicação da norma. Já a eficácia social significa aplicação da norma a casos concretos.⁹

De forma bem abalizada, a eficácia jurídica consubstancia-se na parte mais abstrata da norma. Por sua vez, a eficácia social seria a metade concreta da norma, ou o que alguns doutrinadores costumam chamar de perspectiva sociológica da norma.¹⁰ Não que seja uma delimitação totalmente linear, não se quer aqui passar que necessariamente a eficácia social será sempre a concretude da norma, ao passo que a eficácia jurídica sempre será a parte abstrata da mesma. O que se quer explicar é, guardada as devidas proporções, em geral, cada eficácia está tensionada de maneira mais específica para um lado, seja o abstrato, seja o concreto, ambos da mesma norma.

Com isso, passamos ao seguinte esclarecimento de Michel Temer:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de situações concretas, mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficácia, embora não tenha sido aplicada concretamente.¹¹

Ante a anterior explanação, é imperioso abstrair que uma norma jurídica alcança primeiro eficácia jurídica, em virtude de seus efeitos mínimos necessariamente apresentados, para, só depois, obter eficácia social, que é de fato o que se espera da norma. Cumpre esclarecer que há um lapso entre a primeira e a segunda eficácia anteriormente citadas, de

⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio apud PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 57.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Conferir por todos doutrinadores SILVA, José Afonso. Op. cit. p. 13.

¹¹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

modo que é possível que haja normas jurídicas dotadas de eficácia jurídica, porém, sem eficácia social. Isso porque a norma pode cumprir sua eficácia no plano jurídico - ao revogar as normas que são consigo incompatíveis -, mas ainda estar pendente de implementação real no plano fático (social).¹²

Finalmente, com vistas a oferecer esclarecimentos mais elucidativos sobre a eficácia social, Luis Roberto Barroso explica que enquanto a eficácia jurídica é a possibilidade formal de aplicação da norma, a efetividade – que equivale à eficácia social no pensamento do referido doutrinador – é “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o *ser* da realidade social.”¹³ Tal explicação não destoa das demais, antes vem aprimorá-la com as explicações de implicação entre o ser fático e o dever-ser da norma.

1.4 Aplicabilidade

A eficácia das normas é uma categoria jurídica intimamente ligada à validade e aplicabilidade de normas. Sua relação com a categoria da aplicabilidade de normas é tão intensa que José Afonso da Silva expõe o seguinte:

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela com potencialidade; está com realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.¹⁴

Ainda segundo as lições do referido autor, o mesmo define aplicabilidade como a “qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se que da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social.”¹⁵

Logo, é possível perceber que a aplicabilidade de uma norma está diretamente ligada à eficácia jurídica da mesma. Assim como bem observa Flavia Piovesan ao ponderar que “a

¹² No mesmo sentido conferir NERY, Regina Maria Macedo apud PIOVESAN, Flavia Op. cit., p. 59.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82-83.

¹⁴ Ibidem, p. 60.

¹⁵ Ibidem, p. 13.

aplicabilidade está, pois, relacionada com a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos, o que, em última análise, identifica-se com sua eficácia jurídica.”¹⁶ Isso quer dizer, em última *ratio*, que uma norma já é aplicável a partir do momento que exercer sua eficácia jurídica, já explicada alhures. Não é necessário que a mesma tenha exaurido todos os seus efeitos para ser considerada aplicável basta que surta seus efeitos jurídicos.

1.5 Teorias da aplicabilidade das normas constitucionais

Após as explicações sobre as categorias jurídicas em que se inserem uma norma, cumpre agora tecer a classificação das normas pelo critério da aplicabilidade consoante o qual será considerada aplicável aquela “norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos.”

¹⁷ As teorias sobre a aplicabilidade das normas são imprescindíveis para a efetiva compreensão das normas sobre qual podem recair as omissões inconstitucionais.

Aliás, devemos observar que todas as normas constitucionais possuem alguma sorte de força normativa, o que, necessariamente, implica reconhecer-lhes alguma eficácia, sempre. Assim, como bem assevera Thomas Cooley, as provisões de uma Constituição nunca devem ser consideradas como meros conselhos (*advisory*), porém ele visualizou a existência de normas incapazes de serem imediatamente aplicadas.¹⁸

Lição essa que foi acolhida no Brasil por Rui Barbosa¹⁹, quando foi dito por este que “não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.”²⁰ Todas as normas constitucionais tem alguma sorte de efeito, nem que seja ao menos o efeito jurídico de afastar as normas anteriores que conflitam com ela, inerente a todas as normas.

1.5.1 Doutrina Estrangeira

1.5.1.1 Normas Constitucionais *self executing* e *not self executing*

Antes de efetivamente iniciar o estudo sobre a classificação das normas constitucionais em *self executing* e *not self executing*, cabe tecer a transcrição da crítica de

¹⁶ Ibidem, p. 60.

¹⁷ Ibidem, p. 13.

¹⁸ COOLEY, Thomas apud TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 91.

¹⁹ Grande difusor das idéias de Cooley, no Brasil.

²⁰ BARBOSA, Rui apud SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 75.

José Afonso da Silva sobre a antiga (talvez não tão antiga assim) dependência brasileira na criação de construções teóricas no campo jurídico do direito constitucional. Já apontava o referido autor com muita sapiência que “como acontece com quase todos os grandes temas do direito constitucional, foram à jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americanas que conceberam e elaboraram a classificação das normas.”²¹

A primeira classificação das normas constitucionais de que se tem notícia, sob a ótica da aplicabilidade, foi à norte-americana encabeçada por Thomas Cooley e, como já explicado antes, acolhida no Brasil por Rui Barbosa. Segundo esta classificação, as normas constitucionais dividiam-se em normas auto-executáveis (*self executing provisions*) e normas não auto-executáveis (*not self-executing provisions*).

As normas auto-exequíveis ou *self-executing* seriam aquelas dotadas de todos os meios necessários para que o direito seja aplicado imediatamente. Por outro lado, ter-se-á uma norma não auto-exequível ou *not self-executing* quando a mesma não possuir meios suficientes para sua aplicação, exigindo, assim, providências legislativas posteriores que lhe conceda as provisões capazes de torná-la aplicável.

Flavia Piovesan, ao abordar essa temática, conceitua tais normas da seguinte forma:

As normas constitucionais auto executáveis identificavam-se com os preceitos dotados de aplicação imediata, porque revestidas de plena eficácia jurídica, a disciplinar diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam. Já as normas constitucionais não auto executáveis corresponderiam às normas indicadoras de princípios, não dotadas de eficácia imediata, que exigiam providências legislativas ulteriores para sua efetivação.²²

Ante o exposto, pode-se perceber, desde logo, a problemática das normas não auto-executáveis ou *not self executing*, qual seja, não são dotadas de aplicabilidade imediata. Disso defluiu a necessidade de reelaboração doutrinária da matéria, logo, aproveitando-se todos os ensinamentos oportunizados por esta teoria. Como conceitua Cooley:

Pode-se dizer que uma norma constitucional é auto-executável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto; e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas cujo meio se logre dar esses princípios rigor de lei.²³

Patente que tal classificação serviu de base para a construção de muitas teorias a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais, mas que, visivelmente, não é mais

²¹ SILVA, Afonso José da. Op. cit., p.74.

²² PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 61.

²³ COOLEY, Thomas apud SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 74.

aplicada ante a evolução das teorias sobre assunto, servindo apenas para pesquisa como uma das fontes primeiras da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais.

1.5.1.2 Normas constitucionais preceptivas e diretivas

O jurista italiano Gaetano Azzaritti, ao tecer classificação sobre a eficácia das normas constitucionais, diferenciava as normas constitucionais em preceptivas e diretivas.²⁴ As preceptivas consubstanciavam os preceitos de caráter obrigatório e impositivo. De outro lado, as normas constitucionais diretivas apenas indicavam uma direção ao legislador futuro, sendo as mesmas destituídas de obrigatoriedade, poderiam, inclusive, serem violadas por lei infraconstitucional, sem que isso implicasse em inconstitucionalidade. Cumpre observar que as normas diretivas não apresentavam qualquer eficácia ou juridicidade, sendo consideradas apenas prescrições de observância não impositiva.

Para distinguir as normas diretivas das normas preceptivas Gaetano Azzaritti destacava os seguintes critérios: a) destinatário; b) objeto; e c) natureza da norma. No que diz respeito ao destinatário, eram diretivas as normas dirigidas ao legislador e preceptivas as normas voltadas para os cidadãos e ao juiz. Quanto ao objeto normativo, as normas diretivas apresentavam por objeto os comportamentos estatais, enquanto que as preceptivas recaíam sobre as relações privadas. Por fim, em relação à natureza normativa, as normas diretivas se caracterizavam pelo seu alto teor de abstração e imperfeição e as normas preceptivas por serem normas concretas e completas, suscetíveis de imediata aplicação e dotadas de incontrastável juridicidade.²⁵

1.5.1.3 Normas constitucionais imediatamente preceptivas, de eficácia diferida e programática

Contraopondo-se à teoria de Azzaritti, Vezio Crisafulli desenvolveu um estudo importante em relação à classificação das normas constitucionais, reconhecendo a todas o caráter cogente²⁶, ainda que dependentes de complementação legislativa. Em sua classificação, Vezio Crisafulli organiza as normas constitucionais em normas imediatamente preceptivas ou constitutivas, normas de eficácia diferida e normas programáticas.

²⁴ AZZARITTI, Gaetano apud PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 64.

²⁵ Ibidem.

²⁶ CRISAFULLI, Vezio apud TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 92.

As normas constitucionais imediatamente preceptivas são aquelas que de maneira direta regulam relações entre cidadãos, o que significa possuir eficácia imediata sobre as situações que trata. Independentemente, tais normas, de qualquer sorte de implementação de ações por parte do Estado, haja vista que o mesmo não chega a participar da dita relação.

De outra parte, as normas constitucionais diferidas são aquelas que trazem a matéria que lhe serve de objeto imediatamente regulada e definida na Constituição, a qual depois será efetivada na prática mediante provimentos legislativos de aplicação. São normas que não se dirigem unicamente aos poderes do Estado, mas indistintamente aos cidadãos e aos órgãos estatais e que só desdobram sua inteira eficácia através de meios instrumentos posteriores.

Por sua vez, normas constitucionais programáticas, ao contrário das normas diretivas de Azzaritti, têm valor jurídico, ou seja, eficácia obrigatória e imediata sobre os comportamentos estatais, obrigando e vinculando o poder dos órgãos do Estado.²⁷ Nas palavras de Crisafulli, normas programáticas são:

Aquelas normas jurídicas com que o legislador, em vez de regular imediatamente um certo objeto, obrigando-se a ele não se afastar sem um justificado motivo. Com referências àquelas postas não numa lei qualquer mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definido como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias; subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo, assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.²⁸

Logo, Crisafulli: a) reconhece a eficácia normativa das disposições constitucionais programáticas; e b) reconhece a obrigatoriedade do vínculo que deriva de tais normas para os órgãos legislativos, como consequência da eficácia prevalente da Constituição.

Por outro lado, podemos perceber que, de certo modo, todas as normas são incompletas. Crisafulli já notava isso ao ponderar o seguinte:

Cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidas na respectiva categoria existem, demais disso, normas mais ou menos (...) incompletas, ou em outros termos, que requerem

²⁷ Idem, apud PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 64.

²⁸ Ibidem, p. 65.

operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher o hiato que sempre separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente.²⁹

É justamente o que é pregado em uma Constituição Dirigente como a nossa. Não há como o legislador constituinte prever e discorrer a respeito de tudo que ele pode, sob pena de termos uma Constituição formada por centenas, talvez milhares, de artigos. Grande parte da doutrina já critica bastante o fato de nossa Constituição ter muitos artigos (340 artigos, contando com os 94 Atos das Disposições Constitucionais Transitórias). Fazem essa crítica com base em Constituições de outros países que têm bem menos artigos e são bem eficazes – por exemplo, temos a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, com, basicamente, sete artigos –, mas, todavia, esquecem que a Constituição Brasileira é analítica.

No fim, tanto as normas constitucionais quanto as demais espécies de normas necessitam operações lógicas de interpretação, que, em um caso ou em outro, possam ser feitas por meio de normas ou atos concretos. Isto é inerente a qualquer norma, eis que são requisitos da norma a abstratividade e generalidade. Tais requisitos acabam por construir um hiato entre o que a norma prescreve e como ela deve ser implementada faticamente.

1.5.1.4 Normas constitucionais de eficácia direta e indireta

A classificação das normas constitucionais, quanto a sua eficácia, em de eficácia direta e indireta foi idealizada por Gustavo Zagrebelsky. Vale ressaltar que as normas constitucionais de eficácia indireta, a seu turno, são classificadas em normas de eficácia diferida, normas de princípio e normas programáticas.

Segundo Zagrebelsky, normas constitucionais de eficácia direta são aquelas “idôneas por si mesmas (diretamente) para regularem hipóteses concretas.”³⁰ Isso significa que tais normas não necessitam de atividade legislativa ulterior para regular as hipóteses que ela contempla. No pensamento de André Ramos Tavares:

Nesses casos (das normas de eficácia direta), a norma constitucional apresenta uma estrutura suficientemente completa para valer como regra concreta, a ser utilizada por todos os sujeitos do ordenamento jurídico, seja o Judiciário, seja a Administração Pública ou os particulares.³¹

Normas constitucionais de eficácia indireta, na definição de Zagrebelsky, “são aquelas que necessitam ser atuadas ou concretizadas por meio de uma ulterior atividade

²⁹ CRISAFULLI, Vezio apud SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 76.

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo apud TAVARES, André Ramos. Op. cit p. 92.

³¹ Ibidem.

normativa”³², tendo em vista que a norma constitucional não é suficientemente completa a produzir efeitos.

Quanto às normas constitucionais de eficácia indireta diferida são as normas de organização que necessitam de uma disciplina normativa ulterior.³³

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia indireta, de princípios, são aquelas que estabelecem orientações gerais. Contudo, o próprio Zagrebelsky reconhece que isso “não exclui, todavia, que a concretização do princípio possa ser cumprido diretamente, prescindindo da obra do legislador.”³⁴

Para finalizar, Zagrebelsky explica as normas constitucionais programáticas pontuando que “das disposições de princípio devem distinguir aquelas que contêm programas, (...) os programas dizem respeito ao fim; os princípios ao início de uma ação normativa.”³⁵ Em uma interpretação sistemática, significa, basicamente, que os programas buscam a execução de uma finalidade almejada pelo legislador originário, ao passo que os princípios são pressupostos pré-existentes a qualquer ação normativa.

1.5.2 Doutrina nacional

1.5.2.1 Normas constitucionais exequíveis por si sós e não exequíveis por si sós

Manoel Gonçalves Ferreira Filho é quem classifica a aplicabilidade das normas constitucionais em, basicamente, dois grupos, quais sejam: a) das normas constitucionais exequíveis por si sós; b) normas constitucionais não exequíveis por si sós.³⁶

Na anterior classificação as normas constitucionais exequíveis por si sós seriam aquelas que independem da existência de qualquer tipo de integração legislativa para a sua aplicação integral, ou seja, são normas completas.

Por outro lado, normas constitucionais não exequíveis por si sós seriam compostas por normas incompletas, que nas palavras de André Ramos Tavares são aquelas que “demandariam uma diuturna complementação.”³⁷ Estas normas se dividem em três espécies: a) normas de estruturação; b) normas programáticas; e c) normas condicionais.

³² Ibidem.

³³ Ibidem, p. 93

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 389.

³⁷ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p.94.

Normas programáticas são aquelas que prevêm políticas públicas. Sua aplicabilidade, contudo, depende de outras normas que a implementem e a tornem completa.

As normas de estruturação, por sua vez, são as que instituem entes e órgãos. Ao passo que as normas condicionadas seriam aquelas que, *a priori*, são completas, podendo, inclusive, ser aplicáveis, mas, por expressa determinação constitucional, acabam por depender de uma lei infraconstitucional.

1.5.2.2 Normas constitucionais de organização, definidoras de direitos e programáticas

A classificação das normas constitucionais, segundo suas finalidades, a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos; e c) normas constitucionais programáticas, pertence a Luis Roberto Barroso.³⁸

Nessa classificação as normas constitucionais de organização seriam aquelas destinadas à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos.

Quanto às normas definidoras de direitos, são compostas pelos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal. Por sua vez, os direitos fundamentais são seccionados em: 1) direitos políticos; 2) direitos individuais; 3) direitos difusos; 4) direitos sociais.

Os direitos políticos abrangem o direito de nacionalidade e o direito de cidadania. No primeiro, o indivíduo é incorporado em uma nação com vistas a desfrutar prerrogativas e cumprir deveres. No segundo, se reconhece ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral e a capacidade eletiva.

Os direitos individuais são dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Tais direitos, em suma, impõem deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares.

Os direitos difusos caracterizam-se, basicamente, por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos, além da indivisibilidade de seu objeto, de maneira que a satisfação de um sujeito implica a satisfação de todos e vice-versa, mas apenas teoricamente. Integram

³⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90.

essa natureza a preservação do meio ambiente, a defesa da qualidade dos produtos e a garantia contra manipulações de mercado e a salvaguarda de valores culturais e espirituais.

No que tange aos direitos sociais, estes surgem como deveres de prestação positiva do Estado, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. Destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à educação, entre outros. Dada a sua complexidade tais direitos costumam serem divididos em três posições jurídicas: a) aqueles que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; b) aqueles que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e c) os que contemplam interesses cuja realização dependem da edição de norma infraconstitucional integradora.

A primeira posição jurídica seria semelhante à que resulta dos direitos individuais, na medida em que o dever jurídico, correspondente do direito assegurado, consiste não em uma atuação, mas em uma omissão, normalmente dirigido ao Estado. O exemplo dado por Barroso é o direito de greve, em que cabe ao Estado, somente, reconhecer esse direito, estando impossibilitado de reprimir e punir os que o exercem.³⁹

Na segunda posição jurídica residiria, ao contrário da anterior, no dever jurídico consistente em uma atuação efetiva do Estado na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Atente-se que a ausência da prestação estatal será sempre inconstitucional e passível de ser sancionável.

Quanto à terceira posição jurídica, esta consiste no fato de que, geralmente, como a Constituição tem natureza concisa isso faz com que ela transfira ao legislador ordinário a competência para o regular exercício de determinados direitos capitulados em seu texto.

Retornando à classificação inicial, resta discorrer sobre as normas constitucionais programáticas. Essas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público. Para Barroso, essas normas desde o início de sua vigência geram alguns efeitos imediatos, como “revogar os atos normativos anteriores que disponham em sentido contrário com o princípio que substanciam e carregam um juízo de inconstitucionalidade aos atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis.”⁴⁰ Seria como uma espécie de efeito básico das normas constitucionais, o que provam que elas possuem um mínimo de eficácia, não havendo, por consequência, normas constitucionais destituídas de alguma eficácia.

³⁹ Ibidem, p. 104.

⁴⁰ Ibidem, p. 117.

1.5.2.3 Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada

Sem sombra de dúvida, a classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva é um marco à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais no Brasil, e quiçá no Mundo. Em tal construção teórica, José Afonso, visivelmente influenciado pela teoria de Vezio Crisafulli, apresenta uma teoria tricotômica da eficácia das normas constitucionais.⁴¹

Uma das características mais marcantes dessa teoria orienta-se no sentido de reconhecer eficácia e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de cunho sociológico, as quais, inicialmente, não passavam de princípios programáticos. Todavia, cumpre esclarecer que variável é o nível de aplicabilidade apresentado pelas normas.

Com base nesses preceitos, as normas constitucionais foram discriminadas em três categorias jurídicas, quanto à eficácia e aplicabilidade, em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que possuem aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, prescindindo de normatividade ulterior que lhe desenvolva a eficácia. Isso porque o legislador constituinte criou, desde logo, uma normatividade suficiente para que essas normas surtissem seus efeitos essenciais imediatamente.

Na concepção de José Afonso da Silva, normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que “desde a entrada em vigor da Constituição produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.”⁴²

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, posto que sujeitas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade. Para distinguir as normas de eficácia contida das normas de eficácia plena e limitada, José Afonso da Silva explica:

É necessário o surgimento de um grupo de normas constitucionais diferentes das de eficácia plena e das de eficácia limitada, exigindo tratamento à parte, porque, conquanto se pareçam com aquelas (são de aplicabilidade imediata) sob o aspecto da aplicabilidade, delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante

⁴¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 86.

⁴² Ibidem, p. 101.

legislação futura ou outros meios; e, se assemelham às de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, destas se afastam sob o ponto de vista da aplicabilidade e porque a intervenção do legislador tem sido exatamente contrário; restringe o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-la, como se dá com as de eficácia limitada.⁴³

Vislumbra-se, assim, que as normas constitucionais de eficácia contida é um ponto médio entre as demais classificações propostas por José Afonso. Isso porque apesar das diferenças com as outras, essa classificação guarda, também, algumas características peculiares com as demais classificações.

Na definição exposta por José Afonso da Silva, normas constitucionais de eficácia contida podem ser exprimidas como:

Aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.⁴⁴

Para Michel Temer, as normas de eficácia contida são melhor denominadas de “eficácia redutível” ou “restringível”, que podem ter reduzido seu alcance pela atividade posterior do legislador infraconstitucional.⁴⁵

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas normas que não têm o condão de produzir todos os seus efeitos essenciais somente com a entrada em vigor do texto constitucional, tendo em vista que necessita atividade normativa posterior para se tornar eficaz. Apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, sendo que nas palavras de José Afonso da Silva significa o seguinte:

Somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidas aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes.⁴⁶

Nesta acepção somente após uma legislação integrativa posterior que tal norma alcançará sua executoriedade plena. As normas constitucionais de eficácia limitada, por sua vez, são de dois tipos, a) normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo e b) de princípio programático.

Na lição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais de princípio institutivo são somente “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de

⁴³ Ibidem, p. 104.

⁴⁴ Ibidem, p. 116.

⁴⁵ TEMER, Michel. Op. cit., p. 24.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 126.

estruturação e atribuição de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário o estruture em definitivo, mediante lei.”⁴⁷ Ainda dentro das normas constitucionais de princípio institutivo há a subdivisão em normas impositivas e facultativas.

José Afonso da Silva expõe que “as normas impositivas são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa”.⁴⁸ Ao passo que as normas facultativas “não impõem uma obrigação; limitam a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineadas.”⁴⁹

Por sua vez, as normas programáticas compõem os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as Constituições contemporâneas. Essas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípios, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários.

Na acepção de José Afonso da Silva, podemos conceber as normas programáticas como:

Aqueles normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.⁵⁰

Em suma, como bem observado por Flavia Piovesan, o objetivo das normas programáticas é “instaurar um regime de democracia substancial, ao determinar a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum.”⁵¹ Nesse raciocínio podemos abstrair como essa espécie de norma constitucional se mostra essencial, tanto para auxiliar no efetivo desenvolvimento da sociedade necessita, como desafogar o texto constitucional.

1.5.3 Outras classificações das normas constitucionais

Com vistas a enriquecer o presente trabalho será exposto, inicialmente, a classificação de Pontes de Miranda. O referido autor, identificando o problema da completude normativa, optou por classificar as normas constitucionais em normas não bastantes em si e normas bastantes em si.

Pontes de Miranda conceitua da seguinte forma:

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem, p. 126.

⁴⁹ Ibidem, p. 127.

⁵⁰ Ibidem, p. 138.

⁵¹ PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 69.

Quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self-acting, self-enforcing*. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as complementem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastante em si.⁵²

Na visão de Pontes de Miranda, tanto as normas bastantes em si quanto as não bastantes em si, poderiam ser programáticas. Em sua concepção, normas programáticas seriam “aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos.”⁵³

Por outro lado, a que se ressaltar que algumas outras classificações sobre aplicabilidade das normas constitucionais merecem digressões.

Dentre elas, destaque-se a proposta apresentada por Maria Helena Diniz, que classifica as normas constitucionais em a) normas com eficácia absoluta; b) normas de eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restringível; e d) norma com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação.

As normas com eficácia absoluta são aquelas intangíveis, que não podem ser, nem ao menos, emendadas. Por sua vez, as normas com eficácia plena são aquelas que têm possibilidade de produção imediata dos efeitos previstos e são suscetíveis de emenda. Já as normas com eficácia relativa restringível correspondem às normas de eficácia contida na classificação exposta por José Afonso da Silva. Por fim, as normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa equivale às normas de eficácia limitada da teoria de José Afonso da Silva.⁵⁴ É de se perceber que apenas os nomes das classificações mudam, contudo, a essencial conceitual se mantém a mesma.

Quanto à classificação tecida por Maria Helena Diniz, José Afonso da Silva faz uma crítica, inclusive, muito ponderável, informando “não nos parece cabível a classe de normas de eficácia absoluta de Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz, uma vez que se baseia em critério de modificabilidade, e não no critério da aplicabilidade.”⁵⁵ Realmente, a classificação apresentada por Maria Helena não aborda apenas a aplicabilidade das normas, mas também utiliza o critério de modificabilidade, que é irrelevante para o contexto.

Como última classificação a ser apresentada no presente estudo, vamos nos debruçar na proposta de classificação das normas constitucionais apresentada por Celso Ribeiro Bastos

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 2 ed, revista. São Paulo: Revista dos tribunais, 1970. t. 1, p. 126.

⁵³ Ibidem, p. 127.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 70.

⁵⁵ Ibidem, p. 8.

e Carlos Ayres de Brito. O cerne da classificação adotada por Bastos e Brito fixa como critério de sistematização o modo de incidência das normas constitucionais, com ênfase à possibilidade de interferência do legislador no comando jurídico-constitucional, separando, ainda, a aplicabilidade da eficácia das normas.

Distinguem as normas constitucionais em dois grupos: a) normas constitucionais quanto ao modo de incidência; e b) normas constitucionais quanto à produção de efeitos. As primeiras, à sua vez, são subdivididos em: 1) por via de aplicação, distinguindo-se em normas regulamentáveis e irregulamentáveis; 2) por via de integração, distinguindo-se em normas complementáveis e normas restringíveis. As segundas são de dois tipos: i) normas de eficácia parcial, que são normas complementáveis; e ii) normas de eficácia plena, distinguindo-se em normas regulamentáveis, normas irregulamentáveis e normas restringíveis.

São classificadas como normas de aplicação aquelas “por nota caracterizadora o não deixar interstício entre o seu desígnio e o desencadeamento dos efeitos a que dão azo.”⁵⁶ Tais normas são divididas em normas regulamentáveis; aquelas que admitem edição de lei infraconstitucional para aperfeiçoar sua aplicação, e normas irregulamentáveis, que são aquelas que vedam qualquer possibilidade de regulamentação, salvo as normas constitucionais.

Por normas de integração os autores explicam que “têm por traço distintivo a abertura de espaço entre o seu desiderato e o efetivo desencadear dos seus efeitos.”⁵⁷ Tal grupo se bifurca em normas completáveis, aquelas que exigem uma complementação, por parte da legislação infraconstitucional, dependendo dessa legislação para efetiva aplicação, e normas restringíveis, que, por sua vez, demandam uma complementação normativa para restringir o campo de incidência da norma, tendo em vista que abrange campo de atuação muito extenso para uma perfeita aplicação.

Em fervorosa crítica à classificação exposta anteriormente, José Afonso da Silva expõe o seguinte:

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, na sua ânsia de inovação, acabaram produzindo uma classificação confusa, que, lamentavelmente, não melhorou em nada a nossa. (...) Separa a aplicabilidade (normas de incidência) da eficácia (normas de produção de efeitos) não beneficia em nada a clareza da matéria. Antes, confunde e cria redundâncias desnecessárias.⁵⁸

⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. apud TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 96

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 87.

Como podemos perceber, há inúmeras classificações sobre a aplicabilidade das normas constitucionais que podemos fazer uso. Contudo, mais pertinente, até por sua inclinação doutrinária, repercussão, e aceitação pelo Supremo Tribunal Federal, é utilizar a classificação consagrada de José Afonso da Silva. Não que as demais classificações sejam desprovidas de importância e relevância metodológica, mas o presente trabalho tende a melhor se adequar e identificar com a classificação bem formulada por José Afonso da Silva, até por sua larga utilização por parte do Supremo Tribunal Federal e da doutrina pátria atualmente mais abalizada.

II OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO MODERNO

*O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça,
mas para julgar segundo as leis.*
Platão

2.1 Origem da omissão inconstitucionalidade

Sob o enfoque da perspectiva histórica, o reconhecimento das omissões inconstitucionais remonta ao advento do Estado Social. Com efeito, com as Constituições Dirigentes, o Estado foi elevado a uma condição de maior responsável pela promoção efetiva do bem-estar social, a ele sendo confiadas múltiplas tarefas e atividades voltadas à consecução dos fins sociais constitucionalmente previstos. Visando assegurar a realização desses fins, o que corresponde, em última análise, a assegurar a efetividade da Constituição Dirigente, à ordem jurídica viu-se obrigada a instituir novas categorias jurídico-constitucionais, inclusive criando normas desprovidas de aplicabilidade imediata. Fundou-se, assim, a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos e Poderes do Estado pela inércia transgressora da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição Dirigente.

Na tentativa de indicar a origem da omissão inconstitucional na seara internacional, Jorge Miranda ensina que “a primeira Constituição que terá contemplado *ex professo* a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão terá sido a jugoslava de 1974 (com seu art. 377.º).”⁵⁹ Por outro lado, grande parte da doutrina afirma que a fonte primeira da identificação da omissão inconstitucional ocorreu originariamente com a Corte Constitucional alemã, em face da Lei Fundamental de 1949.⁶⁰ Logo, com a ordem cronológica do combate a omissão inconstitucional se daria com o advento de um novo entendimento do Tribunal Constitucional alemão face a Constituição alemã de 1949, posteriormente viria a Constituição

⁵⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2. p. 512.

⁶⁰ MENDES, Gilmar et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1178 e 1179.

da Iugoslávia a ser a primeira a trazer a previsão em texto constitucional, e então a Constituição portuguesa de 1976 e, por fim, a Constituição brasileira de 1988.⁶¹

Em termos de Brasil, a primeira vez que houve previsão e combate à omissão inconstitucional foi com a Constituição Federal de 1988, visivelmente inspirada na Constituição portuguesa de 1976, mas que apresenta maiores avanços, seja porque prevê três ações constitucionais para o controle da omissão inconstitucional (mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e argüição de descumprimento de preceito fundamental), seja porque considera omissão medidas de cunho legislativo ou administrativo. Como já é cediço, a Constituição brasileira é uma Constituição dirigente, analítica e aberta, que contém um universo considerável de normas constitucionais de eficácia limitada, utilizando-se da classificação de José Afonso da Silva já exposta alhures. Posto isso, podemos concluir que a inconstitucionalidade por omissão é uma consequência jurídica da própria composição da Constituição brasileira de 1988, que vincula com sua força imperativa e dirigente, todos os órgãos do poder constituído.

Utilizando-se dos conceitos expostos no capítulo sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, podemos abstrair, portanto, que a inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, em especial daquelas que demandam integração legislativa, entre as quais figuram as normas de eficácia limitada de princípio programática definidoras de direitos sociais. Essa categoria jurídica da inconstitucionalidade por omissão, presente no direito brasileiro desde a vigente Constituição Federal de 1988 reforça significativamente a imperatividade da Lei Fundamental, conferindo-lhe força normativa e prevalência mesmo em face das omissões indevidas do poder público.

2.2 Conceito de Inconstitucionalidade por Omissão

Debate-se, na doutrina e jurisprudência constitucionais, o significado, o conceito e a extensão da chamada omissão inconstitucional. Antes de tecer os contornos conceituais do referido fenômeno, primeiramente, cumpre transcrever a arguta lição de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem “o conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação.”⁶²

⁶¹ QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 63.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1033.

Tendo por base tal ensinamento, devemos dizer que a omissão legislativa, em sentido jurídico-constitucional pressupõe a inobservância de uma exigência constitucional de ação, não sendo suficiente o mero dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho:

As omissões legislativas constitucionais derivam desde logo do não cumprimento de *imposições constitucionais legiferantes* em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas concretizadoras da constituição.” (grifos do autor)⁶³

Nesta concepção, a omissão legislativa, jurídico-constitucional relevante, existe quando o legislador, mesmo constitucionalmente obrigado, se abstém de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais. Isto significa que o legislador violou por ato omissivo o dever de atuar concretamente, pois realizou uma abstenção indevida em face de uma norma constitucional certa e determinada, cuja não exeqüibilidade frustra o integral cumprimento da Constituição. Portanto, assim como dito anteriormente, o conceito de omissão aponta a deixar de fazer aquilo a que de maneira concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado.

Esse entendimento é corroborado por Jorge Miranda, que sustenta a necessidade dos seguintes pressupostos para configurar a omissão inconstitucional: a) que a violação da constituição decorra do não cumprimento de norma constitucional certa e determinada; b) que se trate de norma constitucional não exeqüível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada); c) nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem as medidas legislativas necessárias para tornar exeqüível aquela norma constitucional.⁶⁴

Outro fator importante que não pode ser negligenciado para caracterizar a omissão inconstitucional é o decurso do tempo “razoável” para a efetivação da medida omitida, que será devidamente analisada no tópico adiante.

Seguindo ainda a linha de raciocínio de Jorge Miranda colhe-se o entendimento de que a omissão inconstitucional caracteriza-se, basicamente, por: a) falta ou insuficiência de atos normativos necessários à exeqüibilidade das normas constitucionais não exeqüíveis por si mesmas (também conhecidas como normas constitucionais de eficácia limitada); b) falta de adoção de atos políticos ou de governo; c) falta de implementação de medidas administrativas ou de outros atos da Administração Pública; d) falta de revisão ou reforma constitucional, quando a Constituição, explícita ou implicitamente requeira a modificação de algum dos seus

⁶³ Ibidem, p. 1034.

⁶⁴ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 518.

preceitos ou dos seus institutos; e e) falta de função jurisdicional o que implica na própria denegação da justiça.⁶⁵

Foi este, aliás, o entendimento entabulado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a seguinte passagem:

O desrespeito à constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público (...). A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.”⁶⁶

Desde logo, é possível entender a importância do tema da inconstitucionalidade por omissão para a preservação e salvaguarda da Constituição de maneira direta, e da dignidade da pessoa humana e efetividade das normas constitucionais de maneira oblíqua. Com efeito, a inconstitucionalidade por omissão situa-se na fronteira da discricionariedade do legislador e do dever de legislar a que está sujeito.

Interessante é o ensinamento dado por Flávia Piovesan, nos seguintes moldes:

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz a idéia de liberdade e limitação. Se é reconhecido ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos na Constituição, vedando-lhe o excesso de poder, por outro lado o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar.”⁶⁷

Quer isto trazer a baila o sentido de que até para ser discricionário o legislador necessita observar os ditames da lei, até porque no Brasil a administração pública deve velar pela lei, cabendo a ela fazer somente o que está previsto em lei. Obviamente que tal previsão está circunscrita no princípio da legalidade adotado pela Constituição Federal de 1988. O legislador não pode se furtar a um mandamento constitucional, seja para exceder os limites lá propostos, seja para realizar uma obrigação lá prevista de forma peremptória.

2.3 Lapso temporal caracterizador da omissão inconstitucional

⁶⁵ Ibidem, p. 507-510.

⁶⁶ STF, ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 30-05-2003. No mesmo sentido, conferir ADI 1458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 30-05-1996.

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 93.

Talvez o aspecto mais importante de caracterização da omissão inconstitucional seja o momento em que determinado silêncio legislativo ou administrativo passa a ser concebido como inconstitucional. Contudo, apesar de essencial a determinação do lapso temporal que ensejaria a omissão inconstitucional, ao cuidar do referido tema, a Constituição brasileira de 1988 não especificou, de maneira pontual, qual seria o momento preciso de sua ocorrência.

Na busca por delinear o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, Jorge Miranda explica que esta se apresenta sempre que:

Mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências.⁶⁸

Nesta concepção, o ponto fulcral para o reconhecimento da omissão inconstitucional se relaciona diretamente ao não fazer em tempo útil uma obrigação insculpida em norma constitucional, pressupondo, assim, um juízo sobre o decurso do tempo.

Entretanto, a não adoção de certo ato em tempo útil remete a duas situações diversas, que se verificam quando: a) há fixação de prazo pela própria Constituição; b) não há fixação de prazo pela Constituição.

Na primeira hipótese, se o texto constitucional determina prazo para a realização da medida (exemplos, artigos 12, 20, 48 e 50 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988), a inconstitucionalidade por omissão só ocorrerá no momento em que o prazo estabelecido findar, sem a adoção dos atos necessários. Cumpre esclarecer que durante o decurso do prazo estabelecido pela Constituição, mesmo que haja inércia, não há que se perquirir inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que ainda não ocorreu o total escoamento do prazo. Todavia, bastou ter ultrapassado o prazo previsto na Constituição, sem a adoção de qualquer medida, que estará configurado a inconstitucionalidade por omissão.

No que tange à segunda hipótese, quando o prazo não foi delimitado pela Constituição, como ocorre na maioria das vezes, é necessária uma cuidadosa e ponderada avaliação sobre o tempo decorrido, levando em conta a razoabilidade conformada pela realidade social e histórico-concreta do mundo no qual opera o Direito. Para Recasen Siches, teórico da “lógica do razoável”, a razoabilidade está “circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular, no qual e para o qual são produzidas regras jurídicas.”⁶⁹

Necessário, então, para caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, questionar se a medida reclamada, ao longo do prazo escoado, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para oportunizar operatividade prática às normas constitucionais. Assim, somente no caso concreto poderá se verificar a fluência de tempo razoável para a realização do ato requisitado.

Ao pensar em caso concreto, há que se questionar o fato de passado mais de 21 anos desde a promulgação da Constituição brasileira, ainda podemos considerar razoável que existam normas constitucionais eivadas de omissão inconstitucional que remontam daquela época? Obviamente que está aqui se considerando que algumas omissões advêm do constante processo de reforma e revisão da Constituição (por exemplo, o art. 18, § 4º, alterado pela EC n. 15/1996, e o art. 192, alterado pela EC n. 40/2003). Tal fato faz cair por terra o

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 507.

⁶⁹ SICHES, Recasen apud PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 95.

pensamento de que algum dia não haverá mais omissões inconstitucionais a serem combatidas, pois a Constituição brasileira está em constante processo de alteração e, cada vez mais, o legislador derivado vem inserindo normas de eficácia limitada em seu texto.

A título elucidativo, podemos citar a ADI 3.682/MT, de 09 de maio de 2007, ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso contra o Congresso Nacional, em razão da mora na elaboração da lei complementar federal, exigida pelo art. 18, § 4º, da CF/88, na redação da EC n. 15/96. Neste caso, como a emenda foi publicada no dia 13 de setembro de 1996 e até o ajuizamento da ADI por omissão, 09 de maio de 2007, não havia sido editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios, foi considerado prazo de 10 anos um notório lapso temporal a demonstrar, à primeira vista, a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional positivo de legislar. ⁷⁰

Diversamente na ADI 2.061-7, de 16 de setembro de 1999, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista em desfavor do Presidente da República, por conta da mora em desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, na forma prevista no art. 37, X, da CF/88, na redação da EC n. 19/1998, o prazo considerado foi mais exíguo. Na presente hipótese, observou-se a mora inconstitucional quando transcorridos os primeiros 12 meses da data da edição da emenda constitucional n. 19/98, em 04 de junho de 1998. ⁷¹

Percebemos, então, que na existência de prazo estabelecido pela Constituição para efetivação do que dispõe, haverá omissão inconstitucional imediatamente ao fim do mesmo. Contudo, ao tratar de medidas sem prazo fixado pela Constituição, está sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal o critério da razoabilidade, que pode significar dez anos, dependendo do caso concreto. O fato é que não há um prazo fixo ou genérico delimitado pela própria Constituição ou pela jurisprudência para configurar a omissão inconstitucional, o que deixa a decisão de quando configura a referida omissão aos critérios próprios dos ministros do STF, o que pode variar de acordo com a formação da Suprema Corte.

Esse imbróglio poderia ser resolvido de maneira bem peculiar, qual seja, na ausência de prazo estipulado pela Constituição para a implementação da medida requisitada, poderia o STF ter como prazo fixo o período de uma legislatura (quatro anos). Esse prazo se explica sob a perspectiva de que não há certeza de que os mesmos parlamentares serão reeleitos para a próxima legislatura, logo, cabe a eles, na medida em que estão com mandato para isso, expurgar a omissão no período em que estão exercendo parcela do poder de legislar, não o fazendo nesse prazo não há como garantir que fará na próxima, se houver uma próxima legislatura para ele. É claro que tal medida seria apenas com fulcro de caracterizar a omissão inconstitucional e não para implementá-la, podendo, inclusive, haver exceções a essa regra, como, por exemplo, os projetos de código previsto no art. 64, § 4º, da CF/88, que não poderiam ser realizados de afogadilho.

Há ainda que se ponderar a questão das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais. Isso porque há previsão explícita no art. 5, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que tais normas gozam de aplicabilidade imediata. Desta feita, já previa tal hipótese Flavia Piovesan, ao expressar que nesses casos “a tolerância há de ser consideravelmente reduzida, ante o princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.” ⁷² O questionamento cinge-se em, basicamente,

⁷⁰ STF, ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 06/09/2007 - ATA Nº 40/2007.

⁷¹ STF, ADI 2.061-7, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29/06/2001 - ATA Nº 21/2001.

⁷² PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 96.

saber até quando podemos considerar razoável um lapso temporal de inércia de algum Poder em implementar um direito ou assegurar uma garantia fundamental.

Com efeito, diante desse princípio, todas as normas constitucionais do conjunto de direitos e garantias fundamentais que não possuem prazo para implementação, merecem urgência significativa. Não estamos referindo apenas as normas constitucionais constantes sob a marca do Título II, da Constituição, onde estão localizados topograficamente os direitos e garantias fundamentais. É evidente que não podemos fazer uma interpretação restritiva sobre tais direitos, visto que há direitos e garantias fundamentais espalhados por todo o corpo da Carta Magna, e não somente no Título II. Posto isto, a partir de uma interpretação teleológica do texto constitucional, independentemente de topografia, devemos expandir o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais as demais normas espalhadas pelos outros títulos. Vale dizer, por fim, onde encontremos um preceito definidor de direito ou garantia fundamental, seja onde estiver na Constituição, estará delineado o campo de incidência do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

2.4 Espécies de omissão inconstitucional

Já vimos que a omissão inconstitucional, caracterizada como uma abstenção em fazer o que era devido, em tempo razoável, para integrar norma constitucional certa e determinada de eficácia limitada. Agora devemos observar as espécies ou modalidades variadas em que a omissão inconstitucional pode se apresentar, quais sejam: 1) total e parcial; 2) omissão legislativa, que se subdivide em a) ausência de proposição e b) *inertia deliberandi*; e 3) omissão na Constituição Federal ou nas Constituições estaduais.

2.4.1 Omissão inconstitucional total e parcial

A primeira espécie de inconstitucionalidade por omissão importa em avaliar se a omissão legislativa é total (absoluta) ou parcial (relativa).

Tem-se por omissão total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Vale informar, em face de dever jurídico de agir, quando a indevida abstenção é integral, consistindo, pois, no absoluto silêncio.

Por outro lado, será parcial a omissão quando a ação atende parcialmente a vontade constitucional, isto é, o poder público atua, mas de forma insuficiente ou deficiente, de modo que não é capaz de responder aos exatos reclamos do preceito constitucional.

Nas palavras de Jorge Miranda significa o seguinte:

É total a inconstitucionalidade por omissão que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional, e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários. ⁷³

A omissão parcial é um fenômeno de complexidade considerável, uma vez que, não raro, pode consistir em inconstitucionalidade ação, haja vista que no caso de uma omissão parcial há também uma atividade legislativa, ainda que de forma incompleta. Tal fenômeno pode ocorrer em face de violação ao princípio da igualdade, sempre que acarrete um tratamento mais favorável ou

⁷³ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 339.

desfavorável a situações, certas pessoas ou grupo de pessoas, em detrimento de outras situações, certas pessoas ou grupo de pessoas que preencham os mesmos pressupostos de fato e que, por isso mesmo, deveriam ser também contempladas pela medida.

Caracteriza-se, assim, a omissão legislativa parcial quando o legislador tem o dever de tornar exequível o direito constitucional, em prol do princípio da igualdade, o que justifica o alargamento da solução legal a outras categorias de cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal já se deparou com tal situação na ADI n. 526, proposta contra a Medida Provisória n. 296/1991, que concedeu aumento de remuneração a expressiva categoria de servidores estatais, em alegada ofensa ao disposto no art. 37, X, da CF/88, por haver excluído do benefício outros servidores. Na ocasião o Relator Ministro Sepúlveda Pertence se depara com um dilema crucial: a declaração da inconstitucionalidade por ação, em virtude de violação do princípio da isonomia e conseqüente nulidade da vantagem que não traduz privilégio a ninguém; ou a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a simples comunicação da decisão ao órgão competente, para que supra a omissão, sem com isso declarar a nulidade da norma vergastada. Senão vejamos o referido trecho:

Isonomia: dilema de caracterização do vício de legitimidade da lei por “não favorecimento arbitrário” ou “exclusão inconstitucional de vantagem”; inconstitucionalidade por ação ou por omissão parcial.

Consequências diversas da correspondente declaração de inconstitucionalidade, conforme a caracterização positiva ou negativa da inconstitucionalidade argüida, em qualquer das hipóteses, induzem ao indeferimento da liminar requerida. No quadro constitucional brasileiro, constitui ofensa à isonomia a lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dá alcance universal à revisão de vencimentos destinada exclusivamente a minorá-la (cf. art. 37, X), ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixa vencimentos díspares (cf. art. 39, par-1). Se, entretanto, admitida a plausibilidade da argüição assim dirigida ao art. 1 da Medida provisória 296/91, se entende ser o caso de inconstitucionalidade por ação e se defere a suspensão do dispositivo questionado, o provimento cautelar apenas prejudicaria o reajuste necessário dos vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem nenhum benefício para os excluídos do seu alcance. Se, ao contrário, se divisa, no caso, inconstitucionalidade por omissão parcial, jamais se poderia admitir a extensão cautelar do benefício aos excluídos, efeito que nem a declaração definitiva da invalidade da lei poderá gerar. 74

Percebe-se que a delicada questão da inconstitucionalidade derivada da omissão parcial além de trazer um grande questionamento sobre a medida a ser tomada, tem significados relevantíssimos sobre os efeitos concretos, conforme a decisão que se lhe dê, tangencia o próprio princípio constitucional da separação dos poderes. Desde logo, ressalva-se que a análise dos efeitos da decisão em sede de omissão inconstitucional será feita adiante no trabalho, porém, ainda assim, mister trazer à baila a posição a posição assumida por Sérgio Fernando Moro, nos seguintes termos:

O dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo não se sustenta quando presente violação da Constituição. O Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade sempre interfere na atividade legislativa, seja quando supre a falta da lei, seja quando invalida lei inconstitucional, não se diferenciando, em substância, essas duas formas de controle. 75

Por outro lado, fica evidente que a declaração de inconstitucionalidade por ação, com a pronúncia de nulidade do ato tido por incompleto, não configuraria a técnica mais adequada para a eliminação da situação inconstitucional nos casos de omissão parcial, pois causaria uma omissão ainda mais grave sob o ponto de vista de completa falta de norma. Para justificar tal posicionamento necessário se faz citar a preciosa lição de Gilmar Mendes:

⁷⁴ STF, ADI 526, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/1991, DJ 05/03/1993.

⁷⁵ MORO, Sérgio Fernando apud PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 99.

É certo que a declaração de nulidade não configuraria técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão inconstitucional. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pela Corte Constitucional alemã em algumas decisões. A soma de duas omissões não gera uma ação ou afirmação, mas uma “omissão ao quadrado”. Ou, Marx: a soma de dois “erros” não dá um acerto, mas um “erro ao quadrado”. 76

Partindo dessas premissas, Gilmar Mendes propõe, seguindo o entendimento que foi utilizado pela Corte Constitucional alemã, a aplicação no Direito brasileiro da técnica de decisão que os alemães aplicam nos casos de lacuna inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a respectiva pronúncia de nulidade (*Unvereinbarerklärung*). Nas palavras do próprio Gilmar Mendes, este caso “trata-se de decisão de caráter mandamental, que obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.” 77 Tal decisão representou um marco evolutivo no combate das omissões inconstitucionais, haja vista que solucionou de maneira satisfatória o problema da omissão parcial sem ocasionar uma omissão total posterior.

Devemos compreender que quando a omissão parcial resultar de uma conduta deliberada do legislador em conceder vantagem só a certas situações, pessoas ou grupo de pessoas, em detrimento de outras, há de ser reconhecido, *in casu*, a inconstitucionalidade por ação. Por outro lado, porém, se a omissão parcial decorrer apenas de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem que haja propósito deliberado de favorecer situações, pessoas ou grupo de pessoas, aí teremos inconstitucionalidade por omissão parcial.

Agora podemos retomar o julgado citado anteriormente sobre isonomia e, compartilhando com o entendimento de Gilmar Mendes, a declaração de inconstitucionalidade por ação deve vir sem a pronúncia da nulidade, salvo constatação de que a concessão de vantagem consistiu num privilégio inadmissível e não permitido pela Constituição, caso em que deverá haver nulidade. E assim deve ser, pois está claro e patente que o legislador não quis contemplar o restante do grupo, não podendo o Judiciário outra coisa a fazer senão a declaração de inconstitucionalidade por ação, mas sem a pronúncia da nulidade.

Isso consoante com outro importante ensinamento de Gilmar Mendes:

Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (*declaração de nulidade*) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio lícitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados. 78 (grifos do original)

Cabe observar, por fim, que o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, seja total ou parcial, está intrinsecamente ligado à busca por conferir efetividade às normas constitucionais. Em uma análise paralela entre a inconstitucionalidade por ação e por omissão, pode-se afirmar que aquela opera no campo da validade normativa, enquanto esta opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas.

2.4.2 Omissão de medidas de índole administrativa

Segundo o que versa o art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa à medida para tornar efetiva norma constitucional de eficácia limitada, devendo ser dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias. Assim, pela própria formulação empregada pelo

⁷⁶ MENDES, Gilmar et al. Op. cit., p. 1190.

⁷⁷ Ibidem. p. 1180.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 318.

constituente, não resta dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma forma, afetar a efetividade de norma constitucional (como os decretos, os regulamentos, as portarias, as ordens de serviço, as circulares, as resoluções, as decisões administrativas, entre outros).

A Constituição faz referência expressa à omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, sem reclamar que sejam necessariamente normativas. Em crítica ponderável a esse respeito, Gilmar Mendes sugere:

Embora as omissões de providências de índole administrativa não se afigurem adequadas, em princípio, para afetar, primariamente, a efetividade de uma norma constitucional, até porque, como resulta da própria estrutura constitucional, essa tarefa foi confiada, primordialmente, ao legislador, não se pode negar que o constituinte contemplou eventual omissão das autoridades administrativas como objeto dessa modalidade de controle direto de inconstitucionalidade. ⁷⁹

Logo, todo esse raciocínio leva à conclusão de que, inclusive, a omissão de atos administrativos propriamente ditos (de índole não normativa) poderia ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou mesmo as de índole organizatória.

Todavia, contrário ao posicionamento exposto alhures, na ADI n. 19/AL, asseverou o Supremo Tribunal Federal:

A ação de inconstitucionalidade por omissão não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caráter concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado. ⁸⁰

Em palavras mais comezinhas, o presente julgado do STF afirma que somente as omissões de medida legislativa podem constituir objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Suprema Corte, portanto, havia excluído as omissões de medidas concretas do controle de constitucionalidade por meio dessa ação direta.

Por fim, cumpre esclarecer que esta tese se mostra ultrapassada para a realidade social hoje existente, e que só não foi superada ainda porque o Supremo Tribunal Federal não teve que enfrentar tal matéria uma vez mais. Tal julgado foi proferido em data muito recente a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que mostra ter sido ele desenvolvido em época que não havia se desenvolvido a questão da omissão inconstitucional como hoje foi feito, justificando-se, assim, o referido posicionamento.

2.4.3 Omissão legislativa

Não há dúvida de que a concretização da constituição deve ser efetivada, fundamentalmente, mediante a promulgação de leis. Essa tarefa compete, precipuamente, às instâncias políticas e ao legislador, que devem proceder à atividade legislativa, já que a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e, principalmente, o dever de emprestar conformação à realidade social. Desta feita, a omissão legislativa constitui, portanto, objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O estudo dessa espécie de omissão compreende a subdivisão em ausência de proposição legislativa e a ausência de discussão e votação, mais conhecida como *inertia deliberandi*. Senão passemos a análise acurada de ambas.

2.4.3.1 Ausência de proposição

⁷⁹ MENDES, Gilmar et al, 2008, p. 1190.

⁸⁰ STF, ADI 19/AL, Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ 14/04/1989.

Não há qualquer dificuldade em se reconhecer uma omissão legislativa por ausência de proposição. Isso porque somente pela inércia do órgão legislativo – aqui se entenda órgão legislativo no sentido *lato sensu*, como sendo aquele com capacidade de iniciativa legislativa – no dever de iniciar o processo legislativo se configura a omissão legislativa por ausência de proposição. Em outras palavras é possível dizer que a deflagração do processo legislativo é a primeira forma de omissão inconstitucional a ser efetivamente combatida.

O Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar omissão inconstitucional do legislador. Nesse sentido, podemos perceber a ADI n. 2495, que tem a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N. 19, DE 04 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CATARINA.

Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual de servidores catarinenses.

Ação direta prejudicada. 81

Logo, vemos que basta o mero início do processo legislativo da medida requisitada pela Constituição que estará, em tese, sanado o problema da omissão inconstitucional daquela norma 82, ao menos temporariamente, pois como veremos a seguir a ausência de discussão e votação gera, a depender do tempo, omissão passível de ser repelida por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

2.4.3.2 *Inertia Deliberandi*

Contudo, a orientação anteriormente explanada deve ser adotada com o máximo possível de temperamento. Isso porque, é necessário questionar a possibilidade de que os órgãos legislativos não deliberem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação, o que tornaria o mero início do processo legislativo inócuo.

Antes, porém, importante frisar que algumas obras legislativas não permitem que sejam elas concluídas em prazo exíguo. O próprio constituinte houve por bem excluir do procedimento abreviado os projetos de código (art. 64, § 4º, CF/88), reconhecendo expressamente que obra dessa envergadura não poderia ser realizada em curto espaço de tempo, até por conta de sua vasta envergadura no ordenamento jurídico. Nesse ponto é salutar a lição apresentada por Gilmar Mendes:

Não se deve olvidar, outrossim, que as atividades parlamentares são caracterizadas por veementes discussões e difíceis negociações, que decorrem mesmo do processo democrático e do pluralismo político reconhecido e consagrado na ordem constitucional (art. 1, caput e inciso I). 83

Cumprido esclarecer que, mesmo corretas às palavras do ilustre Ministro, não justifica uma conduta desidiosa ou negligente das Casas Legislativas no que se refere à deliberação da lei que lhe são apresentadas. Por isso, é totalmente possível o manejo da Ação Direta de

⁸¹ STF, ADI 2495, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 02/05/2002, DJ. 02/08/2002.

⁸² No mesmo sentido conferir ADI 130-2, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14/12/1989, DJ. 01/02/1990, nos seguintes termos, “Solicitadas por mensagem de 28.11.1989+, as informações presidenciais dão conta de que nessa mesma data, fora submetida ao Congresso Nacional o projeto de lei complementar almejada. É manifesto, assim, que perdeu objeto a ação direta dirigida exclusivamente contra a omissão da iniciativa presidencial.”

⁸³ MENDES, Gilmar et al, 2008, p. 1187.

Inconstitucionalidade por Omissão para combater a *inertia deliberandi* (discussão e votação) das Casas Legislativas. Desse modo, caberia ao Supremo Tribunal Federal reconhecer que há mora por parte do órgão legislativo em deliberar sobre a lei, declarando, assim, a inconstitucionalidade por omissão.

Inclusive, foi esse o entendimento compartilhado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 3682, consubstanciado no seguinte trecho:

O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF/88, na redação dada pela EC 15/96. (...) Considerando o lapso temporal de mais de 10 anos, desde a data da publicação da EC 15/96, à primeira vista, seria evidente a inatividade do legislador em relação ao cumprimento do dever constitucional de legislar (CF, art. 18, § 4º - norma de eficácia limitada). Asseverou-se, entretanto, que não se poderia afirmar uma total inércia legislativa, haja vista os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das Casas Legislativas. Não obstante, entendeu-se que a *inertia deliberandi* (discussão e votação) também poderia configurar omissão passível de vir a ser reputada morosa, no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação. Aduziu-se que, na espécie, apesar dos diversos projetos de lei apresentados restaria configurada a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação da lei complementar em questão, sobretudo, tendo em conta a plethora de municípios criados mesmo depois do advento da EC 15/96, alguns declarados inconstitucionais pelo Supremo. 84

Infere-se, do que já foi exposto anteriormente, que a omissão inconstitucional legislativa pode decorrer não só da ausência de proposição, mas, também, pela *inertia deliberandi*. Nada mais justo, pois não teria qualquer efetividade combater a ausência de proposição legislativa se o processo de discussão e votação se estende *ad eternum*. Em um caso ou em outro, a Constituição clamará por integração legislativa sem, no entanto, ser implementada à medida que ela exige, fugindo, assim, o legislador de seu dever constitucional.

2.4.4 Omissão na Constituição Federal e nas Constituições estaduais

A esta altura do presente trabalho, temos a certeza de que as omissões inconstitucionais que estamos tratando referem-se, basicamente, à Lei Maior (Carta Magna) de um Estado, quanto às omissões perpetradas pelos órgãos legislativos em nível federal, em se tratando de um Estado federado como o Brasil. Entretanto, questão de relevante importância, principalmente do nosso ordenamento jurídico, versa sobre a possibilidade de utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão contra órgãos estaduais.

Consta assentado no texto constitucional, mais precisamente no art. 102, inciso I, a, que a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual deve ser processado e julgado, originariamente, pelo Supremo Tribunal Federal. Como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão restou mal disciplinada pelo legislador constituinte originário, tinha-se o costume de aplicar o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por ação na ação de inconstitucionalidade por omissão, guardada as devidas particularidades. Algumas normas da ação direta de inconstitucionalidade por ação ainda são, hoje, aplicadas na ação direta de

⁸⁴ Informativo STF n. 466, de 16-05-2007. ADI por Omissão: Criação de Município e Lei Complementar Federal – 1 e 2. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br//ARQUIVO/INFORMATIVO/DOCUMENTO/INFORMATIVO466.HTM>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

inconstitucionalidade por omissão, haja vista que a Lei n. 12.063/2009 estabelece tão somente a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em alguns aspectos, mas não todos (por exemplo, não fala da legitimidade nem do objeto).

Acontece, porém, que a referida lei apenas trata da disciplina processual não cuidou do objeto, de forma mais detalhada do que a maneira como vem descrito na Constituição Federal de 1988, ou hipóteses de cabimento. Logo, nesse ponto, é necessário usar algumas normas que disciplinam a ação direta de inconstitucionalidade por ação, haja vista a ausência de restrição do campo de atuação da omissão inconstitucional.

Com essas explicações, percebemos que o campo de atuação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade por ação, qual seja, leis federais e estaduais, guardada a diferença que uma é por ação e a outra por omissão, que confrontam a Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo raciocínio, segue Gilmar Ferreira Mendes ensinando o seguinte:

O texto constitucional outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a). A função de guardião da Constituição que lhe foi expressamente deferida e a idéia subjacente a inúmeros institutos e controle, visando concentrar a competência das questões constitucionais na Excelsa Corte, parecem favorecer entendimento que estende ao Supremo Tribunal a competência para conhecer eventuais omissões de órgãos legislativos estaduais em face da Constituição Federal no âmbito dessa peculiar ação direta.⁸⁵

Conforme percebemos da lição anteriormente colacionada, toda a legislação estadual (leis ordinárias, leis complementares, Constituições estaduais e etc.) deve ser conformada com a Constituição Federal de 1988. Inclusive, algumas disposições devem seguir o modelo federal, sob pena de no caso de desrespeito configurar inconstitucionalidade por omissão em face da Carta Magna de 1988.

Senão, vejamos o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal a esse respeito na ADI n. 3276-3:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EC 54 À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. MODELO FEDERAL. VAGA DESTINADA AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AOS AUDITORES. INEXISTÊNCIA DE LEI QUE IMPLEMENTA AS CARREIRAS. INÉRCIA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA QUANTO À CRIAÇÃO DE CARGOS E CARREIRAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL E DOS AUDITORES. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.

1. A nomeação livre dos membros do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Contas dos Municípios pelo Governador dar-se-á nos termos do art. 75 da Constituição do Brasil, não devendo alongar-se de maneira a abranger também as vagas que a Constituição destinou aos membros do Ministério Público e aos auditores. Precedentes.
2. O preceito ventilado pelo artigo 73 da Constituição do Brasil aplica-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Imposição do modelo federal nos termos do artigo 75.
3. A inércia da Assembléia Legislativa cearense relativamente à criação de cargos e carreiras do Ministério Público Especial e de Auditores que devam atuar junto ao Tribunal de Contas estadual consubstanciada omissão inconstitucional.

⁸⁵ MENDES, Gilmar et al, 2008, p. 1185.

4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada procedente. 86

No julgado citado linhas acima, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão consubstanciada na inexistência de lei federal que institua as carreiras de auditor e de membro do Ministério Público Especial cuja atuação ocorre junto ao Tribunal de Contas do Ceará. Quer dizer que havia uma omissão na Constituição estadual que afrontava o modelo da Constituição Federal por ausência de norma estadual.

Todas essas espécies de omissão inconstitucional pode se apresentar em um mesmo controle, nada impede que uma omissão legislativa seja parcial, em face de lei estadual e por ausência de proposição. O estudo das espécies apresentadas mais se complementa do que o contrário, e é essencial para a melhor compreensão de todas as matizes que a omissão inconstitucional apresenta.

2.5 Mecanismos de proteção contra a omissão inconstitucional

2.5.1 Panorama no direito comparado

Desde a identificação do fenômeno da omissão inconstitucional, uma grande gama de países vêm se debruçando sobre esse tema, todos em busca de um tratamento adequado com soluções idôneas para os múltiplos problemas práticos e teóricos que a referida omissão suscita desde sua identificação.

Em países como Alemanha, Áustria, Itália e, mais recentemente, Espanha, Costa Rica e Hungria, Jorge Miranda pondera que:

Apesar de não haver norma constitucional expressa que institua a fiscalização, os respectivos Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados muito semelhantes, através de técnicas muito apuradas de interpretação e integração (donde, as chamadas sentenças aditivas, criativas ou apelativas): a partir da apreciação da inconstitucionalidade por ação, fazem verdadeira apreciação da inconstitucionalidade não já por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve. 87

No Direito alemão, a inconstitucionalidade por omissão foi identificada em suas matizes total e parcial, por onde, nesse último caso, foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem a consequência da nulidade. No que tange a omissão total, a jurisprudência do referido tribunal constitucional passou a reconhecer aos Tribunais a faculdade de emprestar eficácia plena aos preceitos constitucionais por meio do processo de concretização (*Konkretisierung*).

Para explicar o funcionamento desse instituto, Regina Quaresma pontua:

Na Alemanha, a sentença que requer a providência legislativa determina num prazo – em geral até o final da legislatura – para que a regulamentação pleiteada seja elaborada (concretizando na prática o direito). Uma vez expirado este prazo, competirá ao Tribunal Constitucional resolvê-la, havendo uma *sanção política* ao órgão omissor (Legislativo ou Executivo). 88

Alternativa semelhante foi encontrada na Índia, onde, de forma surpreendente, o Supremo Tribunal tem poder de emitir diretivas ou ordens destinadas à efetivação dos direitos fundamentais, conforme previsão do art. 32, nº 2, da Constituição, de 26 de novembro de 1949, daquele país, que prescreve:

⁸⁶ STF, ADI 3276-3/CE, Rel. Min. Eros Grau. DJ. 01/02/2008.

⁸⁷ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 511.

⁸⁸ QUARESMA, Regina. Op. cit. p. 64.

Art. 32 – 2. O Supremo Tribunal tem poder de emitir diretivas ou ordens, incluindo de *habeas corpus*, *mandamus*, proibição, *quo warranto e certiorari*, destinadas à efetivação dos direitos conferidos por esta parte da constituição.⁸⁹

Por outro lado, na Itália, a *Corte Costituzionale* vem solucionando o problema das omissões inconstitucionais modulando os efeitos de suas decisões, proferindo sentenças *aggiuntive* ou *additive*.

No que tange ao combate da omissão inconstitucional por parte dos Estados Unidos da América, importante citar a ponderação de Jorge Miranda:

Também nos Estados Unidos, os tribunais têm exercido, e com frequência, o poder de solicitar aos órgãos legislativos que aprovem as leis que consideram necessárias; declarando direitos constitucionais ou fundamentais dos cidadãos, esperam que o Congresso ou as assembleias legislativas dos Estados adotem, se seguida, as medidas legislativas destinadas a assegurar o seu exercício. 90

Conforme já exposto no tópico 2.1, a primeira constituição que trouxe expresso em seu texto a inconstitucionalidade por omissão foi a da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974. Com efeito, prevê esta Carta Política, no art. 377º:

Artigo 377º. Se o Tribunal Constitucional da Iugoslávia verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução das disposições da Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará do fato conhecimento à Assembleia da República Socialista Federativa da Iugoslávia.⁹¹

Observa-se, com isso, que o controle da omissão inconstitucional na Iugoslávia podia ser instaurado *ex officio* por seus próprios tribunais, que dava conhecimento da omissão à Assembleia iugoslava, para que promulgasse as prescrições necessárias.

Por sua vez, como também já explicado anteriormente, se seguiu a Constituição da República de Portugal, de 02 de abril de 1976, que em seu art. 283, dispôs sobre a inconstitucionalidade por omissão nos seguintes termos:

ARTIGO 283º - (Inconstitucionalidade por omissão)

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. 92

⁸⁹ ÍNDIA. Constituição (1949). Constituição Indiana: promulgada em 26 de novembro de 1949. Tradução livre de : Article 32 Remedies for enforcement of rights conferred by this Part. (2) The Supreme Court shall have power to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, whichever may be appropriate, for the enforcement of any of the rights conferred by this Part. Disponível em : <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/in00000_.html#A032._>. Acesso em: 16 mar. 2010.

⁹⁰ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 512.

⁹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da Constitucionalidade: Teoria e prática**. 3 ed. Bahia: JusPodvm, 2008. p. 225.

⁹² PORTUGAL. Constituição (1988). Constituição da República Portuguesa: promulgada em 25 de abril de 1976. Disponível do original em : <http://www.portugal.gov.pt/pt/GC17/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao/Pages/constituicao_p36.aspx>. Acesso em: 16 mar. 2010.

É inegável que o legislador constituinte brasileiro de 1988 tenha, no mínimo, buscado inspiração na Constituição portuguesa de 1976, para inserir no art. 103, § 2º, o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso porque existe uma significativa convergência entre o instituto da inconstitucionalidade por omissão nas duas Cartas Políticas.

Dentre as semelhanças, em ambas as Constituições, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão importará na declaração da inconstitucionalidade por omissão e na ciência ao órgão competente para que adote as medidas necessárias. Importa, meramente, a declaração, porque ao Tribunal não é dado o poder de criar as normas faltantes.

Vale prestar atenção que tanto o texto português como o texto brasileiro não investiram o Poder Judiciário na tarefa de adotar medidas que reputem necessárias, ainda que o órgão legislativo, após comunicado, não a supra. Conforme explanado linhas atrás, o caráter substitutivo tem sido adotado na jurisprudência alemã que, em determinadas hipóteses, mediante processo de concretização, permite que os Tribunais confiram eficácia plena aos dispositivos constitucionais limitados.

Cumpra observar que apesar de não haver a previsão do caráter substitutivo nas constituições brasileira e portuguesa, o que pode gerar inefetividade do instrumento, há que se asseverar que nem mesmo a virtual inefetividade da decisão afeta o sentido jurídico do instituto. Isso porque é preciso que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição brasileira, evolua no sentido de dar maior efetividade da decisão, assim como o Supremo Tribunal Federal já vem fazendo no caso do Mandado de Injunção, mas nesse caso a evolução está sendo dos julgados, e não da Constituição, aonde se chega a aplicar a teoria concretista nos moldes similares ao alemão e indiano.

Outra similitude nos dois sistemas é o fato de o controle da constitucionalidade omissiva ser abstrato, processado em ação específica, com eficácia *erga omnes* e concentrado em um único órgão jurisdicional – Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro e Tribunal Constitucional, no caso português.

Dentre as diferenças destaque-se, primeiro, a legitimidade ativa para propor a ação. Em Portugal o elenco é mais restrito, cabendo a três entidades: o Presidente da República, o Provedor da Justiça, ou os Presidentes das Assembléias legislativas regionais. Já no caso do Brasil, o rol é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade por ação, insculpido no art. 103, I a IX, da Constituição Federal de 1988, que compreende o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Segunda diferença, e não menos importante, é que a Constituição brasileira permite o manejo da ação tanto contra o órgão legislativo omissor (medidas legislativas) quanto contra o órgão administrativo omissor (medidas não-legislativas), fixando, no último caso, o prazo de trinta dias para a adoção de providências com vistas a expurgar a omissão. De outro lado, a Constituição portuguesa só considera relevante a omissão de medidas legislativas, o que exclui a omissão por atos não-legislativos.

2.5.2 Meios de combater a omissão inconstitucional no Brasil

2.5.2.1 Mandado de Injunção

Criado como garantia constitucional, o Mandado de Injunção tem sua previsão constitucional na Constituição Federal de 1988, no capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, capítulo que integra o Título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais. Trata-se em verdadeira ação constitucional consagrada no art. 5º, inciso LXXI, que assim dispõe:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No que se refere a sua origem, a doutrina pátria diverge. Parte da doutrina busca apontar o direito anglo-americano como a fonte de inspiração para a criação do nosso mandado de injunção, assim como pensa Regina Quaresma:

O mandado de injunção brasileiro possui o mesmo fundamento ético do writ of injunction anglo-americano. (...) Deveras, observamos que a tutela é idêntica no âmbito dos direitos constitucionais, ou seja, neste mister têm os dois instrumentos (o estrangeiro e o brasileiro) objeto semelhante, assegurar a eficácia, pela via jurisdicional, de direitos carentes de ação por parte dos Poderes Públicos. 93

Doutra banda, há doutrinadores que vêm no direito alemão a origem do mandado de injunção. Segundo esses autores, a fonte do mandado de junção brasileiro seria o *verfassungsbeschwerde* (art. 93, n° 4º-A, da Lei Fundamental de Bonn), que consiste em uma ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais, proposta pelo próprio particular perante o Tribunal Federal, desde que esgotadas as instâncias ordinárias.

Todavia, a maior parte da doutrina acredita que apesar da proximidade do nosso mandado de injunção com o *writ of injunction* anglo-americano, ou com a *verfassungsbeschwerde* do direito alemão, seria uma criação brasileira, sem similar no direito comparado, no pensamento de Dirley da Cunha Junior, “é uma originalidade do direito brasileiro” 94, ou nas argutas palavras de Luis Roberto Barroso: “trata-se, em verdade, de flor nativa” 95.

Agora que já foi desmistificada a origem do mandado de injunção, essencial que se compreenda o alcance desse instituto. A concessão da injunção está condicionada, basicamente, a uma relação jurídica de causa e efeito. A causa seria a falta da norma regulamentadora, ao passo que a ordem jurídica atribui uma consequência, qual seja, a inviabilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Há verdadeiro nexo causal entre essa causa e o efeito explanado, assim como foi observado no MI 81-6/DF, que versa o seguinte:

Essa situação de lacuna técnica – que se traduz na inexistência de um nexo causal entre o **vacuum júrís** e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – constitui requisito necessário que condiciona a própria impetribilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988. 96 (grifo do autor)

Como pressuposto essencial para impetrar o mandado de injunção é preciso constatar a falta de norma regulamentadora, mas para se entender os contornos conceituais de norma regulamentadora devemos buscar a acepção mais *lato* possível dessa expressão. Isso abarca normas de maneira geral (legislativa ou não), as leis ordinárias, leis complementares, decretos, regulamentos, portarias, resoluções e

⁹³ QUARESMA, Regina. Op. cit. p. 49.

⁹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 118.

⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 253

⁹⁶ STF, MI 81-6/DF (Agravo Regimental), Rel. Min. Celso de Mello. j. 20/04/1990 DJ. 25/05/1990.

etc., desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional. No pensamento de Luis Roberto Barroso, “norma regulamentadora é, assim, toda medida para tornar efetiva norma constitucional, como bem diz o art. 103, § 2º, da Constituição” 97.

Uma questão que suscitou bastante discussão a época da criação do mandado de injunção estava relacionada à sua aplicabilidade. Tal discussão cingia-se, basicamente, a respeito da necessidade ou não de norma que o regulamentasse, notadamente nos seus aspectos processuais, além do momento a partir qual o direito de impetrá-lo poderia ser exercitado. Alguns chegaram ao cúmulo de sustentar a tese de que o aludido instituto, criado precipuamente para acabar com a paralisia resultante de normas constitucionais não auto-aplicáveis, não era em si auto-aplicável. 98

Felizmente, prevaleceu na doutrina e na jurisprudência 99 pátria a tese oposta, pois sendo o mandado de injunção uma garantia constitucional a ele se aplicaria o § 1º, do art. 5º da Constituição, onde está previsto que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desse modo, considera-se o *writ* como garantia prontamente desfrutável, regendo-se, por falta de regulamentação processual própria, pelo procedimento do mandado de segurança ou pelo procedimento ordinário do Código de Processo Civil. Cumpre ressaltar, porém, que está tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.002/1990, que vem disciplinar o processo e julgamento do mandado de injunção.

Visível, então, que o mandado de injunção, consoante sua clara definição constitucional, constitui *writ* especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público.

Quanto à definição da competência para processar e julgar o mandado de injunção, a Constituição concentrou no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, atribuindo competência remanescente aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Com efeito, o texto constitucional no art. 102, I, “q”, dispõe a competência originária, para julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal, o que não aparenta ser o mais apropriado neste último caso. Como competência recursal, cabe ao STF julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância, pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, com espeque no art. 102, II, “a”, da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, a Constituição fixou ao Superior Tribunal de Justiça a competência originária para processar e julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, conforme art. 105, I, “h”, da Constituição. Contudo, a ressalva à competência dos órgãos das Justiças Militar, Eleitoral, do Trabalho, e da Federal, certamente só será operacionalizada com a edição de lei definindo respectivo âmbito de atuação de cada competência.

⁹⁷ Ibidem, p. 258. Nesse sentido também PIOVESAN, Flavia. Op. cit. p. 135 e CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 119.

⁹⁸ Por todos conferir FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 277.

⁹⁹ Conforme se vislumbra do seguinte trecho do MI 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves. DJ. 21/09/1990, p. 9.782. “A *injunctio* é auto-aplicável, independente de norma jurídica que a regulamente, inclusive quanto ao procedimento. Relativamente a este, aplicar-se-á, no que couber, e analogicamente, o do mandado de segurança.”

Diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que tem rol de legitimados *numerus clausus*, previsto no art. 103, I a IX, da Constituição, o mandado de injunção tem em sua legitimidade ativa toda e qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, física ou jurídica, capaz ou incapaz, que titularize um direito fundamental, não exercitável ante a omissão de determinada norma regulamentadora. Além desses legitimados ativos, temos os entes coletivos, como entidades de classe ou associativas e os sindicatos legalmente constituídos e em funcionamento há pelo menos um ano, substituindo processualmente seus membros ou filiados.

Doutra banda, tratando-se de direitos difusos os interesses a serem protegidos, o Ministério Público goza de legitimidade para promover o mandado de injunção (art. 129, III, Constituição). O que é perfeitamente compatível com sua função de protetor da ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais e individuais, este último quando for indisponível.

Existem, basicamente, duas construções para o tratamento da legitimidade passiva. A primeira é a de que ela recairia sobre a autoridade ou órgão público a que se imputa a omissão, 100 bem como, em litisconsórcio necessário, sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão de ordem judicial.

A segunda posição é no sentido que a legitimação passiva deveria recair sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, restando excluído o órgão que haja quedado inerte.

Destarte essas duas posições acima expostas, o Supremo Tribunal Federal afastou-se das mesmas e assentou o entendimento de que a legitimidade passiva no mandado de injunção é exclusivamente da autoridade regulamentadora, não admitindo a Suprema Corte sequer o litisconsórcio passivo entre essas autoridades ou órgãos e os particulares que vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora. Desta feita, foi decidido da forma a seguir no MI 323-8/DF:

Em face da natureza mandamental do mandado de injunção (...), não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares, que em favor do impetrante do mandado de injunção vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor.¹⁰¹

Aparentemente, este entendimento não é compatível com a forma mais adequada de utilização do mandado de injunção. Ora, *data maxima venia*, se este *writ* destina-se a tornar viável o exercício de um direito fundamental, pouco importa sobre qual autoridade ou órgão público recaia a omissão, coerentemente ele deve recair também sobre a pessoa física ou jurídica, seja pública ou privada, encarregada de atuar para tornar exercitável tal direito, até com o escopo de viabilizar a ampla defesa de tal entidade, e otimizar ao máximo o provimento jurisdicional ao final exarado.

O objetivo do mandado de injunção é, sem margem de dúvida, tornar possível o exercício de um direito fundamental, que só viável por meio de norma regulamentadora que deve ser editada *a posteriori* da norma constitucional.

Há três correntes doutrinárias que buscam interpretar os efeitos da decisão do mandado de injunção, que serão expostas aqui sucintamente. Na decisão desse *writ* cabe ao Poder Judiciário: a) elaborar a norma regulamentadora para o caso concreto, suprimindo, assim, a omissão do legislador, classificado por Luis Roberto Barroso como provimento judicial na espécie de natureza *constitutiva*; 102 b) declarar a inconstitucionalidade por omissão e dar ciência ao órgão omissor da mora para a adoção das providências cabíveis, classificado por Luis

¹⁰⁰ STF, MI 142-1/SP, Rel. Min. Paulo Brossard. DJ. 14/03/1990. p. 1.178.

¹⁰¹ STF, MI 323-8/DF, Rel. Min. Moreira Alves. DJ. 14/02/1992. p. 1.164.

¹⁰² BARROSO, Luis Roberto, 2009, p. 266.

Roberto Barroso de decisão com caráter *mandamental*; 103 e, finalmente, c) tornar viável de imediato, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, frustrado em face de omissão da norma regulamentadora. Dissecar essas três teorias seria desbordar o foco do presente trabalho, por isso não será feito aqui outras digressões. 104

2.5.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Nos moldes do que vem sendo desenvolvido aqui, já resta patente que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um dos mecanismos de proteção contra a omissão inconstitucional do Estado, tanto em atos legislativos como não legislativos. Como mecanismo complexo que é, possui suas especificidades, assim como também suas generalidades, que se concatenam em um instrumento de envergadura inigualável no ordenamento jurídico constitucional brasileiro atual.

A previsão dessa ação é concebida na Constituição federal de 1988, no art. 103, § 2º, mas esta não é o único dispositivo constitucional aplicável a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, existe também o art. 103, incisos I a IX, que falam da legitimidade ativa. No que se refere à disciplina processual, em 27 de outubro de 2009, foi editada a Lei n. 12.063, que estabeleceu o trâmite da referida ação, o que já não era sem tempo, pois desde 1988 se estava a aplicar o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por ação, no que era pertinente, ante a carência de norma específica, o que impossibilitou o pleno desenvolvimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além de relegá-la a uma pífia utilização. Cogitou-se a aplicação do procedimento previsto na Lei nº 9.868/1999, que prevê o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, mas esta lei não era totalmente compatível ante as constantes dúvidas do Poder Judiciário no que tange a compatibilidade de muitos dispositivos.

No que tange a maiores contornos caracterizadores da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, reportamos o leitor ao próximo capítulo deste trabalho, em que se encastelam as matizes legais e constitucionais desse fantástico instituto de combate às omissões inconstitucionais, em nível de controle concentrado de constitucionalidade. Desnecessário descer a maiores análises agora, já que todos os esclarecimentos estarão devidamente esclarecidos adiante.

¹⁰³ Ibidem. p. 267.

¹⁰⁴ Por oportuno, é o bastante ater-nos ao conhecimento, ainda que insipiente, das teorias retro mencionadas, apenas a título de formação lógica do raciocínio, pois o mandado de injunção não é a proposta inicial apresentada no presente estudo. Contudo, apesar de não tecer minuciosas explicações a respeito do Mandado de Injunção aqui, sugere-se conferir a monografia sobre este tema do graduando Hugo Leonardo Zaponi Teixeira, da FACIPLAC.

III LIMITES DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

*Não concordo com o que dizes,
mas defendo até a morte o direito de o dizeres.*
Voltaire

3.1 Previsão e objetivo jurídico-constitucional

Todos os aspectos constitucionais da ação direta de inconstitucionalidade por omissão encontram-se circunscritos ao art. 103, incisos I a IX, e § 2º do mesmo preceito. Esses dispositivos constitucionais do texto de 1988 ficaram incumbidos de introduzir, ineditamente, no ordenamento jurídico brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como mecanismo de controle da omissão

inconstitucional. Em verdade, o constituinte originário não foi feliz ao disciplinar, com extrema parcimônia, essa nova ação constitucional que, com a devida *venia*, merecia mais atenção do que a que lhe foi despendida.

No que tange à disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a norma infraconstitucional que estabelece é a Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Tal norma teve como principal objetivo legitimar por meio legal a praxe que já era adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento desse tipo de ação. Na realidade pouco de novo foi inserido e muito do que deveria ter sido alterado se manteve, mas esse é um assunto que será tratado oportunamente nos tópicos que se seguem.

O escopo principal da referida ação constitucional não poderia ser outro senão a defesa da ordem constitucional contra condutas com ela incompatíveis. Não é destinada, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, somente, à defesa da ordem jurídica. Cuida-se de uma ação específica vocacionada ao controle abstrato da constitucionalidade, mais especificamente da omissão de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional.

Com fundamento nos argumentos antes expostos, é patente que o objetivo principal da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é, em última análise, permitir que todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena. Na lição de Dirley da Cunha Júnior tal ação “não se destina, portanto, à defesa de direitos subjetivos, mas à tutela da própria completude do ordenamento constitucional”. 105

É indiscutível que a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão seja a colmatação de todas as lacunas constitucionais, tão logo percebemos que é trabalho hercúleo e infundável. Isso porque não se afigura possível, como pensam alguns doutrinadores¹⁰⁶, que um dia não existirá mais lacunas constitucionais atacáveis por este instrumento, o que esvaziaria o seu conteúdo. A própria sanha reformista constitucional é o fundamento base desse pensamento, que tem como ponto culminante e de fácil percepção, a grande quantidade de emendas que a atual Carta Magna já sofreu nesses 21 anos, tendo muitas dessas retirado a eficácia plena dos dispositivos constitucionais.

Apesar da modernidade da Constituição Federal de 1988, se comparada, por exemplo, à Lei Fundamental de Bonn de 1949 ou a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, hoje ela possui ao total 70 emendas constitucionais, sendo 64 emendas constitucionais e 6 emendas constitucionais de revisão. 107 A título de curiosidade, a Constituição norte-americana é mais antiga que a brasileira e, no entanto, possui apenas 17 emendas, todavia, a questão é que a Constituição norte americana é sintética, diferente da Constituição brasileira que tem um texto altamente analítico. Devido ao modelo constitucional seguido pela Constituição Federal de 1988, o Brasil convive com uma grande quantidade de emendas constitucionais, mas o problema não é a quantidade de emendas, e sim as alterações por elas perpetradas, pois muitas normas constitucionais que antes possuíam eficácia plena, agora gozam de eficácia limitada, por exemplo, o art. 192, § 3º, alterado

¹⁰⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 208.

¹⁰⁶ Por todos doutrinadores, o seguinte trecho de Gilmar Ferreira Mendes “Como ressaltado, abstraídos os casos de omissão absoluta, que devem ser cada vez mais raros, com a promulgação das leis expressamente reclamadas pelo texto constitucional.” (MENDES, Gilmar et al, 2008, p. 1201.)

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível do original em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm> e <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/ECR/quadro_ecr.htm>. Acesso em: 30 mar. 2010.

pela emenda constitucional n. 40/2003, que antes regulamentava a taxa de juros do sistema financeiro nacional, hoje com a redação dada pela referida emenda, relegou a regulamentação de todo o sistema financeiro a leis complementares, não somente à quantidade da taxa de juros anual.

Possível afirmar agora, que caso as emendas constitucionais não tragam normas com eficácia plena, mesmo há 21 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda existirá normas de eficácia limitada. Por isso é importante um efêmero desenvolvimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com vistas a combater as omissões que se arrastam até hoje desde a promulgação da Carta Magna, bem como das omissões posteriormente inseridas pelo legislador constituinte derivado.

No que tange à disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a norma infraconstitucional que estabelece é a Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. A referida norma teve como principal objetivo legitimar por meio legal a praxe que já estava sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento desse tipo de ação. Parcos aspectos do procedimento foram alterados, mas isso é assunto que será tratado oportunamente nos tópicos que seguem a este.

3.2 Legitimidade ativa e passiva *ad causam*

Primeiramente, antes de externar os aspectos formais da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se afigura isenta de críticas o tratamento dispensado a ela pela Constituição Federal de 1988. Para início do inconformismo, devemos recordar que o art. 103 da Carta Magna, está elencando o rol de legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade, nada se referindo quanto aos legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Contudo, ao longo da utilização dessa ação ficou estabelecido, por interpretação, que o mesmo rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão poderia ser aplicado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Logo, no que se refere à legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, identifica-se com a legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, ambas as ações possuem legitimidade comum no art. 103, I a IX, da CF/88, que versa o seguinte:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

Uma explicação plausível para justificar a aplicação de alguns dispositivos da ação direta de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por omissão seria interpretarmos de forma teleológica os referidos dispositivos. O sentido de tal interpretação é dar conformidade do dispositivo com a real intenção do legislador à época da confecção do mesmo. Assim, fica claro que quando a Constituição cita a ação direta de inconstitucionalidade esta se referindo ao gênero, do qual a ação direta de inconstitucionalidade *stricto sensu* (por ação) é uma espécie, constituindo a outra espécie a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Desta feita, teríamos as normas gênero (*lato sensu*) sendo aplicada às duas espécies de ação direta de inconstitucionalidade (por ação e por omissão).

Ante o esclarecimento anterior, passemos as devidas críticas. Primeiramente, devemos observar que dentre o rol apresentado de órgãos e entidades legitimados constam uma extensa lista dos principais órgãos incumbidos do processo legislativo (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa das Assembleias Legislativas dos Estados, Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores dos Estados e Governador do Distrito Federal). Com isso, passamos a ter a dificuldade do instituto ser operante, visto que aqueles órgãos constitucionais não poderiam propor a ação por omissão, pois enquanto responsáveis pelo eventual estado de inconstitucionalidade por omissão, seriam eles os destinatários imediatos da ordem judicial de colmatar a lacuna, em caso de procedência da ação, figurando simultaneamente como parte ativa e passiva na mesma demanda.

Percebemos que há uma grande incongruência na aplicação do referido dispositivo, já que dificilmente a maior parte dos legitimados figurará entre os proponentes desta ação, porque, em geral, tal ação tem como epicentro a omissão desses próprios órgãos em expedir as medidas requisitadas pelas normas constitucionais. Diante de tal constatação, devemos ter como salutar o fato de haver mais legitimados ativamente a propositura da referida ação (entes representativos da sociedade civil, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, além do Procurador-Geral da República e partido político com representação no Congresso Nacional). Não fosse pela existência de um rol diversificado, talvez teríamos uma ação totalmente inoperacionalizada no nosso ordenamento jurídico.

Tendo em vista a forma pungente com que a norma de legitimação ativa da ação direta de inconstitucionalidade por omissão se apresenta, cabe observar que tal aspecto não representa um monólito impermeável. Percebemos claramente que foi dada legitimidade ativa da ação direta de inconstitucionalidade a entidades que possuem o fim precípua de defesa de seus filiados/associados por meio da defesa da Constituição (como, por exemplo, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional). Contudo, devemos salientar que há algum tempo a Defensoria Pública vem pleiteando seu ingresso no referido rol, sem, no entanto, ter obtido êxito.

Ora, se cabe à Defensoria Pública a defesa dos necessitados, nos moldes do art. 5º, LXXIV, combinado com o art. 134, todos da Constituição Federal de 1988, deveria também ser legitimada a defender a Constituição por meio do manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não se trata de um privilégio a legitimação ativa para tal ação, mas sim uma oportunidade de resguardar

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 19 abr. de 2010

as previsões contidas na Carta Magna. É imperativo não olvidar que a Defensoria Pública é uma instituição incumbida da defesa dos necessitados, muito mais abrangente que as entidades de classe ou as confederações, e, no entanto, foi excluída da defesa da Constituição. Dessa forma, seria louvável que houvesse a extensão do rol para inserir a Defensoria Pública como legitimada ativa *ad causam* para expurgar a omissão inconstitucional, haja vista que, como entidade por excelência criada para a defesa da população necessitada (que é a maioria nesse país ainda subdesenvolvido), também é ela instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Tal raciocínio encontra respaldo no fato de que aquele que propõe a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não faz em seu interesse direto, mas sim na defesa da ordem jurídica, conforme pontifica Gilmar Mendes:

Não se pressupõe, portanto, aqui, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem não como autor, no sentido estritamente processual, mas como um Advogado do Interesse Público, ou, para a expressão de Kelsen, como um advogado da Constituição. O direito de instaurar o processo de controle não lhes foi outorgado tendo em vista a defesa e posições subjetivas.¹⁰⁹

Para sacramentar a discussão quanto à legitimidade ativa da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, coube à legislação infraconstitucional tal missão. Com esse escopo, o art. 12-A da Lei n. 12.063/2009, previu expressamente que “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.”¹¹⁰ Detectamos que o referido dispositivo trouxe mera legalidade formal ao que já estava sendo praxe até então, não alterando qualquer aspecto ou interpretação no tocante à legitimidade ativa *ad causam*.

Quanto a legitimidade passiva *ad causam* nessa ação, recai a mesma sobre os órgãos ou as autoridades omissas responsáveis por efetivar a norma constitucional. Importa esclarecer, por fim, que ambas as legitimidades (ativa e passiva) não são partes aqueles que participam da demanda, pois a presente ação se destina a instaurar um processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, onde não há partes, nem controvérsias.

3.3 Objeto da ação

Ao atingir este ponto do estudo, percebemos claramente que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão são as omissões inconstitucionais, tanto de atos legislativos quanto de atos não legislativos (administrativos). As referidas omissões têm como parâmetro somente as normas constitucionais de eficácia limitada pendente de colmatação. Todas as informações referentes a esses aspectos já se encontram nos tópicos e capítulos anteriores devidamente esclarecidas. O foco aqui é identificar, ainda que perfunctoriamente, os contornos do objeto dessa ação.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar et al, 2008, p. 1181.

¹¹⁰ BRASIL. Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12063.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

O objeto não se mostra tão amplo quanto aparenta, sua abrangência se restringe, basicamente, quanto à extensão, em omissões totais e parciais, quanto ao tipo de medida requerida pela norma constitucional, se de índole legislativa ou administrativa, e, por fim, em face de qual Constituição se mostra presente, se Constituição Federal ou Estadual. Ante a divisão das espécies em três grupos distintos, cumpre esclarecer que o objeto da referida ação deve ser circunscrito em pelo menos uma classificação de cada grupo.

A identificação do objeto quanto a estes três grupos é essencial para o correto manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso porque, é perante esse passo inicial que se descobre quais pedidos podem ser feitos e contra qual órgão ou entidade deve ser dirigido. Com a ciência de todas essas informações será possível delimitar verdadeiramente o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3.4 Requisitos da Petição inicial

Os requisitos da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ficaram relegados à legislação infraconstitucional. Como a lei que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (Lei n. 9.868/1999) prevê requisitos à petição inicial inaplicáveis à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por serem específicos para aquele tipo de ação, foi necessário o legislador editar a Lei n. 12.063/2009, que insere o Capítulo II-A, na Lei n. 9.868/1999, capítulo este que trata somente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e suas premissas.

Dentre as características únicas apresentadas pela referida ação, a peça exordial figura como a primeira dissensão. Guardada a devida semelhança nos dispositivos que tratam da petição inicial nas leis citadas, no que tange à lei que dispõe da disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seu art. 12-B, expressa que:

Art. 12-B. A petição indicará:

- I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;
- II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão.¹¹¹

Observamos que os requisitos declinados na lei são, talvez, os mais importantes, porém, não significa a exclusão dos demais requisitos que devem constar de qualquer petição inicial, mas que não constam expressamente da citada lei. O cerne desse questionamento está previsto no art. 12-C, onde prevê que “a petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente

¹¹¹ Ibidem.

indeferidas pelo relator.” 112 Nesse trecho podemos extrair regras constantes do Processo Civil, apesar de não haver um dispositivo na referida lei que remeta as eventuais lacunas ao Código de Processo Civil.

A conclusão da proposição linhas acima, à respeito da aplicação subsidiária do CPC, é simples, isso porque as regras sobre inépcia da petição inicial estão circunscritas ao art. 295, do Código de Processo Civil, que remetem aos requisitos da petição inicial previstos nos artigos 282 e 283, também do CPC. Portanto, percebemos que os requisitos e prescrições essenciais da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se restringem tão somente aos dispositivos da lei que rege sua disciplina processual, é preciso concatenar tais regras àquelas previstas no CPC.

Com vistas à elaboração da petição inicial, é indispensável a observância das formalidades descritas na Lei n. 12.063/2009, concomitantemente ao previsto no CPC. No caso da petição inicial conter algum vício insanável, segundo o art. 12-C, “a petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”.¹¹³ Todavia, primando pelo postulado de que o processo é meio e não fim, na existência de algum defeito ou irregularidade sanável deveria ser adotado o princípio da instrumentalidade das formas, contíguo ao princípio da economia processual, com aplicação do art. 284, do CPC, determinando o relator que o autor emende ou complete a inicial no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento.

A decisão do relator que indefere liminarmente a petição inicial é monocrática e interlocutória, portanto, prevê o art. 12-C, parágrafo único, o cabimento de agravo. Entretanto, não há qualquer menção na Lei n. 12.063/2009 sobre as especificidades do processamento desse recurso. Devemos deduzir, então, que se aplicam as regras do agravo interno (ou regimental como alguns preferem), no prazo de cinco dias, endereçado ao órgão prolator da decisão com pedido de retratação ou remessa ao órgão competente para o julgamento da ação, aplicando, por analogia, o recurso previsto no art. 557, § 1º, do CPC, onde está previsto que da decisão do relator que nega seguimento a recurso manifestamente improcedente, caberá agravo no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Isso por conta das semelhanças de previsão, e por total incompatibilidade dos demais agravos previstos no nosso ordenamento jurídico.

Prestados esses esclarecimentos, resta efetuar uma breve análise da regra de inadmissão de desistência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 12-D, da Lei n. 12.063/2009, onde está consignado que uma vez “proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência”. 114 A razão de ser de tal dispositivo tem fundamento no fato da inexistência de tutela de interesses subjetivos sendo discutidos na ação, posto que o objetivo do provimento judicial não pode ser outro senão a colmatação das lacunas presentes nas normas constitucionais de eficácia limitada. Desta feita, não há que se perquirir em direito disponível passível de desistência ou transação. Em razão disto, após dado azo ao processo de controle abstrato de constitucionalidade por omissão, a ação chegará ao seu termo com um provimento declarando ou não a mora do órgão ou entidade na implementação da medida requisitada pela Constituição, mesmo que o proponente da ação não contribua com mais nada além da apresentação da petição inicial.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Ibidem.

3.5 Competência para julgamento

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ocorrer perante o Supremo Tribunal Federal, conforme previsão do art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988, aplicando o entendimento de que a presente ação é espécie daquela prevista em tal dispositivo:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; 115

Por ser forma de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da Constituição Federal de 1988, nada mais correto que o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão aconteça no Supremo Tribunal Federal, a quem foi incumbido à missão de guarda da Constituição. Cabe ao Supremo Tribunal Federal como instância máxima do Poder Judiciário repelir toda e qualquer conduta, comissiva ou omissiva, incompatível de alguma forma com a Constituição e seus anseios, missão essa que lhe foi conferida como guardião da Carta Magna.

Cumpra esclarecer que o Supremo Tribunal Federal faz às vezes de Tribunal Constitucional no Brasil, pois a ele cabe dar a última palavra sobre matéria constitucional. Contudo, não é ele tão somente um Tribunal Constitucional na medida em que também decide matéria não afetas diretamente a Constituição, como por exemplo, sua competência originária para o julgamento de algumas autoridades por cometimento de infrações penais comuns, ou mesmo sua competência recursal em ações originárias de Tribunais Superiores, onde funciona como segundo grau de jurisdição.

De qualquer forma, sendo a omissão inconstitucional uma afronta direta a dispositivos da Constituição, ao Supremo Tribunal Federal caberá a defesa da Carta Magna contra a inércia que inviabiliza sua plena eficácia, julgando originariamente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, desde que instado a tanto.

3.6 Intervenção dos demais legitimados

Dispositivo interessante é o § 1º, do art. 12-E, da Lei 12.063/2009, que realmente inova o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão trazendo a previsão de manifestação dos demais legitimados a propor a ação, podendo, inclusive, pedir juntada de documentos reputados úteis à análise da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

¹¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2010.

Previsão fantástica e salutar essa intervenção inserida pelo § 1º, do art. 12-E, na medida em que possibilita a discussão, dentro do mesmo processo, entre as teses dos diversos legitimados, e não só entre as partes indicadas na petição inicial. O benefício consubstanciado em tal previsão é acalentado quando percebemos a possibilidade inexorável de melhoramento da tese inicial por parte de outro legitimado, inclusive, com a oportunidade de sanar eventual falha ou vício processual, por exemplo, irregularidade na procuração do proponente da ação.

Por ser medida inédita na disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a manifestação dos demais titulares ainda não encontrou utilização no plano de julgamento da ação. Isso por falta de oportunidade, visto que a última ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi a ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09/05/2007, desde então, no que tange ao combate as omissões inconstitucionais por via abstrata, paira uma total inatividade.

Posto que tal inovação ainda não tenha sido utilizada, em razão da pérfida utilização atual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, certamente constitui bem-vindo ineditismo que não tardará a ser manuseado, com muita argúcia, assim esperamos, pelos titulares da ação. A questão basilar agora será aguardar a interpretação que o Supremo Tribunal Federal chegará na aplicação de tal intervenção, pois é passível de ser tratado como um espécie de litisconsórcio ativo ulterior, ou apenas como uma espécie intermediária de *amis curiae* qualificado, observando que existe a possibilidade de manifestação de *amis curiae* nessa ação.

3.7 Necessidade de manifestação do Advogado-Geral da União

Por força do art. 103, § 3º, da Constituição Federal de 1988, onde está expresso que “quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”¹¹⁶, o Supremo Tribunal Federal tinha por entendimento não ser necessária a manifestação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista a expressão literal desse dispositivo. Como havia a praxe de aplicar o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que era virtualmente compatível, a Corte Suprema entendeu que não havia ato ou texto inquinado de inconstitucionalidade para ser defendido, mas sim um não-ato inconstitucional, razão pela qual era desnecessária a manifestação do Advogado-Geral da União, por incompatibilidade do art. 103, § 3º, com o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

É possível perceber a adoção da referida tese pelo Supremo Tribunal Federal quando analisamos a ADI 23-3, em seu seguinte trecho:

A audiência do Advogado-Geral da União, prevista pelo art. 103, § 3º, da CF de 1988, é necessária na ação direta de inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou texto impugnado (já existentes), para se manifestar sobre o ato ou texto impugnado – não, porém, na ação direta de inconstitucionalidade por

¹¹⁶ *Ibidem*.

omissão, prevista no § 2º do mesmo dispositivo, pois nesta se pressupõe, exatamente, a inexistência da norma legal ou ato normativo. 117

Essa orientação merece ser interpretada com parcimônia por dois motivos, a um, porque não podemos generalizar as omissões inconstitucionais e esquecer que se dividem em totais e parciais, sendo que nas parciais existe norma atacada, a dois, pois existe o art. 12-E, § 2º, da Lei 12.063/2009, que hoje permite ao relator solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, sem especificar a hipótese de aplicação. A questão sobre a necessidade ou não de manifestação do Advogado-Geral da União era pacífica no Supremo Tribunal Federal até a edição da norma que regulamenta o processamento da referida ação, inclusive, há farta jurisprudência no sentido da desnecessidade de tal manifestação.

Com a sensível evolução da chamada teoria da omissão foi possível a distinção entre omissão total e parcial. Tal distinção é essencial para percebermos que no caso de proposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial, ter-se-ia a um só tempo o controle da omissão normativa e o controle de ato normativo. Isso porque, de se recordar, nesse tipo de ação há atuação ainda que parcial do legislador. Nessa parte caberá ao Advogado-Geral da União fazer a defesa do ato normativo ou lei impugnada. A defesa da norma por parte do Advogado-Geral da União se limitaria, tão somente, a expor que a norma impugnada estaria tornando eficaz a norma constitucional a que se refere, tornando-a plenamente aplicável, ou seja, não haveria falhas ou imperfeições capazes de levarem a uma lacuna parcial.

Doutra banda, hoje existe regulamentação da manifestação do Advogado-Geral da União nas ações direta de inconstitucionalidade por omissão, segundo o disposto no art. 12-E, § 2º, da Lei 12.063/2009, “o relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhado no prazo de 15 (quinze) dias.” 118 Portanto, observamos que não existe mais diferenciação entre omissão parcial e total, no sentido, respectivamente, da necessidade ou não de manifestação do Advogado-Geral da União.

Hodiernamente, a decisão sobre a manifestação do Advogado-Geral da União é discricionária do relator da ação. Isso porque o texto da lei é claro ao constar que o relator poderá, de acordo com a conveniência e oportunidade do caso apreciado, solicitar a referida manifestação. O prazo ofertado ao Advogado-Geral da União para manifestação é o mesmo do Procurador-Geral da República, quinze dias, porém, cumpre esclarecer que se trata de prazo dilatatório, haja vista que é mera manifestação e não defesa do ato, como prescreve o art. 103, § 3º, da Constituição, no caso de ação direta de inconstitucionalidade, até porque no caso de omissão parcial não haveria o que defender, configurando uma espécie de opinião.

Logo, é possível asseverar que a Lei n. 12.063/2009 encerrou as discussões a respeito da manifestação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade por omissão alterando a prática feita anteriormente. Optou o legislador por deixar a decisão ao

¹¹⁷ STF, ADI 23-3, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 01/09/1989, no mesmo sentido STF, ADI 480/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 13/10/1994, DJ. 25/11/1994, p. 32298, que expressa na ementa “Não é necessária a manifestação do Advogado-Geral da União, art. 103, par. 3, da Constituição, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão.”

¹¹⁸ BRASIL. Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm>. Acesso em: 20 abr. 2010.

alvedrio do relator da ação, seja por omissão total ou parcial. Significa que a complexidade do caso concreto indicará ao ministro relator da ação a necessidade de solicitar manifestação do Advogado-Geral da União, podendo ocorrer tal solicitação em qualquer espécie e classificação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3.8 Manifestação do Procurador-Geral da República

No que tange a manifestação do Procurador-Geral da República a Lei n. 12.063/2009, não alterou muito a praxe que era aplicada anteriormente a ela. O procedimento funcionava da seguinte forma, apresentada a ação, o relator solicitava informações aos órgãos ou às autoridades eventualmente responsáveis pela reclamada omissão, que deveriam prestar as informações em trinta dias e, após as informações, o Procurador-Geral da República era ouvido em audiência e possuía quinze dias para se manifestar, em seguida os autos eram submetidos ao relator, que, tão logo concluísse sua análise pedia dia para julgamento e distribuiria o relatório aos demais ministros. A parca alteração ocorrida fora perpetrada pelo art.12-E, § 2º, da mencionada lei, onde prevê que “o Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 (quinze) dias, após o decurso do prazo para informações.”¹¹⁹

Hoje notamos que a lei formalizou o prazo de quinze dias para manifestação Procurador-Geral da República, que deverá ser escrita. Outro ponto que merece atenção remonta a necessidade de manifestação do Procurador-Geral da República nas ações em que figura como autor, tal posicionamento era defendido muito antes da edição da Lei n. 12.063/2009, por Dirley da Cunha Junior, ao ponderar que o Procurador-Geral da República “deverá ser ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, ainda que figura no pólo ativo da ação.”¹²⁰ Com a devida vênia, esse entendimento foi superado pelo art. 12-E, § 3º, que agora prevê parecer do Procurador-Geral da República apenas quando não fizer parte do pólo passivo na demanda.

Pela própria lógica do procedimento seria descabido que o Procurador-Geral da República se manifestasse duas vezes nos autos para defender a mesma tese. Isso seria redundância sem utilidade alguma. Ora, pensar assim é possibilitar que o Procurador-Geral da República se manifeste favoravelmente, ratificando a petição inicial, em uma ação que ele mesmo é o autor, visto que no caso de ele se manifestar de maneira diversa estaria incorrendo em um enorme *contra sensu*, pois se fosse para ser contrário a própria ação não haveria necessidade de intentá-la.

3.9 Medida Cautelar

3.9.1 Cabimento e procedimento

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 209.

Sobre todos os assuntos que permeiam a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, talvez seja a medida liminar um dos assuntos mais controvertidos na doutrina pátria e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso porque ao longo dos anos de existência dessa ação houve uma série de decisões no Supremo Tribunal Federal, tanto a favor da concessão da liminar no caso de omissão inconstitucional, como contra a mesma concessão. Diante desses posicionamentos antagônicos o referido Tribunal uniformizou um entendimento no sentido de conceder liminar somente em casos de omissão inconstitucional parcial, ao passo que as omissões totais não seriam passíveis de liminar.

Inicialmente, na liminar referente a ADI n. 336, primeira análise de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal acabou por inaugurar jurisprudência no sentido de que a concessão da liminar poderia ocorrer nos casos de omissão parcial, isso quando concedeu parcialmente liminar para suspender os efeitos de dispositivos específicos da Constituição do Estado do Sergipe, até o julgamento final da ação. 121

Posteriormente a esse julgado, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento que não era cabível medida liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sob o fundamento de que se nem o provimento final é capaz de afastar a omissão inconstitucional quiçá um provimento cautelar. A primeira decisão nesse sentido é a insculpida na ementa da ADI 361/DF, nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - LIMINAR. É incompatível com o objeto mediato da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar. 122

Sob a égide dessa decisão se seguiram muitas outras 123, umas com o mesmo fundamento, outras mais bem evoluídas em seus argumentos. Um dos julgados mais emblemáticos a esse respeito é o firmado na ADI 267, que enfatiza:

A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível, traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional. 124

Observamos que o cerne do julgado citado alhures é o mérito da decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão. Isso porque o provimento final na referida ação só autoriza o Supremo Tribunal Federal a cientificar o órgão ou entidade inadimplente para que adotasse as providências necessárias à superação do estado de omissão inconstitucional, quer dizer que se trata de um provimento preliminar satisfativo, não havendo motivos para se chegar a um provimento final.

Visivelmente, com esse tipo de provimento judicial, o Supremo Tribunal Federal está querendo se esquivar a dar um provimento mais enérgico, sob o pretexto de não ferir os limites da tripartição dos poderes, fugindo, assim, de sua função precípua de órgão judicante e não órgão originalmente dotado da função precípua legislativa. Esse foi o que o Tribunal deixou assente na ADI 1458:

¹²¹ STF, ADI 336, Rel. Min. Célio Borja, j. 18/12/1991, no mesmo sentido STF, ADI 2040, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 15/12/1999.

¹²² STF, ADI 361/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 20/10/1990.

¹²³ STF, ADI-MC 1387/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ. 29/03/1996.

¹²⁴ STF, ADI-MC 267/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 19/05/1995.

Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face, dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir providimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.¹²⁵

A pretexto de não “invadir” a função legislativa de alguns órgãos e entidades que são recalitrantes em sua inércia inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal prefere também se manter inerte aos fatos, visto que se restringe a meramente cientificar o órgão ou entidade omissiva, e aguardar a boa vontade do deste em tornar efetiva a providência almejada para expurgar a omissão inconstitucional. Como fundamento principal dessa atitude o referido Tribunal insiste em citar a tripartição dos poderes estatais como se fosse um princípio estanque, quando na verdade é meramente uma construção formal, que comporta mitigações, assim como qualquer outro princípio constitucional. Contudo, ainda que de tecendo perfunctórias explicações a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal, remetemos o leitor ao último capítulo para uma análise mais aprofundada da eficácia da decisão final na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Para resolver o impasse de cabimento ou não de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em todos os casos, a Lei n. 12.063/2009, não trouxe em seu texto dispositivo nesse sentido. A mencionada lei se limitou a trazer a faculdade de, no caso de omissão parcial, a medida cautelar consistir na suspensão da aplicação da lei ou ato normativo questionado, bem como a suspensão dos processos judiciais ou administrativos em trâmite (art. 12-F, § 1º). Percebemos, assim, que o legislador optou por permitir, expressamente, medida cautelar em caso de omissão parcial, entretanto, quedou-se inerte no que tange a omissão parcial.

Segundo análise contextual da legislação a que a Lei n. 12.063/2009 foi inserida, qual seja, a Lei n. 9.868/1999, identificamos no Capítulo II, Seção II, que fala da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, pela técnica legislativa aplicada à espécie, que foi escolha do legislador não enumerar as medidas que poderiam ser adotadas pelo Supremo Tribunal Federal. Quer isso indicar que, em sede de medida cautelar, o Tribunal pode analisar o pedido sem se restringir as medidas apontadas pela lei. Diferentemente foi a opção do legislador no que tange a medida cautelar no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, onde ele preferiu indicar apenas duas medidas principais passíveis de aplicação, a suspensão da aplicação do ato normativo ou da lei questionada, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos e, no fim, abriu um leque de discricionariedade quando se refere a adotar outras providências que julgar cabíveis, não olvidando que estamos falando em providências em sede de omissão parcial. Melhor teria sido o legislador não ter enumerado as providências e deixar tudo nas mãos dos ministros.

Como o legislador resolveu especificar as medidas principais a serem tomadas em sede de medida cautelar e, ainda mais, restringiu o cabimento dessas medidas à omissão parcial, aparentemente, quis ele expor o não cabimento da medida cautelar em se tratando de omissão inconstitucional total. Tal sentido pode ser extraído da maneira como o legislador tratou, em comparação, a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e na ação direta de inconstitucionalidade. Nesta ele não enumerou as providências nem restringiu o cabimento, por sua vez, naquela fez um rol da providências cabíveis, exemplificativo, restringindo o cabimento somente a omissão parcial, se quisesse teria feito o mesmo com a omissão total ao apontar medidas.

¹²⁵ STF, ADI 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/05/1996, DJ. 19/05/1995, p. 34531.

Ante esses apontamentos, só resta interpretar que o cabimento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão permaneceu inalterado, restrito às omissões parciais. Não fosse suficiente toda a abstração da técnica legislativa anteriormente realizada, ainda temos outro fundamento para justificar a conclusão anterior, Interessante observar que o projeto de lei n. 2.227/2007, que originou a Lei n. 12.063/2009, foi apresentado pelo Deputado Federal Flávio Divino por sugestão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. 126 Em um comparativo entre a Lei n. 12.063/2009 e o projeto de lei 2.227/2007, notamos que não houve qualquer alteração, seja emenda aditiva ou de supressão, o que nos faz concluir que o projeto de lei foi aprovado na íntegra.

Ora, se a sugestão do projeto de lei foi feita pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, isso significa que o mesmo consubstancia, provavelmente, todos os entendimentos e anseios desse Tribunal. Como já foi exposto anteriormente nesse mesmo tópico, o Supremo Tribunal Federal construiu, ao longo dos anos, a tese de que só caberia medida cautelar em se tratando de omissão parcial. Os ministros quando da confecção do projeto de lei do processamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, resolveram manter a referida tese, agora com previsão expressa em lei, e não mais apenas em entendimentos doutrinários e decisões judiciais reiteradas.

As teses elaboradas já há muito tempo pelos ministros do Supremo Tribunal Federal ao invés de evoluir conforme a ordem lógica de todas as teses permaneceram inalteradas, mas agora legitimadas por meio de lei. Houve a oportunidade efetiva de contribuir para a evolução do combate às omissões inconstitucionais, todavia, o Supremo Tribunal Federal preferiu continuar estagnado em primados já ultrapassados. O objetivo da lei que estabeleceu a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi apenas dar legalidade ao que era adotado pelo Supremo Tribunal Federal, aparentemente, nunca foi à intenção da lei viabilizar a efetiva atuação desta ação constitucional.

No que se refere à disciplina processual da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, observamos que ela manteve um procedimento muito semelhante ao que é aplicado à inconstitucionalidade. Somente, cabe medida cautelar em caso de excepcional urgência e relevância, quando o Tribunal, por maioria absoluta de seus membros – observado o art. 22, da Lei n. 9.868/1999, que determina a presença mínima de oito ministros -, e após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, onde deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. No caso do ministro relator julgar indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo máximo de três dias. Por ocasião do julgamento da medida cautelar será facultado sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Supremo Tribunal Federal.

Caso seja concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e no Diário de Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou órgão responsável pela omissão inconstitucional, remetendo o art. 12-G, da Lei n. 12.063/2009, ao procedimento estabelecido na Seção I, do Capítulo II, da Lei n. 9.868/1999, no que couber:

¹²⁶ Conforme é apontado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na nota de rodapé. MENDES, Gilmar et al, 2008, p. 1183-1184.

Art.12-G. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II desta Lei. 127

Incorre o referido dispositivo em uma imprecisão de ordem lógica, pois não seria necessário remeter uma vez mais ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão a Seção I, do Capítulo II, da Lei n. 9.868/1999, visto que já havia feito isso anteriormente no art. 12-E, o que se mostra, no mínimo, redundante, para não interpretar como desnecessário.

A não ser que ao redigir o texto do art. 12-G, o autor da proposta tenha se equivocado na citação da Seção, e ao invés de fazer menção à Seção II, que trata da medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade, fez remissão à Seção I, da Lei n. 9.868/2009, que trata da admissibilidade e do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade. É mais lógico aplicar subsidiariamente, no que couber, as normas referentes à medida cautelar do que as que tratam da admissibilidade e do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade. Aparentemente, ocorreu um erro material em tal dispositivo, já que seria um *contra sensu* deixar de aplicar subsidiariamente as normas prevista na Seção II em detrimento da Seção I, tendo em vista que aquela tem mais chance de conter normas compatíveis com a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão do que esta.

Seja por um motivo ou por outro, é certo que o art. 12-G está cívado de uma impropriedade. Caso entendamos que realmente foi à intenção do legislador fazer menção à Seção I, do Capítulo II, da Lei n. 9.868/2009, podemos desconsiderá-lo por força do art. 12-E, da mesma lei. Por outro lado, se entendermos que na verdade houve erro material, e que a remissão deveria ser à Seção II, então estaríamos abrindo inúmeras possibilidades à medida cautelar, como por exemplo, a questão da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade previsto no art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/2009, ou nos casos de excepcional urgência o Tribunal deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou entidades responsáveis pela omissão inconstitucional, conforme art. 10, § 3º, da lei mencionada anteriormente.

A interpretação do procedimento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quanto às normas aplicáveis subsidiariamente, caberá ao Supremo Tribunal Federal fazer em suas próximas decisões a respeito. Podemos esperar, desde já, decisões polêmicas quanto a esse aspecto do procedimento, visto que é um detalhe de caráter essencial no processamento de tal ação. Aliás, medida cautelar sempre foi um ponto extremamente obscuro no que tange a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois havia muita controvérsia quanto ao seu real cabimento ou não na referida ação.

3.9.2 Manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República

¹²⁷ BRASIL. Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>. Acesso em: 21 abr. 2010.

Conforme apresentado em tópico anterior, o ministro relator da ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem a faculdade de solicitar manifestação do Advogado-Geral da União, visando auxílio para o julgamento da ação. Todavia, tal previsão se refere ao julgamento do mérito final da referida ação, no que tange a medida cautelar não há qualquer previsão manifestação do Advogado-Geral da União em medida cautelar de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que não parece ser a decisão mais acertada.

Se há previsão de que o Advogado-Geral da União se manifeste no provimento final da ação, a mesma fórmula deveria ser utilizada no provimento preliminar. Isso porque o provimento preliminar tende a ser um vaticínio do final, isto posto nada mais adequado que oportunizar ao relator a chance de solicitar parecer do Advogado-Geral da União também nessa etapa processual. Da mesma forma que o provimento final, a medida liminar possui o condão de alterar situações jurídicas ou mesmo criá-las imediatamente, por este motivo tem tanta importância quanto o momento do julgamento definitivo da ação. Justamente pela inclinação de tal provimento que se deveria ter o ponto de vista do Advogado-Geral da União.

No caso do Procurador-Geral da República, a Lei n. 12.063/2009, foi mais correta ao prever no art. 12-F, § 2º, a possibilidade de quando “o relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.”¹²⁸ A conclusão que se chega do referido dispositivo é a dispensabilidade de parecer do Procurador-Geral da República, contudo, sempre que o ministro relator julgar indispensável para melhor elucidação do caso, ouvirá o Procurador-Geral da República. Cumpre esclarecer que aqui não há a ressalva do art.12-E, da Lei n. 12.063/2009, que condiciona a manifestação do Procurador-Geral da República ao fato dele não ser o autor da ação. Logo, podemos concluir que mesmo sendo ele o autor da ação direta de inconstitucionalidade por omissão com pedido de medida liminar, deverá o Procurador-Geral da República se manifestar no prazo de três dias, quando o ministro relator, julgar indispensável, instá-lo, apesar de aparentar ser mais uma contradição.

No entanto, é possível entendermos que cabe aplicação do dispositivo que submete a manifestação do Procurador-Geral da República apenas nos casos em que não for autor da ação, por imperativo lógico-jurídico, pois seria incoerente proibir a manifestação em determinado momento, mas permitir em semelhante momento *a posteriori*.

3.9.3 Efeitos

Entre os possíveis efeitos que podem advir da concessão da medida cautelar citados pela Lei n. 12.063/2009, em seu art. 12-F, § 1º, são:

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na **suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado**, no caso de omissão parcial, bem como na **suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos**, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.¹²⁹ (grifos nosso)

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

As duas possíveis atitudes a serem adotadas pelo Supremo Tribunal Federal são, visivelmente, voltadas para a existência de norma ou ato normativo, portanto, contra omissão parcial. Analisemos agora ambas as medidas cabíveis enumeradas.

A suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, implica a indagação da regra ser considerada inconstitucional, em virtude de sua incompletude, onde deve continuar a ser aplicada até a implementação das correções reclamadas, ou se ela deve ter a sua aplicação suspensa até a deliberação do legislador.

Como é cediço hodiernamente, não se verifica a eliminação da norma defeituosa do ordenamento jurídico, por onde poderia se sustentar que a situação jurídica em questão subsiste integralmente. A favor desse entendimento poder-se-ia invocar o fato de que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, limita-se o Supremo Tribunal Federal a constatar a inconstitucionalidade da situação jurídica, sem pronunciar sua cassação, nos casos de omissão parcial. Deste feita, a norma antiga deveria ser ter preservada sua aplicabilidade até a edição de nova norma.

A concepção que advoga a subsistência da norma inconstitucional até a sua revogação pelo direito superveniente, sob o argumento de que o Supremo Tribunal Federal apenas identifica a inconstitucionalidade, não parece compatibilizar-se com o princípio da nulidade da lei inconstitucional em face da supremacia da Constituição. Esse entendimento encontra base na própria Constituição tanto no princípio do Estado de Direito (art. 1º), como na vinculação dos Poderes do Estado aos direitos fundamentais (art. 5, § 1º), a proteção aos direitos fundamentais contra a revisão constitucional (art. 60, § 4º), bem como o processo especial de revisão constitucional (art. 60). Tais regras embasam não só a diferença hierárquica entre a Constituição e a Lei e o princípio da supremacia constitucional, mas, também, as condições de validade que devem ser satisfeitas na promulgação da lei.

Dessa forma, a aplicação irrestrita da lei declarada inconstitucional somente poderia legitimar-se, enquanto regra geral, se a Constituição previsse a continuação da aplicação do direito com ela incompatível. Afirma que, consoante a sistemática brasileira utilizada para o controle da omissão, o Supremo Tribunal Federal deve limitar-se a constatar o estado de inconstitucionalidade não se mostra suficiente para legitimar a aplicação da lei após a declaração de sua inconstitucionalidade. Importante é a lição de Gilmar Mendes no sentido de que “a simples declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não autoriza a aplicação continuada da lei inconstitucional.”¹³⁰

A conduta condizente com a ordem constitucional, nesse sentido, é aquela que ao mesmo tempo em que declara a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade do processo de controle da omissão inconstitucional, suspende a aplicação da norma censurada. Isso porque aplicar a lei declarada inconstitucional configuraria séria ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade na omissão inconstitucional parcial ocorre somente em virtude da não agravação do estado de inconstitucionalidade, visto que não haveria lei aplicável à espécie, transformando uma omissão parcial em omissão total.

¹³⁰ MENDES, Gilmar et al, 2008, p. 1203.

Logo, a suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso da omissão parcial, poder ser medida necessária que, geralmente, acompanhará a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, por isso a lei trouxe previsão expressa em seu texto. Há que se reconhecer, inevitavelmente, que a aplicação da lei pode-se justificar inteiramente do prisma constitucional, naqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se indispensável no período de transição, até a promulgação da lei nova – mesmo após a pronúncia de inconstitucionalidade.

Como possível consequência da suspensão da aplicação da lei ou ato normativo questionado, impõe-se o dever de suspender, ato contínuo, os respectivos processos judiciais ou procedimentos administrativos pendentes, uma vez que a lei tida por inconstitucional não mais deve ser aplicada. Tal medida pode se afigurar recomendável, igualmente, nos casos de omissão absoluta, mormente em discussão que visa evitar a aplicação de direito ordinário pré-constitucional, considerado incompatível com o novo ordenamento.

Na parte final do dispositivo em análise, o legislador optou por garantir ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de tomar outras providências por ele fixadas, em sede de medida cautelar. Dentre tais providências pode, inclusive, o Tribunal inovar os efeitos decisórios, identificando medidas mais efetivas não previstas para o combate da omissão parcial, ou criar maneiras de conceder medida liminar no caso de omissão total.

3.10 Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Para ocorrer o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é necessário a presença mínima de oito ministros na sessão, conforme prescreve o art. 12-H, da Lei n. 12.063/2009, fazendo remissão ao art. 22, da Lei n. 9.868/1999. Caso seja declarada a inconstitucionalidade por omissão, por voto de pelo menos seis ministros, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Em caso de se tratar especificamente de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de trinta dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, segundo as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido (art. 12-H, da Lei 12.063/2009).

O dispositivo supracitado visa flexibilizar a previsão do art. 103, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que faz previsão do órgão administrativo adotar as providências cabíveis, mas não traz a possibilidade, nesse caso, do Supremo Tribunal Federal estipular outro prazo, ainda que excepcionalmente. Apesar do prazo de trinta dias aparentar ser exíguo, ele retrata um ultimato ao órgão que apesar do dever constitucional de dar eficácia à norma constitucional, preferiu ignorá-la. Isso quer dizer que o órgão administrativo teve todo o tempo estipulado pela Constituição, no caso de existir tal demarcação, ou prazo considerado razoável pelo Supremo Tribunal Federal, quando a Constituição não estipular, para tomar as providências necessárias para colmatar à lacuna, porém, quedou-se inerte.

Por fim, o art. 12-H, § 2º, da Lei 12.063/2009, remete a aplicação subsidiária, no que for compatível, ao disposto no Capítulo IV da Lei n. 9.868/1999. Certamente que tal dispositivo se refere àquilo que aplica a todas as ações de constitucionalidade, por exemplo, a irrecorribilidade da decisão que declara a inconstitucionalidade, ressalvado a interposição de embargos declaratórios não podendo,

igualmente, ser objeto de ação rescisória (art. 26, da Lei n. 9.868/1999), também aplicável a modulação temporal dos efeitos da decisão da declaração de inconstitucionalidade (art. 27, da Lei n. 9.868/1999), e a questão da publicação e observância da decisão (art. 25, cominado com o art. 28 e parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999). A questão mais esperada será, sem sombra de dúvida, saber até onde o Supremo Tribunal Federal aplicará os benefícios citados anteriormente.

IV EFEITOS DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

É humanamente impossível equacionar os problemas da humanidade.
O autor.

4.1 Eficácia contra órgãos administrativos

Na hipótese de procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão temos duas situações distintas, no que tange aos efeitos da decisão, a primeira situação se refere à extensão da omissão (já analisada anteriormente), e a segunda diz respeito ao órgão ou entidade responsável pela adoção das providências necessárias para expurgar a omissão inconstitucional. Sob essa segunda situação identificamos que a omissão pode ser atribuída a órgão administrativo ou legislativo *lato sensu* (por estar aqui a referir-se a função legislativa, o que abrange todos os órgãos encarregados do processo legislativo). Esse tópico será dedicado às omissões causadas pelos órgãos administrativos e a eficácia que a decisão judicial tem sobre os mesmos.

Com efeito, a eficácia da sentença que reconhece a omissão inconstitucional está prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. 131

É visível que a referida sentença tem caráter eminentemente declaratório, quando reconhece a omissão inconstitucional. Por outro lado, devemos reconhecer também que ela não possui apenas efeito meramente declaratório, pois dela emana um efeito ulterior de natureza mandamental, no sentido de exigir do órgão ou entidade competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão, o que é mais acentuado com relação a órgão administrativo. Nas argutas palavras de José Afonso da Silva a natureza declaratória e mandamental as sentença que reconhece a omissão inconstitucional provém, respectivamente, da análise *in concreto* e do efeito *inter partes* da decisão, conforme abstraímos do trecho apresentado a seguir:

Não se trata de verificar inconstitucionalidade em tese, mas *in concreto*, ou seja, a de que não se produziu uma medida (lei, decreto etc.) concretamente requerida pela norma constitucional. Não se cogitará, portanto, de efeito *erga omnes*, mas determinação diretamente dirigida a um Poder. 132

O raciocínio apresentado anteriormente é plenamente justificado quando percebemos que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão decorre de um caso concreto de omissão, não se trata de hipótese abstrata de incidência, e sua eficácia será

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2010.

¹³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 55-56.

voltada unicamente para o órgão omissor, o que revela não ter qualquer sorte de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos moldes do que prescreve o art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Nos casos de omissão imputada a órgãos administrativos que interfira na efetividade de norma constitucional, determinar-se-á que o mesmo empreenda as medidas necessárias ao cumprimento da vontade constitucional, devendo verificar-se a execução da ordem judicial no prazo de trinta dias. Para alguns, o prazo *ex abrupto* determinado pela Constituição é deveras exíguo, opinião perfilhada por Gilmar Mendes, da seguinte forma:

Considerando o quadro diferenciado que envolve a omissão de ato administrativo, afigura-se ilusório o prazo fixado. Se se tratar de edição de ato administrativo de caráter regulamentar, muito provavelmente esse prazo há de revelar-se extremamente exíguo. Em outros casos, que demandem realização de medidas administrativas concretas (construção de escolas, hospitais, presídios, adoção de determinadas políticas complexas etc.), esse prazo mostra-se ainda mais inadequado. 133

Com a devida *venia* ao posicionamento do eminente Ministro Gilmar Mendes, cumpre discordar do entendimento por ele exarado no sentido de se trata de um prazo curto os trinta dias determinado pela Constituição, no caso de omissão perpetrada por órgão administrativo. Isso porque devemos considerar que a omissão inconstitucional advém de, geralmente, um lapso de tempo considerado adequado para a implementação da medida requisitada pela norma constitucional. Caso consideremos as normas constitucionais que já possuem em seu corpo o prazo de implementação, ultrapassado esse prazo já se configura a omissão, já no caso das que não possuem prazo, a grande maioria das normas, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir dentro do critério da razoabilidade o prazo que deveria ter sido implementada a medida. É visível que em ambos os casos não estamos falando de prazos exíguos, como se refere o Ministro Gilmar Mendes na citação acima a respeito dos trinta dias prescritos pela Constituição. Não aparenta ser a decisão mais acertada dar um prazo muito elasticado para um órgão que vem agindo sem o devido zelo para com a Constituição, até porque o órgão omissor já teve tempo demais para colmatar a lacuna e, no entanto, preferiu ser recalcitrante com seu dever para com a norma constitucional.

Talvez por isto a Lei n. 12.063/2009, em seu art. 12-H, § 1º, resolveu flexibilizar o prazo fixado pelo art. 103, § 2º, da Constituição, já que a referida lei decorre da sugestão dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes moldes:

¹³³ MENDES, Gilmar et al, 2008, p. 1198.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. 134

Através desse dispositivo infraconstitucional o legislador outorgou ao Supremo Tribunal Federal uma liberdade que sequer foi prevista na Constituição. Agora o prazo marcado para que o órgão administrativo tome as medidas necessárias a dar fim à omissão inconstitucional será delimitado livremente pelo Supremo Tribunal Federal, segundo critério de razoabilidade (conduta humana dotada de bom senso), o que pode circunscrever o período de meses ou até anos. A previsão insculpida no final desse dispositivo certamente está a ferir a Constituição, visto que uma lei infraconstitucional não tem o condão de inovar no plano jurídico-constitucional, fazendo o papel que caberia tão somente a uma emenda constitucional.

A parte final do art. 103, § 2º, da Constituição, que fixa o prazo de trinta dias para que o órgão administrativo omissor tome as devidas providências já é dotada de eficácia plena, não admitindo norma integradora que viesse a completá-lo, até porque não há o que completar. Certamente o referido dispositivo constitucional foi reproduzido no art. 12-H, § 1º, da Lei n. 12.063/2009, com o intuito de burlar o processo constitucional de reforma da Constituição Federal de 1988, pois a flexibilização por ele efetuada deveria ter sido realizada no próprio texto constitucional, e não em norma ordinária infraconstitucional de caráter eminentemente regulamentador.

Se a intenção era elastecer o prazo fixado pela Constituição nos casos de omissão inconstitucional de órgão administrativo, deveria ter ocorrido tão alteração por meio de emenda constitucional ao art. 103, § 2º, e não fazê-lo furtivamente em lei ordinária. Logo, por abordar matéria já devidamente exaurida no texto da Constituição, devemos ter por inconstitucional a parte final do art. 12-H, § 1º, da Lei n. 12.063/2009, por invadir matéria prevista e afeta somente à Constituição, já que não é dado a uma lei ordinária frustrar a previsão insculpida na Lei Magna, em nítida aplicação a hierarquia das normas, bem como ao princípio da supremacia da Constituição.

A inobservância do prazo fixado para que o órgão administrativo lance mão das medidas necessárias a colmatação da lacuna, implica na possibilidade de responsabilização do

¹³⁴ BRASIL. Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm>. Acesso em: 22 abr. 2010

agente público encarregado da prática do ato. Insta salientar que as medidas a serem tomadas por órgão administrativo – que serão alcunhadas doravante de medidas não legislativas -, ainda que normativas (como regulamentos), geralmente, são de responsabilidade de apenas um agente público (por exemplo, Chefes do Poder Executivo).

O tratamento da omissão inconstitucional na hipótese de inação do órgão administrativo possui de fato um efeito real e concretizante. Não apenas por possuir um mecanismo sancionatório, até porque não é característica da sistemática de controle da constitucionalidade responsabilizar o órgão que incorreu na inconstitucionalidade (o que será devidamente explanado no tópico seguinte), mas sim porque acreditamos que o mero temor de responsabilização já é o suficiente para que o agente público evite ser obsequioso com a omissão inconstitucional que lhe venha a ser imputada. Portanto, a análise da eficácia sentencial em face de órgãos administrativos revela não ser de grande complexidade, pelo menos não tanto quanto ao que será apresentado doravante, tendo em vista a expressa previsão constitucional de prazo para que a medida necessária seja implementada.

4.2 Eficácia contra órgãos encarregados do processo legislativo

A justificativa para a proposição desse tópico ser sobre a eficácia sentencial contra os órgãos encarregados do processo legislativo, se dá em função dos dois momentos distintos que podemos identificar um omissão, já apresentados quando da exposição sobre as omissões legislativas, quais sejam, pela ausência de proposição ou pela *inertia deliberandi*. Desse modo, ante a mesma obrigação de colmatar preceito constitucional podem haver mais de um responsável, mas é claro, cada um em seu devido tempo. Contudo, daremos maior atenção às omissões inconstitucionais perpetradas pelo Poder Legislativo, pois insta considerar, que, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, exigia o texto um universo consideravelmente amplo de regulamentação, o que atribuía ao Poder Legislativo à tarefa de elaborar 242 normas regulamentadoras.¹³⁵ Com base nesse dado, e comparando as atribuições constitucionais, embora diversas, do Legislativo e do Executivo, no âmbito de

¹³⁵ Conferir levantamento realizado pela Consultoria-Geral da República, Folha de São Paulo de 09/09/1988, apud PIOVESAN, Flavia, Op. cit., p. 121.

regulamentação da Constituição, percebemos maior encargo direcionado ao legislador, o que o torna ator principal das omissões inconstitucionais e foco desse tópico.

A dificuldade maior da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ter efetividade é justamente em face das omissões perpetradas pelo Poder Executivo e Legislativo. Isso porque, infelizmente, a Constituição foi pulsânime ao dispor em seu art. 103, § 2º, que a decisão que declarar a inconstitucionalidade por omissão dará disso ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Não fosse suficiente a timidez do legislador constituinte com o referido dispositivo, o legislador infraconstitucional editou o art. 12-H, da Lei n. 12.063/2009, que nada fez além de reproduzir a prescrição constitucional na íntegra:

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.¹³⁶

Desta feita, observamos que a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na hipótese de omissão do Poder Legislativo ou Executivo, implica, tão-somente, na declaração de inconstitucionalidade por omissão, se julgada procedente, seguida da ciência ao Poder para que adote as providências necessárias, no sentido de suprir a omissão e conferir eficácia ao preceito constitucional.

De fato, em face desta sistemática, não há meios de se assegurar o efetivo cumprimento da norma constitucional, ou seja, nada está a garantir que o Poder Legislativo irá legislar ou o Poder Executivo irá propor as leis que lhe couber e, ao mesmo tempo, caso não legisle ou proponha, respectivamente, não há como imputar sanção ao comportamento inconstitucional deste Poderes, haja vista que a Constituição Federal de 1988, e a Lei n. 12.063/2009, só prevêm prazo e sanção, no caso de recalcitrância, para órgão administrativo.

Sendo este o panorama, e assim o é, não podemos nos limitar a interpretar literalmente o que dispõe aquelas normas em pauta, pois aceitar, sem mais, que o único efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade da omissão conduz a mera ciência desta declaração ao Poder inerte, a fim de que ele supra a omissão, não condiz com o real intento do legislador constituinte, bem como com a eficácia da referida ação constitucional, haja vista que tal resultado não resolverá o problema das omissões inconstitucionais e, no mesmo passo,

¹³⁶ BRASIL. Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>. Acesso em: 24 abr. 2010.

da não efetividade da Constituição. É o caso, portanto, de interpretar tanto o dispositivo constitucional como o infraconstitucional – na parte em que se limita a determinar “dar ciência” ao Poder competente para a adoção das providências necessárias – extensiva e sistematicamente, visto que ele proclamou muito menos do que pretendeu efetivamente proclamar.

Diante dos expostos balizamentos, tendo como premissa que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por escopo garantir a efetividade da Constituição podemos, desde logo, concluir que a Carta Magna continuará sem garantia.

Por outro lado, no que tange ao aparelho sancionatório, cabe salientar que quando se trata de controle da constitucionalidade, o que importa é assegurar o respeito, a observância e a prevalência efetiva da Constituição, enquanto norma suprema que é. Neste raciocínio, tomando por base o controle de constitucionalidade por ação, verificar-se-á que inexistem qualquer aparato sancionatório endereçado ao órgão que produziu a lei ou a ato normativo inconstitucional. Cumpre observar que no âmbito desse tipo de controle da constitucionalidade, o Poder Legislativo não é responsabilizado porque legislou erroneamente, legislou contrariamente à Constituição e nem mesmo o Poder Executivo, ao expedir decretos ou medidas provisórias inconstitucionais, é responsabilizado. Isso significa que, reiterando-se no âmbito do controle da constitucionalidade, não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou ato inconstitucional, tendo em vista que tal providência não o retira do ordenamento, não equacionando efetivamente o problema.

Em verdade, o que importa, nessa sistemática de controle, é declarar a inconstitucionalidade da norma violadora da Constituição, afastando-a por completo do sistema jurídico, em prol da supremacia constitucional. Não estamos a admitir uma inexistência completa e total de mecanismos sancionatórios, até porque existe previsão no art. 85, da Constituição Federal, de que o Presidente da República poderá, enquanto representante do Poder Executivo, incidir na prática, por exemplo, de crime de responsabilidade, quando praticar o ato que atende contra a Constituição Federal de 1988.

Ademais, cabe ressaltar que nada obsta o ajuizamento de ação de responsabilidade civil contra o Estado advindo das omissões inconstitucionais. Nesta ótica, Luiz Alberto David Araújo pondera com proeza:

A declaração judicial da omissão implica no reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Estamos diante de uma

obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso, o Poder Legislativo da União Federal e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofreram prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através da coisa julgada. (...) Quer entendendo o problema sob o prisma individual, quer sob o metaindividual, duas regras ficam claras: há um reconhecimento de falta de cumprimento do dever (obrigação) do Poder Legislativo; há um princípio de responsabilização das pessoas de direito público. As duas regras devem ser entendidas dentro da ótica da inafastabilidade do Poder Judiciária, para apreciar lesão ou ameaça de lesão de direito (inc. XXV do art. 5º).¹³⁷

No mesmo sentido, opinando pela possibilidade de haver responsabilidade civil do Estado no caso de inconstitucionalidade, afirma Jorge Miranda:

O acto inconstitucional poder ser gerador de responsabilidade civil do Estado (art. 22º da Constituição de Portugal). Ou seja, a inconstitucionalidade pode não apenas atingir o acto enquanto entre o Estado e um particular que, por causa desse acto, tenha um seu direito ou interesses ofendido e sofra um prejuízo, passível (mesmo se não patrimonial) de avaliação pecuniária. Está-se, nesta altura, a raciocinar não tanto do prisma da invalidade quanto do prisma da ilicitude: a inconstitucionalidade será um pressuposto de responsabilidade civil a acrescer a outros, entre os quais um específico dever de atuação (ou de não atuação) por parte do Estado. (...) A par da responsabilidade por actos inconstitucionais, e mais ou menos conexos com ela, pode haver responsabilidade civil do Estado por omissões inconstitucionais, *máxime* por omissões legislativas.¹³⁸ (grifos do autor)

Apresentados alguns mecanismos sancionatórios, decorrentes da prática de inconstitucionalidade, cumpre, novamente, exaltar que o ponto fulcral do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim suplantar as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e integralidade da Constituição. Isto é, a tônica de qualquer controle de constitucionalidade não é atentar propriamente aos efeitos e conseqüências das inconstitucionalidades, mas, sim, afastar com máxima eficácia a violação à Constituição que macula a unidade do sistema jurídica constitucional. Certamente uma decisão que redunde em simples comunicação da omissão não tem o condão de sanar essa violação.

É cediço que pela via de ação direta, cabe ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato normativo ou da lei, expulsá-los do sistema, em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade por omissão caberá ao Supremo Tribunal Federal, por

¹³⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da pessoas portadoras de deficiência.**

Disponível em: < http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/id/48955050.html>. Acesso em: 24 abr. 2010

¹³⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 375.

aplicação análoga, afastar a subsistência da omissão inconstitucional, que afronta a ordem jurídica. Isso significa que, de alguma forma, a inconstitucionalidade por omissão deve ser banida do ordenamento jurídico, porquanto atentatória à Constituição.

Demais, a ordem constitucional, ao instituir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, afasta-se da sistemática tradicional de controle que permite eliminar, com eficiência, as inconstitucionalidades do sistema jurídico. Em prol, certamente, do princípio da separação de poderes, acaba por comprometer os importantes princípios da prevalência e da supremacia da Constituição.

Concebendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento pelo qual se obtém, tão-somente, a declaração da omissão inconstitucional com a devida ciência ao legislador para que tome as providências necessárias à realização do preceito constitucional, é de se concluir, como exposto anteriormente, que este instrumento se torna insuficiente e insatisfatório para a efetivação das normas constitucionais, pelo menos da forma como se apresenta hoje.

Nesse sentido, e com enorme argúcia, Sérgio Fernando Moro expõe:

Ora, é certo que a Constituição brasileira não autoriza expressamente o juiz a suprir eventual omissão legislativa para o desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. No entanto, cumpre reconhecer que também não proíbe expressamente atividade da espécie. (...) No tocante ao controle da inconstitucionalidade por ação, deve-se destacar que o juiz invalide lei que repete inconstitucional. (...) Se não existe nem se exige autorização constitucional expressa para que o juiz extraia as conseqüências decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, no que se refere ao controle por ação qual a razão de se exigir para o controle por omissão? (...) O julgador, no exercício do controle de constitucionalidade, invade inevitavelmente área do legislador. Assim age, entretanto, para resguardar a supremacia da Constituição. Aliás, a intensidade da interferência parece ser maior no caso de invalidação de ato legislativo inconstitucional do que no de suprimimento de omissão inconstitucional. No primeiro caso, o juiz estará sobrepondo sua interpretação da Constituição à interpretação legislativa, dizendo que a lei, um ato positivo do legislador, é incompatível com a Carta Constitucional. No segundo o juiz apenas atua supletivamente, censurando não uma ação do legislador, mas uma omissão, ou melhor, talvez apenas desenvolvendo e efetivando a Constituição, independentemente do legislador e no âmbito de suas atribuições específicas, ou seja, no julgamento de casos concretos, sem que sequer cogite de uma censura a outro poder constituído. Se em um regime democrático são

problemáticas decisões judiciais que invalidam decisões legislativas, menos problemáticas são decisões que suprem vazios legislativos.¹³⁹

Ante o exposto alhures, e a título de proposição, com amparo no direito fundamental à efetivação da Constituição, impõe-se defender uma interpretação mais ampla àquela literal prevista no art. 103, § 2º, da Constituição, sustentado que mais conveniente e eficiente seria o Supremo Tribunal Federal, além de dar ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissor, fixasse prazo razoável para o suprimento da omissão, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo a ser fixado poderia corresponder tanto ao prazo da apreciação em “regime de urgência”, que nos termos do art. 64, § 2º, da Constituição, é de 45 dias¹⁴⁰, como do prazo até o final da legislatura, que são de quatro anos, a depender do caso concreto.¹⁴¹ Findo o prazo, sem qualquer providência adotada, o Supremo Tribunal Federal poderia, a depender do caso, se a hipótese for de omissão de índole normativa, dispor normativamente da matéria constante na norma constitucional não regulamentada, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante, com efeito *erga omnes*. Tal consequência viabilizaria, desde logo, a concretização do preceito constitucional, ressaltando-se que longe de vulnerar a princípio da divisão de funções estatais, estaria conciliando o princípio político da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, consubstanciado na exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

Com fulcro nessa proposição estar-se-ia, portanto, satisfazendo o princípio da supremacia e efetividade da Constituição sem violar o tão precioso princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o Poder Legislativo não perderia a sua autonomia, na medida em que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, é oferecido prazo razoável para o legislador adotar as providências cabíveis. Somente no caso de não suprimento da omissão é que poderia o Supremo Tribunal Federal, se fosse o caso, expedir decisão de cunho normativo provisório, a fim de tornar viável o preceito constitucional. Dessa forma o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, apenas estaria fazendo cumprir a vontade constituinte, realizando, na sua plenitude, a vontade da norma constitucional.

Para melhor demonstrar a não violação do princípio da separação dos poderes, fazemos uso da argumentação exposta por Luis Roberto Barroso, *mutatis mutandis* alterando

¹³⁹ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 84-86.

¹⁴⁰ No mesmo sentido conferir PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 126.

¹⁴¹ Nos moldes do que é aplicado pelo Tribunal Constitucional alemão, segundo explicação em QUARESMA, Regina. Op. cit., p. 40.

no texto onde está previsto mandado de injunção por ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sem qualquer prejuízo, seja na argumentação, seja nos fundamentos lançados, pois as duas ações têm o mesmo objetivo de expurgar a omissão inconstitucional do nosso ordenamento jurídico:

Ainda em relação ao tema, cabe uma última observação acerca da legitimidade do estabelecimento judicial de um regramento temporário nos casos de omissão legislativa. Tal possibilidade não deve ser vista como violação à separação dos Poderes, pelo menos por dois motivos. Em primeiro lugar, pelo fato de a própria Constituição ter instituído o mandado de injunção para o controle das omissões inconstitucionais, sendo certo que a doutrina já defendia que o efeito normal da decisão deveria ser o suprimento da omissão. A atribuição de eficácia geral à disciplina temporária assim instituída confere racionalidade ao sistema e tutela a isonomia evitando que situações semelhantes recebam tratamentos distintos, por motivos diversos. Em segundo, veja-se que os poderes constituídos em geral, incluindo o legislador, estão submetidos à Constituição. No caso, o principal fator de legitimação da atuação do judiciário é a omissão de outro Poder, que tenha como efeito a paralisação da eficácia de normas constitucionais. O provimento do mandado de injunção serve justamente para evitar a eternização dessa situação de desrespeito à força normativa da Constituição.¹⁴² (grifos nossos)

Cumpra observar que, nas hipóteses em que a atuação do legislador fosse absolutamente insubstituível, não caberia ao Supremo Tribunal Federal dispor normativamente, por exemplo, as normas relativas a projetos de códigos e projetos de leis restritivas de direito, como as definidoras de condutas delituosas e imposições tributárias, bem como as normas de eficácia limitada do tipo institutivo (referente à Defensoria Pública, Advocacia-Geral da União, Conselho da República etc.).

Para solucionar o problema dos limites à atuação suplementar do Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de omissão legislativa, propõe Flavia Piovesan:

Haveria que se distinguir o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer, necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador. Vale dizer, caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade de o Poder

¹⁴² BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 274.

Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige regulamentação.¹⁴³

Outra aplicação por analogia, além da proposição do prazo, seria o Supremo Tribunal Federal além de fixar um prazo em regime de urgência para o legislador produzir a medida necessária, poderia determinar o trancamento da pauta do Congresso Nacional transcorrido *in albis* o prazo fixado, nos moldes do que é previsto no processo legislativo de conversão das medidas provisórias e naquele em que o Presidente da República solicita urgência.¹⁴⁴

Há diversas soluções no direito comparado para a resolução das omissões inconstitucionais. Dentre elas podemos citar as chamadas sentenças aditivas proferidas pela Corte Constitucional italiana, na qual a referida corte, em sede de omissão parcial, complementa a medida normativa imperfeita, quando, por exemplo, se trata de violação ao princípio constitucional da isonomia, em razão de interpretação equivocada ou deliberada exclusão de benefícios a pessoas decorrente de interpretação equivocada ou deliberada exclusão de benefícios a pessoas ou grupos, a Corte estende a vantagem ao grupo involuntariamente esquecido.

Nessa ordem de idéias, cremos não assistir razão àqueles que invocam os princípios da democracia e da separação de poderes como óbices à possibilidade de atuação supletiva judicial. É bem sabido por todos que não existem princípios estanques e absolutos na Constituição, ou seja, todos os princípios são passíveis de mitigação quando se busca a harmonização entre eles. Há determinados momentos, e isso é inevitável, que uns devem prevalecer sobre os outros, com vistas a manter a eficácia, integridade e supremacia constitucional. Os princípios da democracia e da separação dos poderes não são maiores ou mais importantes que o princípio da supremacia constitucional e do direito fundamental à efetivação da Constituição. É plenamente justificável que velhos dogmas e princípios formas sejam mitigados, porquanto não podem servir de embaraços à efetivação daquilo que congrega todas as aspirações de um povo, que de sua própria Lei Maior espera haurir toda a sua felicidade.

Vale citar ainda que o ordenamento jurídico brasileiro possui dispositivos infraconstitucionais de interpretação e integração das leis, em caso, por exemplo, de omissão legislativa. Subsume-se, basicamente, em relação a tais dispositivos tratarmos da Lei de Introdução ao Código Civil, considerado a lei das leis. Dentre as normas passíveis de

¹⁴³ PIOVESAN, Flavia. Op. cit., p. 127.

¹⁴⁴ Nesse sentido também, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 234.

aplicação nas omissões inconstitucionais temos o art. 4º, da referida lei, que pontua “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”¹⁴⁵ Isso quer demonstrar que o juiz não pode proferir uma decisão *non liquet*, entendendo-se juiz no sentido *lato sensu* da expressão, o que abrange, inclusive, os ministros do Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário. Sabemos que a Constituição Federal foi tímida e lacunosa ao prever a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que nos faz inferir que o juiz deve preencher tal omissão utilizando-se da analogia com instrumentos já apresentados anteriormente. Tal proposição é corroborada pelo disposto nos artigos 126 e 335, do Código de Processo Civil, que versam o seguinte sobre a obrigatoriedade do órgão judicante se pronunciar efetivamente sobre a matéria apresentada perante si:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito

Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.¹⁴⁶

Isto posto, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal não deve se eximir de aplicar uma solução a contento da Constituição. Por mais que a própria Constituição tenha se omitido quanto ao estabelecimento de uma medida eficiente para afastar as omissões inconstitucionais do Poder Legislativo, não quer isto significar que o Supremo Tribunal Federal também possa se omitir a fazer alguma coisa nesse sentido, o que já vem fazendo regularmente quando se restringe a dar mera ciência da omissão ao Poder competente. Segundo os preceitos apresentados estaria a Suprema Corte decidindo *contra legem*, o que deveria ser corrigido por meio da adoção de medidas efetivas ao afastamento das omissões legislativas.

Todas as proposições aqui apresentadas estão em absoluta consonância com a sistemática constitucional. Basta, por analogia, refletir sobre a sistemática constitucional da adoção de medidas provisórias pelo Presidente da República, nos termos do art. 62 da Carta de 1988. Visivelmente trata-se de verdadeira função atípica do Poder Executivo, só

¹⁴⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 27 abr. 2010.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 27 abr. 2010.

admissível em casos de relevância e urgência, mas que de forma patente mitiga o princípio da separação dos poderes. Nos termos em que foi concebida pela Constituição, a medida provisória é precária, temporária, apresentando eficácia imediata (força de lei) e só se convertendo em lei quando de sua aprovação pelo Congresso Nacional.

A sugestão é justamente possibilitar à sentença em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em caso de relevância e urgência constitucional, o Supremo Tribunal Federal resolver satisfatoriamente a lide, se assim permitir o caso, mediante a expedição de sentença normativa provisória, até que a omissão venha a ser em definitivo suprido pelo órgão competente.

Essa observação é feita por José Afonso da Silva nos seguintes termos:

Não há de se limitar à mera ciência sem conseqüências. Se o Poder Legislativo, não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos terá que dar alguma satisfação ao Judiciário. É certo que, se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar. Por isso é que, no caso de inconstitucionalidade por omissão, propugnáramos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito.¹⁴⁷

Não é esse, contudo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. A Suprema Corte vem decidindo conforme o prescrito na ADI 1.458-DF:

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão inadimplente.¹⁴⁸

Sem embargo, tal raciocínio, como se percebe, não leva em conta, com a devida *venia*, o sistema jurídico-constitucional, mas tão-somente a literalidade da norma (§ 2º, art. 103, Constituição Federal de 1988). Talvez seja o momento do Supremo Tribunal Federal, revendo sua posição, adotar a técnica teleológica de interpretação e integração da norma, com o fito de melhorar suas decisões.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da, 2009. Op. cit., p. 56.

¹⁴⁸ STF, ADI 1.458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU. De 20/09/1996, p. 34.531.

O primeiro passo já foi dado pelo Supremo Tribunal Federal. Em julgamento realizado na sessão plenária de 09 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em decisão inédita exarada em sede da ADI 3.682/MT, reconheceu, além da mora do legislador relativamente à omissão da regulamentação do § 4º do art. 18, da Constituição, o dever constitucional de legislar do Congresso Nacional, com o que impôs ao órgão legislativo da União o prazo de dezoito meses, apesar de ser dilatatório, para cumprir a sua obrigação, e elaborar a lei complementar a que se refere o preceito constitucional:

Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nº 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689, para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.¹⁴⁹

Devemos acolher a referida decisão como patente demonstração do início de transformações favoráveis às teses aqui expendidas, de forma que o Supremo Tribunal Federal finalmente está superando antigos dogmas há muito tempo incompatíveis com a sua missão de guardião da Constituição que possui. Não há ainda como fazer projeções a respeito da continuidade da evolução dos julgados do Supremo Tribunal Federal, até porque esse julgado é um *leading case* inicial e, por isso, ainda isolado. Mesmo com todos os argumentos favoráveis a evolução, ainda é difícil esperar que o Supremo Tribunal Federal mude de chofre sua jurisprudência acerca do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão com o fim de adotar medidas mais enérgicas de resolução da omissão como, por exemplo, a sentença normativa, até porque desde 2007 não julgou mais nenhuma ação dessa espécie.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao presente termo desta monografia, resta apenas tecer nossas ávidas conclusões sobre os trabalhos levados a efeito. É certo que a importância do presente estudo

¹⁴⁹ STF, ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 06/09/2007 - ATA Nº 40/2007.

encontra respaldo na relevância de se aferir aplicabilidade total a todos os preceitos constitucionais. Não é de todo uma surpresa que esta monografia foi gestada com seu foco principal convergindo para os efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Entretanto, antes de realizar a ilação tão esperada sobre o pilar do trabalho, imperioso é revisitar as construções que possibilitaram a origem, o desenvolvimento e o fim do trabalho. Para a dita análise seccionar-se-á as explicações em, basicamente, cinco aspectos da monografia, o objeto sob o qual recai a questão central, o defeito inerente ao objeto, os instrumentos existentes para combater o defeito, o manejo do instrumento e, por fim, a utilidade que o instrumento representa para sanar o defeito.

Tendo em vista ser uma inovação no sistema jurídico brasileiro, surgiu apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, o estudo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão vem sendo desenvolvido de maneira bem perfunctória. No contexto da problemática relativa à inconstitucionalidade por omissão, a referida ação tem se mostrado um remédio constitucional mal manuseado por nossos juristas, apesar de ser um instrumento muito útil. Isso se deve ao fato de não existir uma doutrina consolidada sobre este assunto, haja vista tratar-se de uma criação com pouco mais de duas décadas, tempo esse que não se mostra suficiente para se sedimentar conjecturas sólidas sobre tal instituto.

Hodiernamente, vislumbramos que o Supremo Tribunal Federal e a doutrina mais abalizada, têm encontrado mais dúvidas que respostas acerca do instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que torna ela extremamente fascinante ao mesmo tempo, talvez, um dos assuntos mais tormentosos no ordenamento jurídico brasileiro. Ao analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal aqui apresentadas, é facilmente perceptível que apesar de ser um instituto com grandes possibilidades, o mesmo vem sendo utilizado de maneira bem aquém do seu potencial. Basta um estudo superficial no teor das decisões e já vemos que estão sem parâmetros firmes e com pouco ou quase nenhum poder coercitivo. O que estamos expondo é que toda uma jurisprudência vem sendo, aos poucos, inaugurada.

É preciso entender que apesar de se tratar de um assunto ainda contemporâneo em nosso país, devemos desenvolvê-lo inspirados em experiências no direito comparado concomitante a um estudo aprofundado do tema. Em diversos países as omissões são solucionadas de maneira eficiente, seja com sentenças normativas, seja com efetiva proposição de normas supletivas. No Brasil ainda caminhamos a passos vagarosos nesse

sentido, pois nossa previsão de combate das omissões inconstitucionais apenas prevê a ciência da omissão ao Poder competente para que tome as medidas necessárias. Hoje, é essencial que enfrentemos o tema de maneira mais enérgica, identificando todas as suas facetas, nesse sentido que a presente monografia está estruturada, ante a análise doutrinária e jurisprudencial, tanto nacional como internacional, da eficácia da decisão que reconhece a omissão inconstitucional.

Em princípio percebemos sem muita dificuldade que o objeto sob qual recai a questão central da monografia são as normas constitucionais. Essencial ao início da presente pesquisa é analisar de forma acurada as normas constitucionais e suas matizes de validade, eficácia e aplicabilidade. Tal divisão é indispensável quando tratamos das normas de uma Constituição que é marcadamente dirigente, como o é a Constituição brasileira. Contudo, sobreleva a análise da categoria jurídica da aplicabilidade das normas constitucionais, uma vez que é a partir de tal categoria que será possível dividir as normas passíveis de ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não olvidando o fato de os doutrinadores aqui citados classificarem a norma válida como aquela que está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior, à luz de um sistema normativo escalonado, esqueceram de pontuar que de acordo com o sistema brasileiro de escalonamento, é essencial que as normas também não extrapolem sua área de atuação, não bastando à conformidade com a lei superior.

Por tratar-se de matéria há muito controvertida, hoje em dia nem tanto assim, existem variadas teorias da aplicabilidade das normas constitucionais. Devido à grande gama de teorias pesquisadas, mostrou-se necessária a divisão das normas seguindo dois grupos maiores, um referente à doutrina estrangeira, e o outro referente à doutrina nacional, além da confecção de uma linha temporal da evolução das teorias partindo das mais antigas para as mais modernas. Não obstante a devida importância metodológica e qualidade de todas as teorias apresentadas, optamos por utilizar a classificação consagrada de José Afonso da Silva, que identifica as normas constitucionais, quanto a sua aplicabilidade, como de eficácia plena, contida e limitada. A referida escolha não ocorreu ao acaso, porquanto tal teoria é a que melhor se encaixa e identifica a proposta desta monografia, já que ao mesmo tempo em que é simples em suas proposições é completa em sua extensão. Ao adotar a referida teoria descobrimos que a presente monografia focou de forma especial as normas constitucionais de eficácia limitada, pois são àquelas que não têm o condão de produzir todos os seus efeitos essenciais sem que haja uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia.

Identificado o objeto, descobrimos que desde muito cedo foi constatado um defeito capaz de macular a fruição do mesmo, qual seja, a omissão inconstitucional do Estado. A omissão inconstitucional se apresenta no ordenamento jurídico como uma chaga das mais difíceis de combater. Tanto é assim que quando foi constatada sua existência os alemães se recusaram a dar uma solução. A caracterização da omissão inconstitucional ocorre quando, ultrapassado um determinado lapso temporal entre a previsão na norma constitucional e a inatividade do órgão ou entidade responsável por tomar medidas com vistas à colmatar à lacuna. Uma vez efetivamente constatado a existência de uma omissão inconstitucional vemos que não se trata de um fenômeno simples. Isso porque, o mesmo se apresenta bifurcado em variadas espécies, dentre as quais temos a omissão inconstitucional total ou parcial, de medida de índole administrativa ou legislativa, por ausência de proposição ou *inertia deliberandi* e, finalmente, na Constituição Federal ou nas Constituições estaduais.

Como existe uma lógica perfeita em todas as coisas, assim como para o defeito existe uma correção, aqui tal ensinamento não se faz exceção. Para o defeito das omissões inconstitucionais foram concebidos alguns mecanismos de combate no direito comparado, mas no Brasil foram previstos apenas dois instrumentos, quais sejam, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Contudo, a presente pesquisa de cunho científico tem suas forças voltadas, tão-somente, ao estudo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que já representa um trabalho de inclinação hercúlea, com fôlego suficiente a produção dessa monografia.

As duas questões mais polêmicas referentes à ação direta de inconstitucionalidade por omissão se referem ao procedimento e aos efeitos de sua decisão. Na verdade, a polêmica que permeava o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão era o fato de, apesar de ser um instrumento criado para atacar as omissões inconstitucionais, chegou-se ao absurdo de não possuir regulamentação própria por um largo lapso temporal. Por cerca de 21 anos foi aplicado o rito da ação direta de inconstitucionalidade à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tal desatino perdurou por tempo suficiente a prejudicar o pleno desenvolvimento da referida ação, quando, finalmente, em outubro de 2009, foi editada a Lei n. 12.063, que acrescenta o Capítulo II-A à Lei 9.868/1999, e estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não que a referida norma tenha primado por uma perfeita harmonia e efetividade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mas já é uma demonstração de que as mudanças estão acontecendo.

A lei que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade por omissão teve como função notável apenas, e tão-somente, legitimar por meio legal a praxe que estava sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal antes de sua edição, isso sem alterar as partes anacrônicas. Poucas inovações foram introduzidas no procedimento dessa ação por parte da Lei n.12.063/2009, dentre as alterações positivas podemos citar a previsão expressa da medida cautelar, bem como a intervenção dos demais legitimados ativos no curso da ação. Entrementes, quanto às alterações negativas há, salvo crasso engano, o que temos por um expressivo equívoco ou um erro material do legislador, no mínimo, no que tange ao art. 12-G, da Lei n. 12.063/2009. Isso porque tal preceito faz uma remissão à Seção I, do Capítulo II, da Lei n. 9.868/1999, que na verdade, já foi feito anteriormente pelo art. 12-E.

Podemos também alçar a conclusão de ter ocorrido um erro no dispositivo, isso pelo fato da Seção I, a que remete o art. 12-G, não tratar de dispositivos referentes à medida cautelar, em caso de interpretação para aplicação subsidiária, devemos procurar as normas que são compatíveis, logo, as que tratam da mesma matéria em instituto análogo. Em verdade é a Seção II, do Capítulo II da Lei 9.868/1999, que trata da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Posto isto, só resta concluir por um grave equívoco do legislador em fazer tal remissão, visto que está a inviabilizar a aplicação de institutos compatíveis a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mas que só tem previsão na Seção II, do Capítulo II, da Lei n. 9.868/1999, a que não foi feita menção.

Por fim, outra questão polêmica que merece registro na ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a referente à efetividade de seus provimentos. Mesmo após mais de 21 anos não se conseguiu evoluir quase nada a respeito dos efeitos da decisão que reconhece a omissão inconstitucional. Isso porque desde a sua promulgação a Constituição Federal de 1988 já previu o prazo de 30 dias para que as omissões inconstitucionais perpetradas por órgão administrativo fossem sanadas, sob pena de responsabilização. O problema com tal preceito é a visível desvirtuação que ele sofreu, pois sob o pretexto de regulamentá-lo o art. 12-H, § 1º, da Lei n. 12.063/2009, inovou no plano jurídico-constitucional, flexibilizou o prazo constitucional, relegando sua estipulação ao Supremo Tribunal Federal. Visivelmente está eivado de inconstitucionalidade o referido dispositivo por total incompatibilidade com os preceitos constitucionais, já que estão totalmente dotados de eficácia plena, devendo, portanto, ser rechaçado do ordenamento jurídico pátrio.

O Supremo Tribunal Federal, sob a argumentação de preservação de alguns princípios, tem se retraído em suas decisões que constataam a existência de omissão inconstitucional, isso em detrimento de tantos outros princípios. Seguindo a literalidade do disposto no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal se resume em reconhecer a omissão inconstitucional e dar mera ciência ao órgão ou entidade omissa, desde que não seja órgão administrativo. Isto, nem de longe, é o bastante para dar funcionalidade à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como permitir a plena eficácia ao conjunto e normas constitucionais de eficácia limitada. A luz do direito comparado é perfeitamente possível no Brasil aplicar o instituto das sentenças normativas, onde além das providências de praxe já enumeradas alhures, o Supremo Tribunal Federal fixaria prazo peremptório para que o referido órgão tome as medidas necessárias a expurgar a situação de omissão, em caso de recalcitrância estaria o Supremo Tribunal Federal autorizado a emitir sentença com efeitos normativos temporários, até que o Poder omissor tomasse as medidas necessárias a colmatação da lacuna inconstitucional.

Inclusive devemos ter em mente que mesmo os países que não possuem explicitamente um sistema de controle das omissões estatais, como a Alemanha, Áustria, Itália e Espanha, têm-se, por meio das Cortes Constitucionais, logrado obterem resultados semelhantes em face da adoção de técnicas de interpretação e integração, que resultam em decisões de caráter nitidamente mistas, tanto judiciais como normativas. É verdadeiramente a representação de que qualquer sistema jurídico pode ser adequado a realidade de um combate efetivo frente ao problema das omissões inconstitucionais, mesmo que não haja previsão expressa na Constituição para tal finalidade, ou que tal previsão seja deficiente.

Contudo, apesar da existência desses provimentos alternativos, o Supremo Tribunal Federal insiste em se restringir a expedir apenas ciência da omissão inconstitucional ao Poder competente. É possível, no entanto percebermos que hodiernamente está ocorrendo pulsânimes evoluções nas decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso com base no julgamento da ADI 3.682/MT, em que o Supremo Tribunal Federal além de reconhecer a mora do legislador no dever constitucional, impôs ao Poder Legislativo da União o prazo de dezoito meses para que tomasse as medidas legislativas cabíveis, ainda que se trata de prazo meramente dilatatório, haja vista a impossibilidade de, nesses casos, se impor prazo peremptório. Vislumbramos que o Supremo Tribunal Federal está engatinhando em direção as aspirações da Constituição e do povo, que é a de ver todas as normas constitucionais gozando de eficácia plena.

Trata-se de grata evolução da decisão em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porém ainda pífia. Acertadamente no caso citado utilizou-se da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade pelo prazo de 24 meses das leis estaduais que criaram municípios, mesmo sem existir a lei complementar federal com normas gerais necessárias a tal consecução. Não se deve deixar de reconhecer que essa decisão representa uma efetiva evolução no combate às omissões inconstitucionais, pois ainda que de maneira pulsânime resolveu-se estipular prazo para o legislador colmatar a lacuna constitucional. O problema é que ainda não se chegou ao ponto de prever qualquer sanção para o descumprimento do prazo fixado, de forma que, como a própria decisão se refere, é um prazo meramente dilatório. Ainda assim, significa uma brecha para que se continue a evoluir esse pensamento com fulcro de transformar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão um instituto efetivamente eficaz e um instrumento de defesa da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Disponível em: <

http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/id/48955050.html>. Acesso em: 24 abr. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2010.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

Acesso em: 27 abr. 2010.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 27 abr. 2010.

_____. Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato

[2007-2010/2009/lei/112063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2007-2010/2009/lei/112063.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2010.

_____. Informativo STF n. 466, de 16-05-2007. ADI por Omissão: Criação de Município e Lei Complementar Federal – 1 e 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//ARQUIVO/INFORMATIVO/DOCUMENTO/INFORMATIVO466.HTM>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 2 ed. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da Constitucionalidade: teoria e prática**. 3 ed. Bahia: JusPodvm, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ÍNDIA. Constituição (1949). Constituição Indiana: promulgada em 26 de novembro de 1949. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/in00000_.html#A032>. Acesso em: 16 mar. 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella. 5 ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 2 ed. revista. São Paulo: Revista dos tribunais, 1970. t. 1.

PORTUGAL. Constituição (1988). Constituição da República Portuguesa: promulgada em 25 de abril de 1976. Disponível do original em : <http://www.portugal.gov.pt/pt/GC17/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao/Pages/constituicao_p36.aspx>. Acesso em: 16 mar. 2010.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.