TJPA revista

• REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ • ANO 69 • Nº 115 • SETEMBRO DE 2015 •

ISSN - 0103 - 9105

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

TJPA revista

REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

ANO 69

Nº 115

BELÉM - PARÁ

APRESENTAÇÃO

Na era digital, pela preservação do meio ambiente

Todos os esforços que se façam nunca serão suficientes para que a humanidade fortaleça a consciência ambiental que deve presidir os entes preocupados com a vida no planeta, exposto aos incidentes climáticos que devastam cidades, destroem bens e ceifam vidas. Entre as tantas causas das intempéries, cada vez mais frequentes, ganha relevância o desequilíbrio ecológico em que desponta a devastação das florestas pela indústria madeireira e pelos fabricantes de papel e celulose. Cabe a cada um de nós, particularmente às instituições públicas e privadas, parcela significativa para que a natureza seja poupada de ações que possamos evitar, contemplando a preservação dos elementos responsáveis pelo equilíbrio do contexto ambiental, constituído pelos recursos naturais que o Criador legou à humanidade.

Os diferentes segmentos do Tribunal de Justiça do Estado já vêm desenvolvendo práticas ambientais, em que se incluem o recolhimento e classificação de descartáveis, repassados a entidades de recicláveis, bem como campanhas de conscientização para a necessidade e importância de atitudes para proteção do meio-ambiente. Agora, damos mais um significativo passo ambientalista, configurado nesta primeira edição da Revista do TJPA da gestão que me foi confiada pelos eminentes pares. Inauguramos a era virtual de publicações institucionais, na modernidade da mídia eletrônica que transforma as edições gráficas em coisas do passado, como parte das ações que

RICARDO LIMA

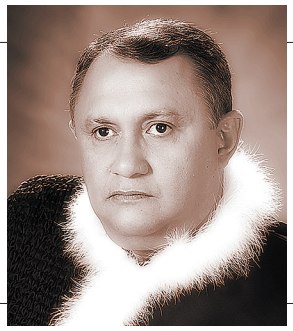
nos cabem, também nesse particular, na preservação da natureza.

Essa inovação editorial do nosso Poder Judiciário não se restringe apenas a poupar árvores e outros elementos da natureza dos quais são extraídos os insumos utilizados pela indústria gráfica. Propicia, igualmente, relevante impacto positivo na economia de recursos orçamentários, que vinham sendo utilizados na impressão de revistas, folhetos e outras peças de informação e esclarecimento, acrescidos dos custos de distribuição dos respectivos exemplares para destinatários no Estado e no país. Levantamentos dos gastos com impressos revelaram significativo volume de valores neles aplicados, valores que passam a ser redirecionados às áreas meio e fim do Poder Judiciário, sempre carentes de recursos cada vez mais necessários.

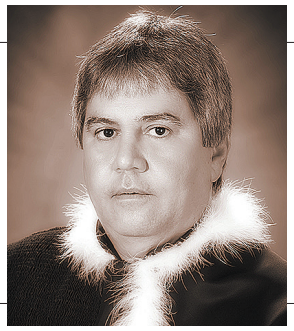
Há, ainda, o ganho de especial significação, na universalização e a consequente maior difusão do conteúdo destas publicações, através das novas mídias. Deixam de ficar restritas aos exemplares físicos, não raro depois adormecidos nas prateleiras e gavetas. Estarão mais disponíveis à consulta e pesquisa através da rede mundial de computadores no Portal do Tribunal, bem como através dos exemplares em CD em que as publicações específicas serão enviadas a Instituições e entidades relacionadas às atividades jurídicas e jurisdicionais. Estamos, assim, pavimentando os caminhos que vimos trilhando na modernização de sistemas e práticas, perseverando o meio ambiente, ampliando o acesso às informações e potencializando os recursos do Judiciário.

Desembargador Constantino Augusto Guerreiro
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

DESEMBARGADORES



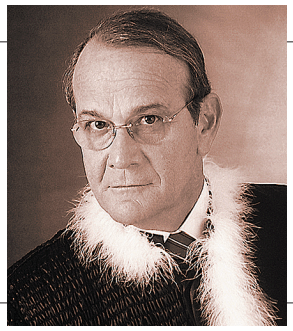
Des. Constantino Augusto Guerreiro
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO



Des. Ricardo Ferreira Nunes
VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO

Desª. Diracy Nunes Alves
CORREGEDORA DA REGIÃO METROPOLITANA

Desª. Maria do Céo Maciel Coutinho
CORREGEDORA DO INTERIOR

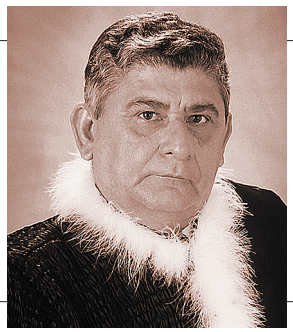


Des. Milton Augusto de Brito Nobre

Des. Rômulo José Ferreira Nunes

Desª. Luzia Nadja Guimarães Nascimento

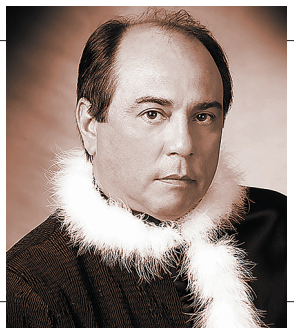
Desª. Vania Valente do Couto Fortes Bitar Cunha



Des. Raimundo Holanda Reis

Desª. Vânia Lúcia Carvalho da Silveira

Desª. Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos



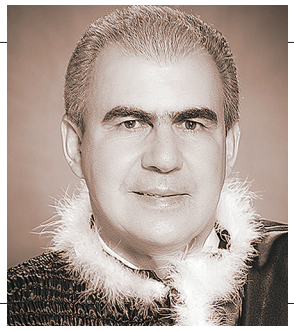
Des. Leonardo de Noronha Tavares

Desª. Marneide Trindade Pereira Merabet

Desª. Célia Regina de Lima Pinheiro

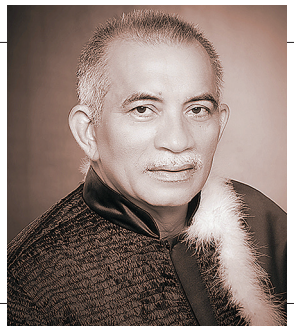
Desª. Maria de Nazaré Saavedra Guimarães

Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior



Des. Ronaldo
Marques Valle

Desª. Gleide
Pereira de Moura



Des. José Maria
Teixeira do Rosário

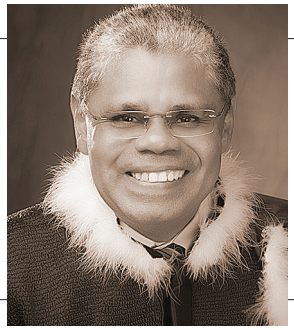
Desª. Maria Edwiges
Miranda Lobato

Des. Roberto
Gonçalves de Moura

Desª. Vera Araújo
de Souza

Desª. Maria Filomena
de Almeida Buarque

Desª. Edinéa
Oliveira Tavares



Des. Luiz Gonzaga
da Costa Neto

RICARDO LIMA

O busto de Ruy Barbosa *está em exposição no Salão Nobre do Tribunal de Justiça do Pará.*

Ruy Barbosa *(R. B. de Oliveira), advogado, jornalista, jurista, político, diplomata, ensaísta e orador, nasceu em Salvador, BA, em 5 de novembro de 1849, e faleceu em Petrópolis, RJ, em 10 de março de 1923.*

SUMÁRIO

Página 11

LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

ENTREVISTA

Página 17

Depósitos Judiciais, empréstimo compulsório disfarçado ou mais um caso de voracidade do Leviatã

MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
Presidente do Conselho dos Tribunais de Justiça

Página 25

A Ética na função judicial à luz da Constituição FederalBrasileira de 88

LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR
Desembargador do TJE/PA

Página 31
Tarifa de liquidação antecipada de operações de crédito. Limites legais de incidência.

FÁTIMA NANCY ANDRIGHI
Ministra do STJ

Página 37

O Direito e a Religião entre a (a)confessionalidade e o ateísmo: por uma ressignificação dos parâmetros da laicidade brasileira processo de execução.

CARLOS AUGUSTO LIMA CAMPOS

Página 47

A eficácia da repercussão geral e os poderes do relator

FERNANDO JOSÉ VIANNA OLIVEIRA

Página 57

A exceção de pré-executividade como defesa do executado no processo de execução.

JULIANA OLIVEIRA BAIA

Página 63

A responsabilidade dos entes federativos no fornecimento de medicamentos na jurisprudência do STF

MÁRCIO DE ALMEIDA FARIAS

Página 75

Os reflexos da desestrutura familiar nos atos infracionais: uma realidade de exclusão

MICHELE MARIA BRITO DA PONTE SOUZA

SHELLEY MACIAS PRIMO

ENTREVISTA

LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

A meta é melhorar sempre e cada vez mais o acesso do cidadão à Justiça

Paraense de Belém, a desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento se orgulha de ter vivenciado todas as áreas que formam o tripé da Justiça. Recém-formada, exerceu a advocacia ao lado do tio Walter Negrão Guimarães. Não tardou a prestar concurso público, ingressando no Ministério Público, onde galgou as três entrâncias até alcançar o segundo grau, assumindo o cargo de Procuradora de Justiça.

Ao Judiciário chegou em 2003, assumindo o cargo de desembargadora por Decreto Governamental, oriunda do Quinto Constitucional, na vaga reservada ao Ministério Público. "Abracei a magistratura e entreguei-me inteiramente à sublime missão de distribuir a Justiça aos meus semelhantes. Aceitei todos os encargos a mim confiados pelo bem do Poder Judiciário e de todos os jurisdicionados. Estou em minha casa. Sou e procedo como magistrada e devoto todo meu vigor nesse caminhar", disse ela em seu discurso de posse.

> ***Abracei a magistratura e entreguei-me inteiramente à sublime missão de distribuir a Justiça aos meus semelhantes***

No Tribunal de Justiça do Pará, exerceu a função de corregedora de Justiça das Comarcas da Região Metropolitana de Belém no biênio 2007/2008, presidiu a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado do Pará (CEJAI) e geriu o Sistema de Gestão de Processos Judiciais (LIBRA). Também integrou o Conselho da Magistratura da Corte no biênio 2005/2006; presidiu as comissões de Informática, de Concurso Público para Servidores (2006), e de Organização Judiciária e Regimento, Assuntos Administrativos e Legislativos (2007); além de comandar a implementação do Sistema de Gestão Processual (LIBRA), que modernizou e inovou na área de tecnologia da informação, permitindo ao Judiciário do Pará contar com um banco de dados centralizado, empregando maior segurança aos dados judiciais de todas as Comarcas do interior e capital.

Na entrevista a seguir, Luzia Nadja fala sobre a experiência que acumulou no sistema Judiciário e sobre a importância do planejamento durante sua gestão à frente do TJPA, no biênio 2013-2015, período em que priorizou a melhoria do acesso à Justiça, o fortalecimento do 1º grau e os investimentos em tecnologia da informação.

Quando assumiu a direção do TJPA, a senhora falou da necessidade de levar o Judiciário aonde o povo está. Na prática, como essa questão foi tratada?

Ao longo da minha carreira, sempre vi a Justiça como algo que deve ser de fácil acesso a todos. Todos, de alguma forma, necessitamos dos serviços prestados pelo Poder. Tão logo fui eleita para presidir o Judiciário, pensei de que maneira poderia colocar em prática esse ideal. Assim, por meio a Coordenadoria dos Juizados Especiais, incrementamos o atendimento do programa Justiça Itinerante e inauguramos projetos como "O Tribunal de Justiça vai aonde você está", realizando atendimentos nos quatro cantos do nosso Estado, levando a presença do Judiciário em lugares onde os serviços judiciários nunca haviam chegado.

Também realizamos o projeto Ribeirinho Cidadão, atendendo às comunidades que vivem em cidades ribeirinhas e regiões de ilhas; e o Juizado do Torcedor, com atendimento em estádios, numa atitude de prevenção, garantindo segurança e paz para quem frequenta os estádios e espera se divertir com tranquilidade.

Qual o sentido do planejamento na sua gestão?

O planejamento é a base de qualquer gestão que busque resultados efetivos. Nada acontece por acaso numa administração. Tudo tem que estar planejado, e esse planejamento deve ser compartilhado com a equipe administrativa. Devemos ter claro em nossas mentes que a organização, o planejamento e a gestão compartilhada são a chave mestra para se alcançar as metas propostas. Acredito que trilhamos o caminho certo, com a participação de uma equipe que muito me auxiliou nessa caminhada. Temos que ter claro que a atividade-fim da Justiça é prestar serviços da maneira mais célere e efetiva. Conhecendo as necessidades e gargalos da nossa instituição, buscamos desenvolver mecanismos e instrumentos para atingir nossos objetivos.

Nesse sentido, durante o biênio 2013-2015, priorizei três áreas básicas: melhoria do acesso à Justiça, investimentos em Tecnologia da Informação, e fortalecimento do primeiro grau de Justiça. Essas áreas englobam uma gama de ações fundamentais para a prestação do serviço jurisdicional.

> ***Comprometi-me a enfrentar todos os desafios para elevar o nome do Judiciário paraense e fortalecer ainda mais a nossa secular instituição***

Em relação a esse tripé de prioridades - acesso à justiça, priorização do primeiro grau e investimento em tecnologia -, em que sentido esse foco fez o Judiciário paraense avançar?

Andamos bastante, e a passos largos. No meu discurso de posse comprometi-me a enfrentar todos os desafios para elevar o nome do Judiciário paraense e fortalecer ainda mais a nossa secular instituição. As gestões anteriores, cada uma a seu tempo, alicerçaram o terreno e contribuíram para a construção constante do nosso Poder Judiciário, da mesma forma que busco implementar os projetos, programas e serviços que considero essenciais para o bom funcionamento da nossa Justiça. Minhas ações sempre estiveram voltadas para ampliar os avanços já conquistados, consolidar o que já foi efetivado, aperfeiçoar o que possa ser melhorado e implementar o que, eventualmente, não tenha podido ser feito. O foco nesse tripé está intrinsicamente ligado a este desejo de evolução.

Saindo da palavra para a ação, como já destaquei, fomos até os jurisdicionados através

dos vários projetos desenvolvidos dentro do programa O Tribunal vai aonde você está, e isso nos permitiu prover os jurisdicionados não só dos serviços prestados pelo Judiciário, processando e julgando ações quando necessário, ou mesmo aplicando e promovendo a cultura da conciliação, evitando novos processos e resolvendo pacificamente os que estavam em trâmite, como também dos serviços essenciais de cidadania, garantindo-lhes, com instituições parceiras, como Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Cartórios, Secretaria de Segurança Pública, dentre muitas outras.

Para permitir o maior acesso à Justiça precisamos arrumar a Casa e receber nossos jurisdicionados, e daí vem a política de valorização direcionada aos nossos juízes e servidores, atuantes no primeiro grau da justiça, porta de entrada das demandas no Judiciário. Procuramos e efetivamos as melhorias a que nos propomos, com a instalação de mais três comarcas, que foram as de Anapu, Inhangapi e Ipixuna do Pará, além da instalação de diversas Varas, especialização de algumas outras no interior, como forma de agilizar a prestação jurisdicional, sobretudo das demandas que requerem prioridade, como casos afetos à infância e juventude, idosos e réus presos. Reformulamos ainda a área da Infância e Juventude em Belém, criando mais duas varas específicas, além das três que já existiam.

Complementando as ações, não poderiam ficar de fora os investimentos em tecnologia da informação, com aquisição e atualização de equipamentos visando à expansão tecnológica em todo o Estado e definição de diretrizes de padronização. Concluímos, agora em dezembro, a instalação do sistema de gestão processual, o Libra, que permitirá diversas vantagens, como a unificação da numeração processual em primeiro e segundo graus, consulta processual simultânea em 1º e 2º graus, ícones para inserção de documentos, sistema de controle de prazos e de audiências e sessões, além de trabalhar com mais facilidade as tabelas unificadas do CNJ.

Que resultados práticos do seu planejamento a senhora pode apontar?

Na área da Tecnologia da Informação, por exemplo, implementamos novos aplicativos para facilitar o árduo trabalho dos magistrados na distribuição e efetivação da Justiça, e também de possibilitar a construção de indicadores reais e confiáveis, que pudessem nortear as nossas decisões administrativas. Não há dúvida de que, assim, estamos contribuindo de forma concreta e eficiente para a celeridade processual nas situações que dependem da governabilidade do Poder Judiciário.

A experiência que tive como promotora em várias comarcas, as diversas visitas que fiz já como integrante desta Corte em diversos municípios me permitiram ter a exata noção das dificuldades enfrentadas pelos que exercem a função judicante no interior do Estado. Defini como uma das minhas metas, então, empreender todos os esforços possíveis para fortalecer a Justiça de 1º grau, que é

a porta de entrada da Justiça, possibilitando, na medida do possível, acessibilidade, equipamentos e sistemas operacionais compatíveis com o aumento populacional e demanda processual.

O planejamento ajudou o Judiciário no cumprimento das metas?

Sim, sem dúvida. Com o planejamento estratégico pudemos avançar e ficar em posição de destaque nacional. No que diz respeito à meta 1, por exemplo, que determina o julgamento de quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos no ano corrente, já atingimos, por volta de até setembro de 2014, um índice de 126%. Ou seja, até essa data, em 2014, foram distribuídas, na Justiça do Pará, 160.417 ações, e julgados, até o mesmo período, 179.126 processos. Esses números estavam acima da média nacional dos tribunais estaduais no primeiro semestre de 2014, que foi da ordem de 89,12%.

De acordo com dados nacionais apresentados pelo CNJ, relativos a 2012 tramitavam em todo o Brasil cerca de 92 milhões de processos, dos quais 28 milhões são de novos casos e 54 milhões são de processos que já estavam em andamento. Em comparação a esses dados, a demanda do Pará representa cerca 1% da demanda de todo o Brasil. Do total das novas ações ajuizadas no Brasil, 98,5% foram resolvidos, ou seja, 27,8 milhões de processos saíram do judiciário. O Pará superou essa meta, solucionando 100% dos novos casos.

Pelo desempenho dos nossos servidores do setor de estatísticas, recebemos do Conselho Nacional de Justiça o Selo Ouro, concedido aos tribunais brasileiros pelo esforço, em 2013, no aprimoramento dos sistemas de estatísticas e informações relacionadas ao funcionamento do Judiciário. Da mesma forma, estamos exportando tecnologia, e posso citar como um dos exemplos o Sistema de Auditoria Interna, o AUDI, desenvolvido pelas nossas equipes de Controle Interno e de Informática do TJPA, e sugerido pelo CNJ como

uma das boas práticas da Justiça a ser adotado em todo o Brasil. O AUDI é um modelo inédito de auditagem, que auxilia o auditor nas atividades específicas e na padronização de relatórios.

Pesquisas divulgadas pelo CNJ mostram um Judiciário carente nacionalmente, sobretudo de servidores e magistrados. O que o Judiciário do Pará tem feito nesse sentido?

É evidente a situação de carência funcional em todo o Brasil. Aqui no Pará, tentamos minimizar essa problemática com a realização de concursos tanto para magistrados quanto para servidores. Nosso objetivo é dotar a instituição da estrutura necessária para fazer frente à grande demanda, e cumprir a determinação constitucional que determina a razoável duração do processo. Queremos garantir a celeridade necessária, satisfazendo nossos jurisdicionados.

Dessa maneira, lançamos concurso público para 200 vagas de auxiliar judiciário, analista judiciário e oficial de justiça avaliador. Já estamos em fase de conclusão para os

cargos de nível superior (analista e oficial), e nossa meta é nomear os primeiros classificados até janeiro de 2015. Também está em andamento o concurso para magistrados, no qual estamos ofertando 60 vagas. Os concursos para magistrados são mais demorados porque se realizam em diversas etapas, inclusive curso específico na Escola Superior da Magistratura.

Mas não só isso. Também realizamos diversos cursos de capacitação e aperfeiçoamento, com a finalidade de melhorar e otimizar a prestação dos serviços jurisdicionais, em todo o Estado.

A conciliação tem sido uma das principais preocupações do CNJ, que realizou recentemente mais uma Semana Nacional para julgar processos por meio de acordos. Como a senhora avalia o valor da conciliação e o que o Pará está fazendo nesse sentido?

A cultura da conciliação, que já vem sendo sugerida pelo CNJ desde 2006, quando iniciou o Movimento pela Conciliação, é o futuro da Justiça no Brasil. Esse instrumento, que cada vez mais ganha espaço em nosso cotidiano, é a ferramenta que está ajudando todo o Judiciário a diminuir o congestionamento processual, valorizando o diálogo e reduzindo os litígios. Com a conciliação, as partes podem negociar suas demandas e resolver seus conflitos por meio de acordo, o que é bom pra todos, tanto para as partes, quanto para as instituições que integram o sistema de justiça, já que do acordo não é gerado novo recurso.

> **Com a conciliação, as partes podem negociar suas demandas e resolver seus conflitos por meio de acordo, o que é bom pra todos, tanto para as partes, quanto para as instituições que integram o sistema de justiça**

Aqui no nosso Estado, milhares de ações já chegaram ao fim por meio da conciliação entre as partes. Nossos magistrados têm realizado mutirões de conciliação, em diferentes varas: na vara de execução fiscal, da família... Realizamos, recentemente, a segunda Feira do Consumidor, que abriu a programação da Semana Nacional da Conciliação aqui no Pará. Milhares de pessoas foram atendidas e muitos casos foram resolvidos ainda na fase pré-processual, ou seja, nem sequer chegou a virar processo.

Os efeitos produzidos no Judiciário e também na vida das pessoas que cedem à conciliação são vários, graças aos esforços de magistrados e servidores, do Judiciário e das instituições envolvidas nas atividades. A participação de cada um, e de toda a equipe é determinante para o sucesso da empreitada.

Além disso e para reforçar a atuação do Judiciário, implantamos o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, o Nupemec, para atender a nossos jurisdicionados, nos antecipando à possibilidade de litígio. Através do Nupemec, estamos instalando os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), atuando nas demandas processuais e pré-processuais. O cidadão que tiver algum problema e queira a participação da Justiça para resolvê-lo, pode se dirigir a um dos centros e pedir a nossa intervenção. Estamos prontos para ajudar.

AIRTON NASCIMENTO

Depósitos Judiciais, empréstimo compulsório disfarçado ou mais um caso de voracidade do Leviatã

Texto base para exposição na Audiência Pública realizada pelo STF no dia 21.09.2015.

MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

Presidente do Conselho dos Tribunais de Justiça, antigo Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil.

Quero, inicialmente, cumprimentar todos os participantes na pessoa do eminente Ministro Gilmar Mendes que, em boa hora e, mais uma vez, testemunhando seu compromisso com a defesa da integridade da Constituição e do estado democrático de direito, na condição de Relator da ADI nº 5072, convocou este ato público, bem como o Senhor Ministro Edson Fachin que, de igual modo, ilustra o Supremo Tribunal Federal, e o Dr. Odin Brandão, Sub-Procurador Geral da República, integrantes da direção dos trabalhos.

A audiência Pública, tenho para mim, constitui a mais eficiente ferramenta empregada pelo Supremo Tribunal Federal para colher, na pluralidade de visões a respeito de matérias sensíveis de relevante interesse social, econômico ou político – a respeito das quais não há possibilidade de indiferente jurídico-constitucional –, subsídios reveladores dos níveis de consenso e de dissenso quanto ao **substrato ético necessário à legitimidade da produção jurisdicional do direito** (Habermas/Eros).

Ao requerer inscrição para participar na qualidade de Presidente do então Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil (hoje denominado Conselho dos Tribunais de Justiça), indiquei que minha fala seria centrada no tema "inconstitucionalidade e consequências práticas de leis que autorizem o uso imediato de depósitos judiciais, pelos Estados e Municípios, para pagamentos de dívidas públicas na credibilidade do Poder Judiciário."

Por essa razão e motivações de ordem metodológica, vou dividir minhas considerações, sem computar estas palavras introdutórias, em três partes: na primeira, vou indicar alguns pontos de confronto das referidas leis com a Constituição da República; na segunda, tratarei das consequências negativas que delas podem resultar para a credibilidade do Poder Judiciário; e, finalmente, na terceira, objetivando concluir, farei breve referência às expectativas que ficam abertas com esta Audiência.

Esclareço que, embora esta audiência seja decorrente da Ação Direta de Inconstitucionalidade

lidade (ADI) nº 5072, proposta pela Procuradoria Geral da República em face da Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro nº 147/2013, que autoriza a utilização de parcela dos depósitos judiciais existentes e que venham a ser feitos no Judiciário daquela unidade da federação, para o fim antes mencionado, tendo sobrevindo a Lei Complementar Federal nº 151, de 05 de agosto de 2015, que trata da mesma matéria, porém com regramento de maior força normativa e conteúdo mais abrangente, pretendo focar minha análise na edição desta última lei e a partir daí examinar igualmente aqueles pontos, ou seja, tanto a inconstitucionalidade quanto as consequências práticas de autorização concedida por lei local para que os Estados e a fortiori os Municípios usem os valores depositados em juízo no pagamento de suas dívidas.

É obvio que nas minhas observações também considerarei o fato de estar em vigor lei federal que dispõe sobre depósitos judiciais de valores referentes a tributos e contribuições federais, com atenção especial ao que foi afirmado nos debates dos senhores Ministros aquando do julgamento da ADI nº 1933-DF (Rel. Min. Eros Grau), disparada pela OAB contra a validade constitucional da Lei nº 9.703 de 1998, e tendo em elevada conta, por serem da mais absoluta atualidade, as seguintes considerações, ainda que feitas de passagem, do Ministro Gilmar Mendes naquela oportunidade:

> *Parece-me que, em relação àqueles casos das normas dos estados, o que havia em segurança – pelo menos imagino que deve ter havido dispersão de fundamentos – é quanto à efetiva garantia na devolução. No caso da União, ninguém tinha nenhuma dúvida por quê? Porque o fluxo de caixa, ele é contínuo. E a pergunta que se fazia é se estados e municípios poderiam dar essa mesma garantia ou se essa garantia estava assegurada. Em outras palavras, significa dizer: Se amanhã, por acaso, houver a decisão em favor do depositante, poderá ele reaver de imediato a quantia. Ao contrário, de fato, situação vexatória.*

Como o tempo concedido a cada participante em audiências públicas é necessariamente curto, hoje limitado em dez (dez) minutos, e já veiculei minhas impressões, mesmo decorrentes de um primeiro súbito de vista, como diria Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre as inconstitucionalidades do Projeto de lei que deu origem a Lei Complementar nº 151, de 2015, mediante artigo publicado no jornal eletrônico Migalhas (23.07.2015) e posteriormente reproduzido na revista "Justiça & Cidadania" (edição 180 – Agosto de 2015), vou limitar-me, na primeira parte da minha exposição, a mencionar alguns desses vícios que igualmente maltratam Leis Estaduais que tratem da mesma matéria com objetivos semelhantes, ou seja, disponham sobre o uso de depósitos judiciais para o pagamento de dívidas de Estados e Municípios.

Antes, porém, acho conveniente esclarecer que, não obstante o Supremo Tribunal Federal já tenha decidido, na ADI 2.214-MC (Rel. Min. Maurício Correa), que "os depósitos judiciais não são atos submetidos à atividade jurisdicional, tendo natureza administrativa", penso que esta questão prévia ainda se encontra em aberto, isto porque subjacente ao exame da ADI que motivou esta Audiência, bem como das ADIs 5080 (Relator Ministro Luiz Fux) e 5099 (Relatora Ministra Carmen Lúcia). E, por essa razão, ouso dizer a esse respeito que essa preocupação de classificar ou enquadrar conforme a natureza jurídica, tão a gosto durante os tempos de predomínio do pensamento positivista, além de hoje ultrapassada, no caso do exame da constitucionalidade das leis que versam sobre depósitos judiciais (para o fim antes mencionado) tem importância relativa porque esses depósitos possuem angulações diversas que podem ser regradas, sob os aspectos financeiros, processuais e mesmo administrativos por diplomas legislativos diferentes sem que, apenas em razão disso, qualquer deles seja inconstitucional.

Alerto, ademais, que, não obstante as audiên-

cias públicas visem sobremodo a colher diferentes visões de aspectos técnicos situados além do campo de abrangência exclusivo do direito, mas que podem refletir efeitos sobre os problemas de índole constitucional em exame pela Suprema Corte, não há impertinência nos comentários que o participante desse procedimento entenda necessário fazer até mesmo a respeito de argumentos já constantes da Ação Direta, em especial quando objetiva destacar algo que em sua compreensão seja relevante.

Dito isto, avanço na primeira parte da minha exposição afirmando que tanto a Lei Complementar nº 151, de 2015, quanto qualquer Lei Estadual, Complementar ou Ordinária, que disponha sobre a utilização dos depósitos judiciais vinculados a processos nos quais os Estados e Municípios sejam partes, para pagar dívidas ou custear outros dispêndios desses entes federativos, ofende o disposto no art. 5º, incisos XXII e LIV, parte final, da Constituição que garante o direito de propriedade.

Esses depósitos – e isso ninguém pode entender diferente – são constituídos com recursos de propriedade das partes que litigam com aqueles entes e que, portanto, os Estados e Municípios não podem deles dispor, senão em caso de decisão judicial final que lhes seja favorável, quando, então, passam a ser seus.

Não são os depósitos judiciais **receitas públicas**, mas sim meros **ingressos financeiros** (valores em trânsito), confiados à guarda do Poder Judiciário, que o litigante efetiva **sem renunciar sua propriedade**, objetivando apenas ser desobrigado ao final do processo de atender a alguma pretensão financeira cobrada pela Fazenda Pública e manter seu patrimônio no todo íntegro ou com menor desfalque possível.

Como enfaticamente anotou o Procurador Geral da República, Dr. Rodrigo Janot, na inicial da ADI 5099, alvejando a LCE nº 159, de 25/07/2013, do Estado do Paraná, semelhante a que motiva esta audiência:

> *Destinar recursos de terceiros, depositados em conta à disposição do Judiciário, à revelia deles, para custeio de despesas do Executivo e para pagamento de dívidas da Fazenda Pública estadual com outras pessoas, constitui apropriação do patrimônio alheio, com interferência na relação civil do depósito e no direito de propriedade dos titulares dos valores depositados...*

Sei que neste particular existem aspectos de complexidade sutil, em decorrência de a Lei nº 9.703, de 1998, dada como constitucional na ADI 1.933-DF, dispor que os depósitos judiciais e extrajudiciais em dinheiro, referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, são repassados, pela Caixa Econômica Federal, para a Conta Única do Tesouro Nacional, independente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento, determinando o art. 3º desse diploma que, mediante ordem judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, esses valores, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, sejam: I) devolvidos aos depositantes, no prazo máximo de 24 horas, quando a sentença lhes for favorável ou na proporção em que for, com seus acréscimos legais; ou II) transformados em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do tributo ou contribuição em litígio, inclusive seus acessórios, quando a sentença ou decisão for favorável à Fazenda Nacional.

Acontece, todavia, que, no caso dos depósitos judiciais relativos a tributos e contribuições pretendidos pela Fazenda Nacional, há um elemento de distinção ou diferenciador, pois **a sua guarda e administração**, conforme dispõe o art. 1º da própria Lei nº 9.703/98, **não são confiadas ao Poder Judiciário Federal**, mas sim à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, vale dizer, à pretensa credora (Fazenda Nacional) que, por um dos seus órgãos, exerce a custódia e administra esses valores e, além disto, sem margem para qualquer dúvida, possui meios para, em caso de decisão que lhe seja desfavorável, devolvê-los imediatamente – em 24 horas diz a Lei - ao respectivo dono como, aliás, foi ressaltado pelos Ministros do Supremo nos debates da

ADI 1933-DF.

Resumindo, no caso dos valores vinculados a processos em que se discutam direitos relativos a tributos e contribuições federais, o depósito é realizado em mãos da própria pretensa credora, isto é, da Fazenda Pública Federal, que passa a geri-los garantindo a sua imediata devolução ao depositante que termine vencedor da causa. E como se trata de valores pecuniários, portanto de bens de natureza fungível, sua utilização pela credora não encontra óbice na Constituição, em especial porque o depositante tem a garantia de reavê-los em 24 horas naquela hipótese.

Note-se, ademais, que, embora as Leis Federais números 10.819, de 16.12.2003, e 11.429, de 26.12.2006 (esta última alterando a Lei nº 10.482, de 3.07.2002), tenham visado a tratar de modo semelhante parte dos depósitos judiciais vinculados a processos referentes a tributos e assessórios ambicionados por Municípios, Estados e Distrito Federal, mas mediante a criação de fundos de reserva com parcela retida, e não tenham essas Leis chegado a ser julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, há em tramitação a ADI nº 5361 (Relator Min. Celso de Mello), através da qual a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) discute a constitucionalidade da Lei Complementar Federal nº 151, de 5.08.2015, que as revogou, mantendo, não obstante, a mesma sistemática para permitir a apropriação desses depósitos pelos mencionados entes federativos.

Em resumo, e lembrando não de Dworkin, mas do nosso saudoso e criativo Bussunda, é preciso tratar e **falar sério** do respeito ao direito de propriedade garantido no art. 5º da Constituição da República.

Este país tem mais de 5.500 municípios e não precisa de muito esforço de linguagem para fazer compreender que, podendo estes lançar mão de 70% dos depósitos realizados em questões judiciais em que sejam demandados, há risco concreto de ineficácia das decisões jurisdicionais que reconheçam não serem os depositantes devedores do cumprimento de obrigações pecuniárias pretendidas por muitos municípios. E aí – cabe perguntar – outra ação? e, depois de muito tempo, outro precatório?

Passando a um segundo ponto em que vejo confronto dessas leis com a Constituição, ressalto sua violação ao disposto no art. 100, caput, o que também foi demonstrado pelo Procurador Geral da República, na inicial da antes mencionada ADI 5099, ao ponderar:

> *Outra incompatibilidade da lei complementar ...com a Constituição da República decorre de o caput do art. 100 desta prever que os pagamentos devidos pelas fazendas públicas , em virtude de sentença judicial, se farão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos. A expressão "a conta dos créditos respectivos" corresponde às receitas correntes do Estado, o que impede a apropriação de recursos de terceiros e, portanto, a utilização de valores existentes em depósitos judiciais e extrajudiais para pagamento de condenações judiciais.*
>
> *Essa compreensão é reforçada pelos §§ 2º e 3º do art. 97 do ADCT/1988, os quais, de modo expresso, aludem às receitas correntes líquidas como fonte das verbas passíveis de utilização para pagamento de precatórios.*

É bem verdade – parece-me cabível aqui lembrar – que o autor do PL que terminou dando origem à Lei Complementar nº 151, de 2015, certamente tentando ultrapassar esses obstáculos constitucionais, sustentou que "os valores depositados na rede bancária referentes a litígios judiciais e administrativos em andamento constituem uma importante receita potencial".

Ocorre que os valores dos depósitos judiciais em questões com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, na melhor técnica, conforme mencionei anteriormente, são apenas **ingressos financeiros** de propriedade dos particulares em litígio com esses entes federativos, custodiados sob a responsabilidade e ordem do Poder Judi-

ciário estadual, não podendo, em consequência, nem mesmo a lei, num passe de mágica ou numa pedalada legislativa, transformá-los em receita pública em favor das Fazendas estadual, distrital ou municipal.

Aliás, embora seja óbvio, cumpre de passagem lembrar que a ninguém pode ser dado gastar "receita potencial", pelo simples fato de que pode até ser uma receita com forte probabilidade de existir, mas desenganadamente ainda não é receita.

Não param por aqui as ofensas à Constituição que decorrem destas leis. Por exiguidade de tempo, reporto-me ao meu breve artigo mencionado no início desta exposição para ainda referir que:

I) violam o art. 148 da Constituição da República por constituírem uma forma disfarçada de empréstimo compulsório, pois sua apropriação antecipada ao final do processo favorável aos Estados e Municípios se faz à revelia e, por certo, contra a vontade, dos depositantes;

II) transgridem o art. 167, inciso VII, do mesmo Texto Fundamental por permitir a utilização de créditos ilimitados, sem determinação de valor, escancarando de vez a porta do desequilíbrio fiscal.

Destaco que se tem procurado afastar o primeiro desses vícios argumentando que, no julgamento da ADI nº 1933, o Supremo Tribunal Teria considerando a natureza voluntária desses depósitos o que, ipso facto, elidiria sua caracterização como **empréstimo compulsório disfarçado**. Entretanto esse argumento não se sustenta, porque, mesmo tendo sido feita referência ao caráter voluntário dos depósitos judiciais na discussão da ADI nº 1933-DF, isso não passou de algo obiter dictum. E, além disto, entender como voluntário, algo que não se tem outra opção senão a de fazer, com todas as vênias, soa no mínimo extravagante.

Deve-se somar a isso o indiscutível fato de que os depositantes, sobretudo, o que já litigava antes das Leis que autorizam a apropriação antecipada dos valores depositados pelos Estados e Municípios, podem até ter exercido a vontade livre de efetivar o depósito judicial, mas isto certamente não significa uma manifestação favorável para o pretenso credor dispor das quantias depositadas para pagar dívidas que não são do depositante e sim dele pretenso credor.

Para encerrar esta parte, acrescento que, conforme bem demonstrou, em artigo divulgado no dia 8 de setembro, na Revista Consultor Jurídico, Fernando Facury Scaff, essas leis também infringem o art. 167, III, da Constituição que esse tributarista e professor enfatiza ser "regra de ouro" do Direito Financeiro. Isto porque por essa regra constitucional só podem os entes federativos **contrair dívidas para gastos em despesas de capital** e os Estados e Municípios, ao lançarem mão dos depósitos judiciais para liquidar precatórios e quitar dívidas com fundos de previdência, como autorizam essas leis, estão assumindo dívidas para **gastar em despesas correntes**.

Quanto aos efeitos práticos dessas leis na credibilidade do Poder Judiciário, quero, sem nenhum propósito de tentar trabalhar com ferramentas de *hermenêutica consequencista*, trazer ao debate a questão decorrente do fato de essas leis autorizarem a utilização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios do volumoso montante[1] dos depósitos judiciais já existentes, isto é, feitos antes de suas publicações.

Em outro modo de dizer, problematizar o fato de que tais leis, como acontece com a Lei Complementar nº 151, de 2015, institucionalizam a apropriação pelos Estados, o Distrito Federal e os Municípios de valores alheios depositados em Juízo anteriormente sob a égide da boa fé e da confiança na imparcialidade do depositário, vale dizer, do Poder Judiciário, bem como da convicção de que esses valores serão imediatamente

[1] Segundo informa Celso Ming (Vai-se mais um dinheiro. Estadão, 16.08.2015), "há no País 174 bilhões em depósitos judiciais, o equivalente a 3% do PIB, como apontam os balanços dos bancos". O articulista se refere ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal, mas a esse valor devem ser ainda acrescido os depósitos existentes em instituições financeiras estaduais.

devolvidos caso os depositantes terminem vencedores ao final do processo.

De outra banda, importa considerar que esses depósitos judiciais são realizados e entregues à guarda de órgãos do Judiciário estadual, o maior segmento do Poder Judiciário nacional, que têm capilaridade em todo o nosso imenso território e responde por mais de 75% da prestação jurisdicional nos 100 milhões de conflitos judicializados no país. E esse é um dado importante, quando se pretende considerar a matéria sob o aspecto referente à credibilidade do Poder Judiciário brasileiro, porque não é difícil entender que qualquer situação que importe em dificuldade de devolução dos valores dos depósitos aos depositantes, em caso que decisões finais contrárias aos Estados e Municípios, terá repercussão negativa à confiança nesse maior segmento.

E esse risco é mais do que provável. Com efeito, e para sair apenas do âmbito do discurso, vou valer-me de dados fornecidos pela Secretaria de Planejamento e Finanças do Tribunal de Justiça do Estado do Pará os quais, embora versem sobre depósitos em processos relativos a questões tributárias, permitem inferir com nível elevado de concretude situações de grande dificuldade e que terão efeitos negativos para a credibilidade do Judiciário dos Estados.

Segundo esses dados, cumprindo legislação local, o Tribunal de Justiça já repassou à Fazenda Estadual R$ 90.968.602,12 que, corrigidos até 31.08.2015, representam R$ 108.318.850,79, ficando retidos 30%, em Fundo de Reserva, que corrigido pela taxa do CDI equivale a R$ 35.622.482,87. Pois bem! Dentre os depósitos que deram lastro e possibilitaram essa transferência existe um no valor de R$ 38.901.528,90, feito em 10.02.2010, e que também corrigido até 31.08.2015 pelo índice relativo às Cadernetas de Poupança hoje representa R$ 53.260.083, quase, portanto, 50% daquele valor total repassado ao Estado.

O caso em si não oferece grande risco de calote porque o Estado do Pará, com todas as dificuldades financeiras hoje enfrentadas pelo país, tem conseguido manter suas contas equilibradas. Contudo parece-me forte indicativo do pacote temerário que se está tentando, por interesses imediatistas e dificuldades de hoje, empurrar para o futuro, cujos percalços, antes de qualquer outra consequência, afetarão a credibilidade do Poder Judiciário.

É preciso não esquecer que, como adverte Posner, o pragmatismo tem limites. E que do somatório de pequenas concessões morais reiteradas, termina-se por colher a deformação das regras e princípios fundamentais consagrados na Constituição da República. É preciso sempre lembrar, digo eu, que a fome de recursos financeiros e a voracidade do Leviatã são intermináveis, sendo só o direito o bastião que pode proteger o patrimônio das pessoas.

Antes de finalizar, penso que são adequadas algumas palavras sobre parte do spread que os Tribunais de Justiça recebem das instituições financeiras em que são recolhidos os depósitos judiciais realizados nos processos em tramitação no Judiciário dos Estados.

Em primeiro lugar, acentuo que o rendimento obtido por essas instituições que, por conta e ordem do Judiciário (art. 1.219 do CPC), guardam e administram esses recursos, respondendo perante o Estado-Juiz pela sua devolução íntegra e com os acessórios previstos em lei ao legitimado pela decisão final do processo, constitui remuneração pela prestação de um serviço lícito e isso não configura nenhuma exceção às regras que regem o mercado financeiro.

Portanto a ideia de que esse spread é indevido, por ser um rendimento sem causa ou que se trata de uma vantagem pecuniária que deveria pertencer apenas ao depositante, afigura-se distorcida.

O certo é que, se o rendimento percebido pelas instituições financeiras termina sendo percentualmente bem maior do que os próprios proprietários dos valores depositados ou a Fazenda Pública, no caso de uns ou outra terminarem vencedores do litígio, perceberão, isso decorre, tão somente, da falta de uma regulação adequada.

De igual modo, a parte desse spread que essas instituições repassam aos Tribunais de

Justiça também se reveste de legalidade e de legitimidade por ser decorrente de contrato que esses órgãos do Poder Judiciário, qualidade de depositários desses valores, não tendo expertise para administrá-los celebram custodiando-os em uma determinada instituição especializada e transferindo-lhes a guarda, bem como delegando a responsabilidade de, por ordem do Juízo competente, entregá-los, com os respectivos acessórios, à parte vencedora do processo.

Releva salientar que esse último ponto foi objeto de detido exame pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão nacional de controle administrativo do Poder Judiciário, o qual, com um longo e cuidadoso voto do Conselheiro Walter Nunes (PCA nº 0007034-41.2009.2.00.0000), acolhido à unanimidade do Plenário, concluiu pela legalidade desses contratos celebrados entre os Tribunais de Justiça e às instituições financeiras, apenas determinando que fossem precedidos de procedimento licitatório.

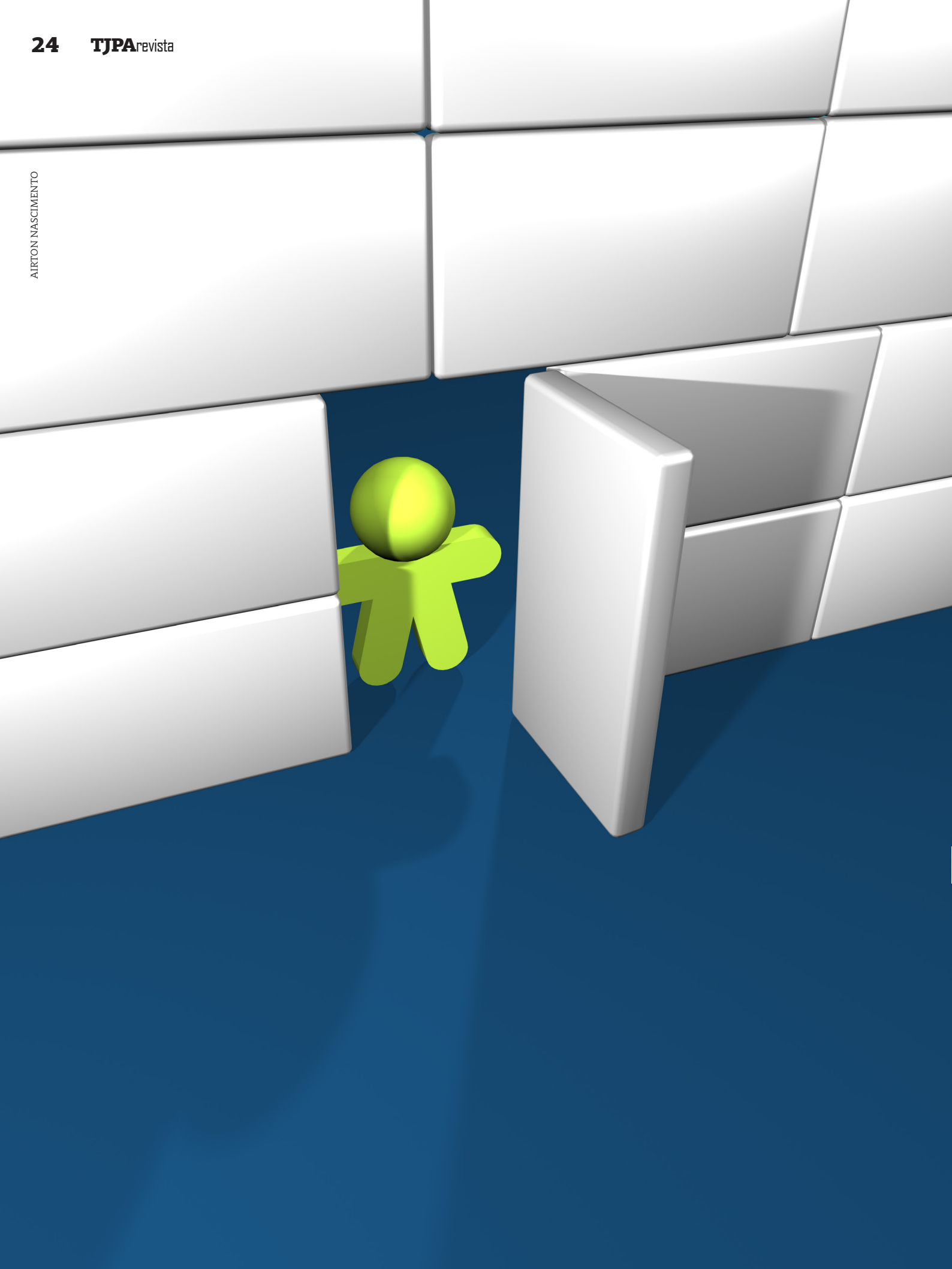
Concluindo, quero sublinhar o seguinte: o Colendo Supremo Tribunal Federal, na apreciação das ADIs que versam sobre leis estaduais sobre os depósitos judiciais e, mormente da ADI nº 5361 (Rel. Ministro Celso de Mello), mediante a qual a AMB confronta a Lei Complementar nº 151 de 2015, tem a oportunidade de se pronunciar em definitivo sobre o direito de propriedade desses depósitos e, mais do que isso, de determinar o sentido e o alcance do direito garantido no art. 5º, incisos XXII e LIV, da Constituição da República. E isto interessa não apenas ao cidadão e as empresas que operaram no país, porém, também aos investidores estrangeiros que têm negócios com essas empresas que, não raro, litigam com Estados e Municípios.

Agradeço a oportunidade e a atenção com que todos me ouviram. Aplaudo, mais uma vez, a oportuna iniciativa do Senhor Ministro Gilmar Mendes de haver convocado esta audiência que, menos por minha fala, porém certamente pelas contribuições de todos os que me antecederam e dos que ainda vão se pronunciar, deixará bons resultados.

Cumprindo a promessa que fiz ao iniciar, essa é a minha expectativa e, por que não dizer? quase certeza.

Muito obrigado!

AIRTON NASCIMENTO



A Ética na função judicial à luz da Constituição Federal Brasileira de 88

LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará

RESUMO
Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ética passou a ser reconhecida como princípio norteador do direito brasileiro, sendo introduzida ao longo do texto constitucional em inúmeros dispositivos. O objetivo deste trabalho é conceituar a ética, trazendo a aplicação de seus fundamentos para o direito brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988, e sua importância para o exercício da função judicial.
PALAVRAS-CHAVE: Ética na Função Judicial; A Ética na Constituição Federal brasileira de 1988; Ética do Magistrado; Código de Ética da Magistratura Nacional.

ABSTRACT
With the enactment of the Brazilian Federal Constitution of 1988, ethics has become recognized as a guiding principle of Brazilian law, being introduced during the constitutional text in several devices. The objective of this paper is to conceptualize ethics, bringing the application of its grounds for the Brazilian law, under the light of the Federal Constitution of 1988 and its importance to the exercise of the judicial function.
KEYWORDS: Ethics in Judicial Function; Ethics in Brazilian Federal Constitution of 1988; Ethics of the Magistrate; National Ethics Code for Magistrates.

INTRODUÇÃO

As mudanças provocadas pela Constituição Federal de 88 constituem uma grande inovação legislativa dentro do direito brasileiro, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, causando grandes revoluções nas diversas áreas nas quais o direito é projetado.

Estamos diante da chamada "Constituição Cidadã" e é assim conhecida porque causou rupturas de valores de interesse, principalmente, da sociedade. Seu texto abraça os anseios sociais e suas demandas jurídicas, servindo como instrumento da cidadania para o alcance do convívio social pacífico.

Podemos dizer que a Constituição de 88 traz à baila um conjunto de princípios éticos, colocando a cidadania e a dignidade da pessoa humana à frente de qualquer outra preocupação formal, técnico-jurídica ou política.

Pautado na ética, o ordenamento jurídico visa a produzir efeitos no comportamento e na conduta das pessoas, das sociedades, das organizações governamentais, das instituições, etc., repercutindo positivamente em forma de atitudes éticas, morais e conscientes.

No que diz respeito à solução de conflitos através do poder judiciário, a ética atinge diretamente a conduta dos magistrados, que devem interpretar fatos e normas, utilizando sempre o bom senso e a consciência de que suas atitudes e decisões interferem diretamente na eficácia do ordenamento.

Nosso objetivo aqui é tecer um aparato geral da introdução da ética ao direito brasileiro, citando aspectos importantes, conceituação, princípios, o código de ética do magistrado e sua importância ao exercício da função judicial.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Ética e a Constituição Federal de 1988

Conceito de Ética

A ética está relacionada com o estudo da moral e da ação humana. Pode-se assim dizer que é a doutrina da vida idealmente correta, na qual devem se inspirar os indivíduos e a comunidade política.

O termo ética provém do grego *éthos*, que diz respeito ao hábito, ao modo de ser, ao comportamento pessoal, ao caráter, que decorrem da natureza, das convenções estabelecidas pela sociedade ou da educação.

Convém ressaltar que ética não se confunde com moral. A moral é um conjunto de regras aplicadas ao cotidiano de cada cidadão, que orientam o indivíduo e suas ações no sentido do que é bom ou ruim, certo ou errado. A ética é uma reflexão sobre a moral, é um estudo sobre o comportamento humano, que tenta explicar as regras morais de forma racional, fundamentada, científica e teórica.

Ademais, o campo de estudo da ética não se limita ao estudo do comportamento humano, abrangendo também os efeitos das ações morais. Portanto pode a ética ser compreendida em três planos. O primeiro seria a indagação sobre a natureza dos juízos morais e as ações do indivíduo consciente – a metaética. O segundo, por sua vez, seria a reflexão acerca dos critérios que identificam a ação idealmente correta – a ética normativa. O terceiro, por fim, seria a aplicação das orientações da ética normativa em situações concretas e os efeitos e consequências das ações – a ética aplicada.

> **A ética atinge diretamente a conduta dos magistrados, que devem interpretar fatos e normas, utilizando sempre o bom senso e a consciência de que suas atitudes e decisões interferem diretamente na eficácia do ordenamento**

Não é difícil identificarmos que a ética da função judicial está no campo da ética aplicada e, para que possamos fazer uma análise bem abrangente da ética aplicada, precisamos ter o mínimo de noção, primeiramente, da ética normativa.

Há três teorias da ética normativa aplicáveis à conduta dos magistrados. São elas: O *consequencialismo*, o *deontologismo* e a ética da virtude. As duas primeiras são as chamadas éticas do dever, que estabelecem um rol de deveres morais. A terceira (a virtude), à qual devemos nos ater, é a chamada ética do caráter.

No sentido prático, a finalidade da ética é construir as bases da conduta humana, determinando o caráter do indivíduo, ensinando-o a melhor forma de agir e de se comportar em sociedade e, principalmente, desenvolvendo suas virtudes.

A Ética na Constituição Federal de 1988 e sua importância ao exercício da função judicial

A importância da relação da ética com o direito e a política tornou-se objeto de estudo de juristas e filósofos do direito a partir da década de 50. No Brasil, a questão só tomou proporção

juridicamente relevante depois da crise do regime autoritário e as manifestações de insatisfação da sociedade contra os líderes do regime e os arbítrios por ele encobertos, que ainda continuaram a existir nos primeiros governos da redemocratização do país, chegando a provocar, inclusive, o *impeachment* do Presidente da República.

A globalização e a institucionalização da democracia foram as maiores influências para o despontamento da ética como fundamento do ordenamento jurídico do Estado e da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 provocou mudanças significativas no que diz respeito à expressão das demandas da sociedade. A ética, juntamente com a liberdade e a igualdade foi, enfim, consagrada constitucionalmente.

Um dos principais exemplos da mudança de conceitos trazida pela Constituição brasileira de 1988 é o artigo 37, *caput*, que determina como obrigatória à administração pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Neste sentido, o novo texto constitucional representa uma inovação legislativa, principalmente no que tange aos direitos fundamentais que deve ser estudada e administrada com responsabilidade pelos magistrados para que se tornem efetivas as conquistas obtidas pela sociedade no processo de redemocratização.

É importante ressaltar que, apesar de nosso enfoque maior ser a ética no texto da Constituição brasileira de 1988 ligada ao exercício da função judicial, toda e qualquer área na qual o direito se projeta foi afetada pela introdução desse texto ao ordenamento jurídico nacional, o que causou a ruptura de valores nos mais diversos setores, afetando diretamente a sociedade e suas demandas jurídicas.

O novo texto constitucional se coloca como instrumento da cidadania para a realização das finalidades almejadas pela sociedade brasileira, com vistas à satisfação das necessidades imediatas e futuras e em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Vejamos, então, alguns dos mais importantes valores éticos constantes dos incisos do artigo 5º, art. 37, entre outros da Constituição Federal de 1988:

I – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, principal fundamento da ética que abrange o texto constitucional como um todo;

II – O Princípio da Igualdade entre homens e mulheres;

III – O respeito à personalidade, representado pela proteção à imagem, à honra e à intimidade da pessoa humana, bem como à liberdade de expressão;

IV – O direito à livre escolha de profissão;

V – O livre acesso à informação;

VI – A liberdade religiosa, filosófica, política, intelectual, artística, científica e de comunicação;

VII – O direito de ir e vir dentro do território nacional;

VIII – Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, aplicados aos entes da administração pública – constantes dos incisos do artigo 37;

IX – Princípio do Devido Processo Legal;

X – Princípio do Contraditório e da Ampla defesa;

XI – Princípio da Publicidade dos atos processuais;

X – A Bioética e a defesa ao meio ambiente.

Esses são apenas alguns dos inúmeros exemplos da aplicação da ética ao longo de toda a Constituição e que serão de extrema importância para o exercício da função do magistrado.

A ÉTICA NA FUNÇÃO JUDICIAL

A Virtude no desempenho da função judicial

A ética da virtude destaca o caráter do indivíduo como responsável por suas boas atitudes. No desempenho da função judicial, isso significa que a justiça depende, não apenas de um conjunto de regras e de seu cumprimento, mas fundamentalmente, do caráter do magistrado, que está encarregado de aplicar a norma ao caso concreto. Ou seja, o direito justo só pode ser alcançado se houver prudência, moralidade e equidade no desempenho da função do juiz.

A Ética do magistrado

Os magistrados desempenham papel fundamental para a eficácia das garantias sociais trazidas pela introdução dos valores éticos ao texto

constitucional.

Espera-se dos juízes, que atuem no sentido de salvaguardar os direitos e deveres dos cidadãos e preservar a credibilidade e estabilidade do Estado. Para isso, no momento de interpretar as normas e aplicá-las ao caso concreto, o juiz dispõe das fontes tradicionais do Direito, quais sejam, lei, jurisprudência, costume e doutrina e, também, dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, do direito comparado, da analogia, da experiência comum, da experiência técnica e, por fim, dos princípios gerais do direito.

Além disso, estabelece o art. 5º do Código Civil Brasileiro que, ao aplicar a lei, o juiz deverá atender à finalidade social a que ela se dirige e às exigências do bem comum. É a dimensão da justiça como equidade, ou seja, aquela aplicada ao caso concreto. Cabe ao juiz interpretar o enunciado geral da lei de modo que, no caso de uma situação não estar contemplada pela lei, a atuação do magistrado deverá ser no sentido de atingir sua finalidade.

A atuação do juiz deverá ser justificada pela busca do alcance de um estado que se aproxime ao máximo das expectativas culturais e da moral perante a sociedade. Em outras palavras, o juiz é o sujeito qualificado para atuar eticamente, aplicando o direito ao caso concreto, de forma a alcançar a justiça em condições de eficiência, qualidade, transparência e em respeito à dignidade da pessoa que venha a demandar seu serviço.

Conta-se, portanto, com a capacidade pessoal do juiz de adentrar ao universo do caso concreto e perceber racionalmente a sua realidade, realizando, com prudência, um juízo de valor em meio ao processo de interpretação das normas. É neste momento que se destaca a virtude do caráter do sujeito-intérprete.

O Código de Ética da Magistratura

O artigo 93 da Constituição de 88 determina que Lei Complementar disponha sobre o Estatuto da Magistratura e estabelece os princípios a serem observados aquando da sua elaboração.

Após 20 anos da promulgação da Carta Magna e, sem que qualquer iniciativa fosse tomada no sentido da edição desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça, utilizando de suas atribuições de órgão de órgão de controle externo do Poder Judiciário, elaborou o Código de Ética da Magistratura Nacional, que entrou em vigor em 26 de agosto de 2008.

Ao todo, o Código de Ética da Magistratura possui 42 artigos, que versam sobre temas de importante relevância, como a independência, a imparcialidade, o conhecimento e capacitação, a cortesia, a transparência, o segredo profissional, a prudência, a diligência, a integridade profissional e pessoal, a dignidade, a honra e o decoro.

> **O Código de Ética visa à excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e ao fortalecimento da legitimidade do Poder Judiciário**

Trata-se de instrumento essencial, que estabelece regras de conduta e princípios morais a serem observados pelo magistrado para o exercício de suas funções.

O Código de Ética visa à excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e ao fortalecimento da legitimidade do Poder Judiciário, para que a sociedade possa depositar nessas autoridades a sua confiança, considerando também ser fundamental a adoção dos princípios éticos pelos magistrados, uma vez que também lhes cabe a função educativa e exemplar de cidadania.

O artigo 3º do Código de ética destaca a garantia e o fomento da dignidade da pessoa humana como finalidade da atividade judicial, que deve ter como objetivo assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

Merece igual destaque os artigos 13 e 14 do Código de Ética, que versam sobre a transparência, impondo ao magistrado que evite comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza e que ostente uma conduta positiva e de colaboração

para com os órgãos de controle e aferição de seu desempenho profissional.

Por fim, os artigos 22 e 24 versam, nessa ordem, sobre o dever de cortesia do magistrado para com os colegas e todos que se relacionem com a administração da justiça e sobre a prudência do magistrado, buscando adotar comportamentos e decisões que resultem de juízo justificado racionalmente, após meditação e valoração dos argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do direito aplicável.

Tem-se, portanto, noção da dimensão da grandeza da missão do magistrado e da importância da ética no desempenho de suas atividades.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto é fácil concluirmos que o advento da Constituição Federal de 1988 foi o ponto de partida para uma verdadeira revolução no Direito brasileiro. Sua promulgação foi comemorada pela sociedade que, insatisfeita com o regime autoritário, clamava pela redemocratização do país.

Seu teor constitui uma inovação legislativa, que, considerando os anseios da sociedade, prioriza a cidadania e o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, salvaguardando os direitos e deveres dos cidadãos, através de uma gama de princípios éticos ao longo de todo o texto constitucional.

E para que haja eficácia das normas constitucionais "cidadãs", é fundamental que o papel do juiz, como intérprete e aplicador das normas, seja desempenhado em concordância com a ética e sua finalidade, qual seja, a garantia e o resguardo da dignidade da pessoa humana.

Daí a importância do Código de Ética da Magistratura Nacional como guia de conduta do magistrado que dele exige um comportamento pautado na ética e o dever de fidelidade ao direito e às leis para que se alcance o objetivo de sua tarefa, o direito justo.

BIBLIOGRAFIA

COMPARATO, FÁBIO KONDER. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006;

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000;

BAUMAN, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

BRASIL. Código de Ética da Magistratura Nacional. Publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008. Disponível em:http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura;

FERNANDEZ, Atahualpa. *F*unção Judicial e Ética da Virtude. Disponível em: http://www.anpt.org.br/site/index12ed.html?view=article&catid=45%3Aartigos&id=385%3Afuncao-judicial-e-etica-da-virtude&option=com_content&Itemid=63;

MARGARIDA, Silvânia Mendonça Almeida. A ética e o direito brasileiro: Pressupostos de boa conduta segundo princípios fundamentais. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9136&revista_caderno=9.

AIRTON NASCIMENTO

Tarifa de liquidação antecipada de operações de crédito. Limites legais de incidência

FÁTIMA NANCY ANDRIGHI

Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Atuou como Juíza de Direito no Tribunal de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul (1976/1980), Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1980/1992); Desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1992 a 7/12/1999). Possui várias obras publicadas.

INTRODUÇÃO

A estabilidade econômica do país e a ascensão social de boa parte da população brasileira fizeram com que o crédito assumisse papel de destaque para a denominada sociedade de consumo.

Os índices de estabilidade e crescimento da economia nacional diminuíram a fragilidade do sistema de crédito pessoal, possibilitando o aumento do crédito total disponível e, por conseguinte, a sua oferta. O fator determinante foi a manutenção da inflação em níveis baixos, o que resultou na redução dos juros. Esse panorama começou a ser construído a partir de 1994, devido ao Plano Real, ganhando contornos mais claros na última década.

> **A maior disponibilidade de crédito alterou os hábitos de consumo da classe C, em maior grau, e também das classes D e E, além de modificar a sua imagem no mercado financeiro**

A maior disponibilidade de crédito alterou os hábitos de consumo da classe C, em maior grau, e também das classes D e E, além de modificar a sua imagem no mercado financeiro. Essas camadas da população correspondem atualmente a cerca de 82% do total nacional[1], sendo a grande alavanca do aumento na oferta de crédito. Ao mesmo tempo, com a possibilidade de comprar produtos mais caros e com prazos cada vez mais longos, essas pessoas passaram a adquirir itens antes considerados supérfluos ou demasiadamente caros.

[1] Fonte: Datafolha nov/2013. Disponível em http://blog.thiagorodrigo.com.br/index.php/faixas-salariais-classe-social-abep-ibge?blog=5.

Por outro lado, a nova realidade econômica do país faz com que a população lide melhor com as suas finanças pessoais, conhecendo o mercado e os produtos financeiros de modo a administrar de forma consciente os seus rendimentos.

Nesse contexto, muitos têm aproveitado rendas extras ou inesperadas (13º salário, indenizações cíveis ou trabalhistas, heranças etc.) para liquidar antecipadamente (total ou parcialmente) suas dívidas, como meio de redução dos encargos financeiros pagos.

Ocorre que muitas instituições financeiras incluem nos contratos de operações de crédito a cobrança de tarifa para a liquidação antecipada do débito. Sustentam que a cláusula visa a compensá-las pela frustração da expectativa de ganho com o contrato, na medida em que a quitação antecipada reduz proporcionalmente os juros incidentes sobre a dívida.

Diante disso, muito têm questionado a legalidade da cobrança da denominada tarifa de liquidação antecipada de operações de crédito, sobretudo à luz do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e da regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional.

> **Muito tem questionado a legalidade da cobrança da denominada tarifa de liquidação antecipada de operações de crédito**

A COMPETÊNCIA DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL PARA REGULAMENTAÇÃO DO SETOR BANCÁRIO.

Antes de analisarmos a legalidade da tarifa de liquidação antecipada de operações de crédito, convêm estabelecer os limites do poder regulamentador do Conselho Monetário Nacional.

A Lei nº 4.595/64 – recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com o status de Lei Complementar – entre outras coisas criou o Conselho Monetário Nacional, atribuindo-lhe, nos termos do seu art. 4º, IX, competência para "disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas".

Celso Bastos, mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 40/03, ao comentar o art. 192 da Constituição Federal, já anotava que "o presente artigo estipula que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Na verdade já existe o referido sistema disciplinado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que passa a vigorar com força de lei complementar"[2].

Nesse contexto, ao julgar o REsp 1.255.573/RS[3], afetado como representativo de controvérsia repetitiva nos termos do art. 543-C do CPC, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que "nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei nº 4.595/64, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários".

Na realidade, a especialidade da Lei nº 4.595/1964 já era reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal desde 1975, quando instado a apreciar a aplicabilidade ou não da Lei de Usura aos contratos do Sistema Financeiro Nacional em face da limitação dos juros, como se vê do RE 78.953/SP [4].

Entretanto não se pode ignorar que o próprio Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, consolidado no enunciado nº 297 da sua Súmula[5], de que "o Código de Defesa do

---

[2] BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à constituição do brasil, vol. 7, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 348.

[3] REsp 1.255.573/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 24.10.2013.

[4] RE 78.953/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ de 11.04.1975.

Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Sendo assim, conclui-se que a legalidade na cobrança da tarifa de liquidação antecipada de débitos deve, em princípio, ser analisada à luz da regulamentação do Conselho Monetário Nacional, mas ciente de que eventual lacuna legislativa pode – e deve – ser suprida pela aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

A REGULAMENTAÇÃO DA TARIFA DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL

Por intermédio da Resolução nº 2.303/96, o Conselho Monetário Nacional disciplinou a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Essa Resolução foi revogada pela Resolução nº 3.518/07 do Conselho Monetário Nacional que igualmente disciplinou a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Da análise de ambas as Resoluções, verifica-se que se destinam precipuamente à normatização de serviços relativos à conta corrente de depósitos à vista e conta de depósitos de poupança, não abrangendo operações de crédito.

Tanto é assim que o próprio Conselho Monetário Nacional editou a Resolução nº 3.401/06, tratando especificamente da quitação antecipada de operações de crédito. Note-se, inclusive, que essa Resolução é anterior à Resolução nº 3.518/07, não tendo por ela sido revogada, evidenciando, pois, que se destinam à regulamentação de matérias diversas.

Na prática, portanto, conclui-se que a cobrança de tarifa para liquidação antecipada de débitos somente foi regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional a partir de 06.09.2006, data em que entrou em vigor a Resolução nº 3.401/06.

Por outro lado, com a entrada em vigor da Resolução nº 3.518/07 do Conselho Monetário Nacional, vedando às instituições financeiras a cobrança de tarifa em decorrência de liquidação antecipada, houve revogação expressa do art. 2º da Resolução nº 3.401/06, que permitia tal cobrança.

A LEGALIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO

Considerando que o Conselho Monetário Nacional somente regulamentou a cobrança da tarifa para liquidação antecipada de operações de crédito em 06.09.2006, tem-se, como consectário lógico, que antes disso se aplica subsidiariamente o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, notadamente o seu art. 52, § 2º, que assegura ao consumidor a liquidação antecipada de débitos sem qualquer custo.

Com efeito, de acordo com o art. 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, "é assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos".

A imposição de pagamento de tarifa sobre o valor do saldo devedor caracteriza artifício que claramente onera o consumidor e diminui substancialmente o alcance do direito previsto no art. 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme destaca Nelson Nery Júnior, "uma das mais importantes conquistas do consumidor com o Código foi o direito de liquidação antecipada do débito financiado, com a devolução ou redução proporcional dos juros e demais encargos". O autor ressalva que, "caso o fornecedor não assegure esse direito ao consumidor, além do direito previsto neste dispositivo, terá ele

[5] Enunciado nº 297 da Súmula/STJ, 2ª Seção, DJ de 09.09.2004.

direito de haver perdas e danos, patrimoniais e morais, nos termos do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor".[6]

Trata-se, ademais, de cláusula nula à luz do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que estabelece obrigação abusiva, que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, inibindo o exercício do direito de liquidação antecipada de operações de crédito.

Cláudia Lima Marques bem observa que "a norma do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, com a abrangência que possui e que é completada pelo disposto no § 1º do mesmo art. 51, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51"[7].

Não bastasse isso, o expediente fere a boa-fé objetiva, exigida não apenas pelo art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, mas também pelo art. 422 do Código Civil, que alça a boa-fé objetiva ao patamar de princípio ou cláusula geral, de cunho social, aplicável aos contratantes antes da celebração e após a extinção do contrato.

A boa-fé objetiva impõe às partes contratantes deveres que não são os centrais ou nucleares, mas que estão anexos, marginais, laterais ao contrato e que muitas vezes nem sequer foram redigidos. Como frisa Judith Martins-Costa, "são obrigações decorrentes justamente daquela expectativa que existe em nossas relações sociais de sempre lidar com pessoas íntegras e probas. São deveres de proteção ao contratante"[8].

Veja que o art. 187 do Código Civil previu a figura do abuso de direito comparando-a com um ato ilícito, ensejando inclusive a reparação civil, nos termos do art. 927 do mesmo Diploma Legal. Comentando esse artigo, Ruy Rosado de Aguiar pondera que "essa talvez seja, do ponto de vista do Direito Obrigacional, a cláusula mais rica do Projeto. Reúne (...) princípios básicos (...) o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes"[9].

> **A cobrança de tarifa para liquidação antecipada de operações de crédito se mostra descabida, visto que não tem, como contrapartida, nenhum custo ou prejuízo concreto para a instituição financeira**

Fixadas essas premissas, conclui-se que a cobrança de tarifa para liquidação antecipada de operações de crédito se mostra descabida, visto que não tem, como contrapartida, nenhum custo ou prejuízo concreto para a instituição financeira. Ao contrário, o banco receberá antecipadamente o seu crédito, liberando recursos para novas operações, além de eliminar o risco de inadimplência.

Nesse aspecto, não convence a alegação recorrente das instituições financeiras, de que a tarifa em questão teria o condão de compensá-la pela frustração da expectativa de ganho com o contrato.

Embora seja verdade que, com a quitação antecipada, o banco deixará de receber parte da remuneração contratada, não é menos verdade que o valor objeto da liquidação ficará disponível para novas operações, que

---

[6] NERY JÚNIOR., Nelson, *et al.* Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 449/450.

[7] MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao código de defesa do consumidor, 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 701.

[8] MARTINS-COSTA, Judith. Boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

[9] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil. As obrigações e os contratos. *In* Revista dos Tribunais, vol. 775. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 23.

poderão ser contratadas a juros mais elevados, resultando em vantagem para a instituição financeira. Em outras palavras, a liquidação antecipada de débitos incentiva o retorno dos valores mutuados às instituições financeiras para nova realocação.

Percebe-se, portanto, que eventuais ganhos ou perdas derivados da liquidação antecipada de débitos dependerão da flutuação da taxa de juros. Trata-se, porém, de uma questão de mercado, diretamente ligada ao risco do negócio assumido pelas instituições financeiras, risco esse que se tem mostrado bastante reduzido, como provam seus expressivos lucros, cada ano maiores.

Seja como for, não se mostra razoável presumir o prejuízo do banco em detrimento do consumidor, para justificar a cobrança de tarifa para liquidações antecipadas de operações de crédito que, a rigor, no mais das vezes resultam vantajosas para a instituição financeira.

Tanto é assim que o próprio Conselho Monetário Nacional, após breve período – de pouco mais de 01 ano – em que autorizou essa tarifa, acabou por editar a Resolução nº 3.516/07, vedando a sua cobrança e revogando expressamente o art. 2º da Resolução nº 3.404/06, certamente por verificar que, como regra, implicava vantagem excessiva às instituições financeiras.

A tese ora construída foi levada à apreciação da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.375.906/DF[10], tendo o colegiado, à unanimidade, acompanhado o voto da Relatora e entendido que "as instituições financeiras somente estiveram autorizadas a cobrar tarifa para liquidação antecipada de débitos no período compreendido entre 06.09.2006 (entrada em vigor da Resolução nº 3.401/06 do CMN) e 06.12.2007 (entrada em vigor da Resolução nº 3.516/07 do CMN)".

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, n. 775, p. 18-31, maio 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código civil comentado**: negócio jurídico. atos jurídicos lícitos. atos ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

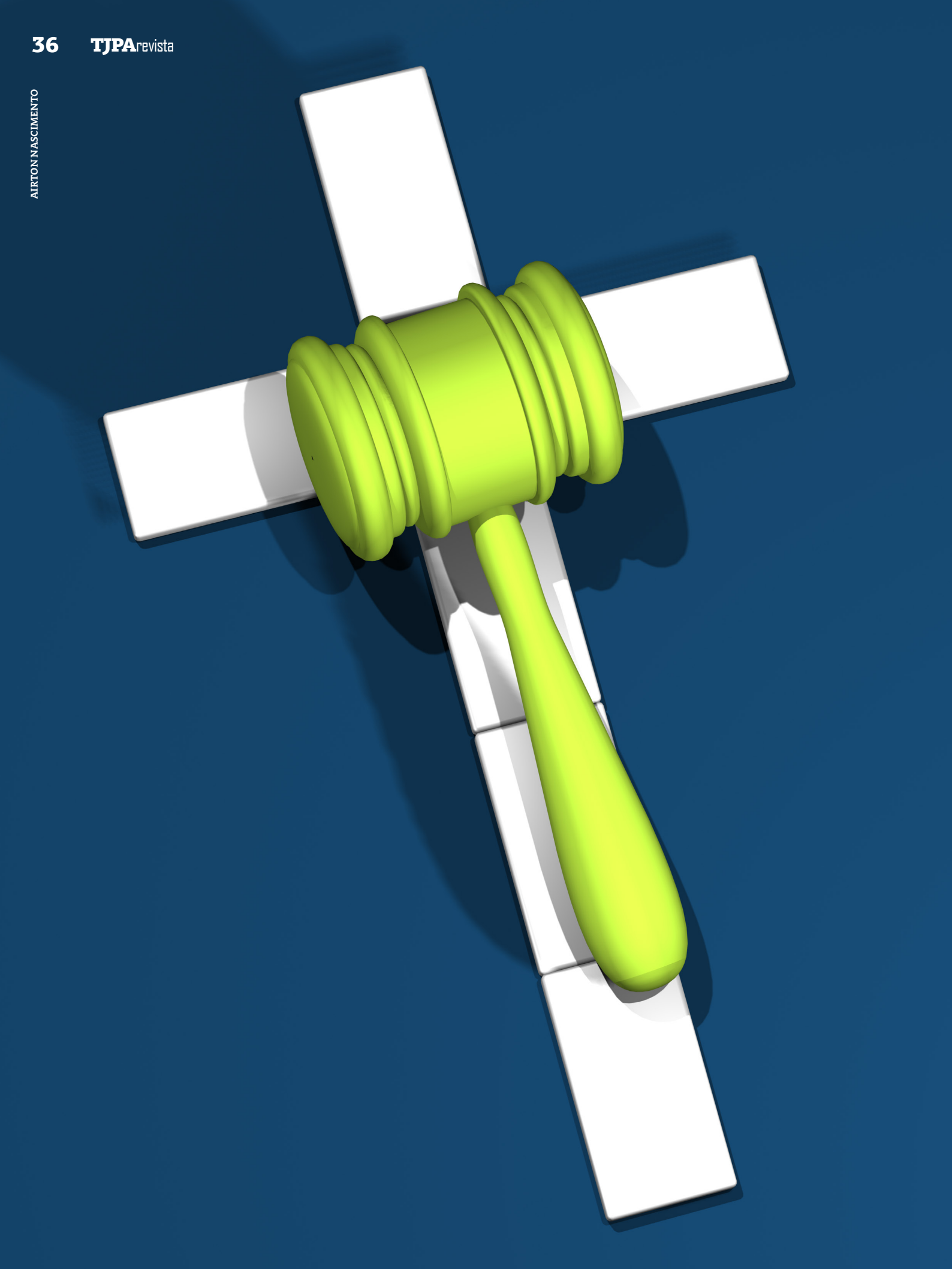
MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR., Nelson et al. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

[10] REsp 1.375.906/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 30.05.2014.

AIRTON NASCIMENTO



O Direito e a Religião entre (a)confessionalidade e ateísmo: por uma ressignificação dos parâmetros da laicidade brasileira

CARLOS AUGUSTO LIMA CAMPOS

Mestrando em Ciências da Religião pela Universidade do Estado do Pará (UEPA). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário de Ribeirão Preto (UNISEB). Especialista em Teoria do Direito e Fundamentos da Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJEPA).

RESUMO

A asseveração de que o Brasil é um Estado Laico é produzida, na maioria das vezes, como um argumento retórico divorciado da compreensão do modelo de laicidade encampado. E o sentido desta afirmação nem sempre se demonstra acessível aos "interlocutores", já que há uma grande diferença entre afirmar que o Brasil é laico e compreender os contornos desta laicidade. Inicialmente, e ciente das dificuldades oriundas da forte carga emocional que permeia todos os debates relacionados à livre manifestação do pensamento religioso, não é perceptível, para o sentido comum, que inexiste um modelo universal de laicidade. E em um sentido mais superficial, quando a ideia de laicidade tangencia a de aconfessionalidade – isto é, o fato de que um determinado Estado não adota oficialmente uma crença religiosa –, o conceito de laicidade estatal serve para identificar a experiência constitucional da maioria dos países ocidentais. Neste contexto, o presente artigo se propõe a analisar a questão relativa à liberdade de consciência e de culto, à luz dos institutos do Direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Laicidade, Liberdades, Ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT

The assertion that Brazil is a secular country is produced, most of the times, as a rhetorical argument divorced from understanding of the model of secularism adopted. And the meaning of this statement

is not always demonstrated accessible to "partners", since there is a big difference between saying that Brazil is secular and understand the contours of this secularism. Initially, and aware of the difficulties arising from the strong emotional charge that permeates all discussions related to the free expression of religious thought, it's not perceptible to the common sense, that there is no universal model of secularism. And in a more superficial sense, when the idea of secularism tangency to no-denominational status - that is, the fact that a particular country does not officially adopts a religious belief, the concept of secularism state serves to identify the constitutional experience of most western countries. In this context, the present paper proposes to analyze the issue relating to the freedom of conscience and of worship, in the light of the institutes of Brazilian Law.
KEYWORDS: Secularity, Freedoms, Brazilian legal System .

LIBERDADE: DIFICULDADES CONCEITUAIS

There was a time when men were kind / When their voices were soft / And their words / inviting / There was a time when love was blind / And the world was a song / And the song was exciting / There was a time ... then it all went wrong / I dreamed a dream in time gone by / When hopes were high and life worth living / I dreamed that love would never die / I dreamed that God would be forgiving / That I was young and unafraid / When dreams were made and used and wasted / There was no ransom to be payed / No song unsung, no wine untasted / But the tigers come at night / With their voices soft as thunder / As they tear your hope apart / As they turn your dreams to shame / He slept a summer by my side / He filled my days with endless wonder / He took my childhood in his stride / But he was gone when autumn came / And still I dreamed he'd come to me / And we would live the years together / But there are dreams that cannot be / And there are storms we cannot weather / I had a dream my life would be / So different from this hell I'm living / So different now from what it seemed / Now life has killed the dream / I dreamed (BEHR; BOUBLIL, 1993, p. 47).[1]

[1] Em tradução livre: "Houve um tempo em que os homens eram gentis / Quando suas vozes eram suaves / E suas palavras convidativas / Houve um tempo em que o amor era cego / E o mundo era uma música / E a música era excitante / Tempos de outrora e de repente tudo ficou diferente / Eu sonhei com um tempo passado / Quando as esperanças eram grandes e a vida merecia ser vivida / Eu sonhei que o amor nunca acabaria / Eu sonhei que Deus seria misericordioso / Eu era jovem e não tinha medo / Quando os sonhos eram realizados e usados e jogados fora / Não havia resgate a ser pago / Nenhuma música sem ser cantada, nem vinho não degustado / Mas os tigres vêm a noite / Com suas vozes suaves como trovão / Enquanto eles despedaçam sua esperança / Enquanto eles transformam seus sonhos em vergonha / Ele dormiu um verão ao meu lado / Ele preencheu meus dias com maravilhas sem fim / Ele levou minha infância em seu caminhar / Mas ele se foi quando o outono chegou / E ainda assim eu sonhei que ele voltaria para mim / E que viveríamos os anos juntos / Mas existem sonhos que não podem ser concretizados / E existem tempestades que não podem cessar / Eu tive um sonho que minha vida seria / Tão diferente deste inferno que eu vivo / Tão diferente agora do que deveria ser / Agora a vida matou o sonho / Que eu sonhei".

Não seria teratológico afirmar que a acepção do termo *liberdade* é tão imprecisa quanto a de *vida*, a de *dignidade* ou até mesmo a de *cultura*, razão pela qual a tentativa de defini-la inspirou *Alain Boublil* na composição de *I dreamed a dream*, a supracitada canção que abrilhantou inúmeras adaptações da obra *Os Miseráveis*, de *Victor Hugo*, e que nos remonta a sonhos, frustrações, desesperança e devaneios sem, contudo, apontar etimologicamente uma significação. Diversos filósofos dedicaram parcela de seus esforços na compreensão da liberdade, tal a importância que exerce(u) nas mais distintas sociedades. *Immanuel Kant*, por exemplo, acreditava que a *liberdade* e a *autonomia* estavam relacionadas, em nítida referência a elementos como a *menoridade* e o *aufklärung*.

A concepção de menoridade, em Kant, está vinculada à ideia de *incapacidade*, isto é, o ser humano não apresenta autonomia cognitiva, de maneira que fica impossibilitado de fazer uso do seu próprio entendimento. Para o autor, a permanência do homem na menoridade se deve ao fato de ele não ousar pensar. A covardia e a preguiça são apontadas como as causas que levam os homens a permanecerem na menoridade. Um outro motivo seria o comodismo, já que aparentemente é bastante confortável que terceiros tomem decisões que, paulatinamente, façam com que o indivíduo se torne cada vez menos atuante, já que passa a abrir mão de sua identidade intelectual.

O segundo conceito, *aufklärung* diz respeito à saída do homem de sua menoridade, da qual ele próprio é culpado. Em tradução livre, o referido termo significa "iluminação" ou mesmo "esclarecimento", que seria a característica do ser humano que, ousando se libertar dos grilhões da menoridade, busca a própria autonomia frente àqueles que o dominam/manipulam intelectualmente.

> **A acepção do termo liberdade é tão imprecisa quanto a de vida, a de dignidade ou até mesmo a de cultura**

É importante enfatizar que o ato de se insurgir contra o comodismo é a principal característica do que *Kant* (1983, p. 58) denominou "emancipação das trevas".

Lembrando que em *Kant* a liberdade advém do conhecimento das leis morais e não somente da própria vontade da pessoa, é-nos apresentada – nesta ótica – como o livre arbítrio, não devendo ser relacionada essencialmente às leis.

Em *Descartes*, a liberdade é gerada em virtude de uma deliberação do próprio sujeito. Contudo não está isenta de fatores como bens materiais e até mesmo dinheiro, diferentemente do que se verifica em *Sartre* (2012, p. 21), para quem a liberdade é "a condição de vida do ser humano, já que este é naturalmente livre, independentemente dos fatores do mundo e das coisas que ocorrem".

Por fim, a concepção de que "a liberdade humana é uma prática dos indivíduos, e está diretamente ligada aos bens materiais, de modo que tais indivíduos manifestam sua liberdade em grupo, e criam seu próprio mundo, com seus próprios interesses" (MARX, 2013, p. 17), é problemática na medida em que restringe as perspectivas de liberdade, criando uma "lacuna" no que tange às situações não centralizadas nos bens materiais. Em suma: a definição etimológica do instituto em comento não viabiliza, necessariamente, a sua sedimentação.

LIBERDADE EM PERSPECTIVA: A PRIMEIRA GERAÇÃO (OU DIMENSÃO) DE DIREITOS HUMANOS

Preambularmente, mister salientar que são considerados humanos,

> os direitos conferidos a todo e qualquer sujeito, no intuito de se resguardar sua dignidade, direitos esses que a

> sociedade política tem o dever de consagrar e garantir, sendo todos decorrentes de alterações no pensamento filosófico, jurídico e político da humanidade, e que, positivados, convencionou-se designar por direitos fundamentais (HERKENHOFF, 1994, p. 31).

Enquanto vicissitudes cognitivas, as gerações (ou dimensões) de direitos humanos são frutos das conquistas históricas da humanidade, e convergem, doutrinariamente, para os "pilares" maximizados nos movimentos iluministas, notadamente a *fraternidade*, a *igualdade* e a *liberdade*, sendo muito acertada a proposição, segundo a qual:

> a positivação dos direitos que hoje são alcunhados de fundamentais e que correspondem, de mais a mais, às gerações de direitos humanos, deu-se, nas variadas Cartas Fundamentais, em correspondência ao transcurso da história da humanidade e efetivamente se perfectibilizou no ordenamento jurídico pátrio, com a proporção que hoje se concebe, com a promulgação da Constituição Cidadã, de 1988, como uma consequência histórica da transmudação dos direitos naturais universais em direitos positivos particulares, e, depois, em direitos positivos universais (PIOVESAN, 2004, p. 124).

A primeira dimensão de direitos humanos é resultante, dentre outros, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como da Constituição dos Estados Unidos da América

A primeira dimensão de direitos humanos é resultante, dentre outros, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, oriundas da "insatisfação com a realidade política, econômica e social de sua época, e que resultou nessas afirmações dos direitos de indivíduos em face do poder soberano do Estado absolutista" (LAFER, 1988, p.126). Aliás, segundo Comparato (2013, p. 51), tais algoritmos:

> representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. Mas em contrapartida, a perda da proteção familiar estamental ou religiosa tornou o indivíduo muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Esses direitos, visando à proteção das liberdades individuais ao impor limites ao Estado, recebem a denominação, por alguns autores de direitos humanos de primeira geração ou primeira dimensão.

Ao seu turno, Tavares (2013, p. 126) afirma que os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são

> (...) direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que esses direitos têm como limite o reconhecimento do direito de outro.

Ideologicamente, é possível atribuir o aparecimento e a acolhida dessa dimensão de

direitos à moral individualista, que atribui ao indivíduo a centralidade administrativa, a despeito do rechaçamento e da "marginalização" das relações travadas entre os poderes político e religioso, "assinalando a secularização do poder do Estado" (BOBBIO, 2004, p. 63).

São os direitos individuais que tutelam as liberdades individuais e estabelecem limitações à atuação estatal. Decorrem do "aperfeiçoamento" dos direitos naturais e são influenciados pelos cânones de pensadores como *Montesquieu*, *John Locke* e *Rousseau*.

Como a análise apurada das demais gerações de direitos humanos não constitui o bojo da presente discussão, elas só serão suscitadas quando (e se) oportuno for, já que, em virtude da temática se vincular às perspectivas de liberdade, e notadamente as de crença, a abordagem se concentrará, doravante, nas dimensões de laicidade que o Brasil vem, sintomaticamente, solidificando.

A LAICIDADE ESTATAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Como inferido preambularmente, o Brasil é um Estado laico, e tal assertiva – obstinadamente reverberada por religiosos quando vislumbram numa ação governamental uma interferência indevida em questões religiosas, e de igual maneira pelas autoridades estatais, quando ambicionam impor uma política pública que contrarie interesses religiosos – é difundida, majoritariamente, de maneira abstrata, como se a simples afirmação de que um país é laico possibilitasse o delineamento de tal acepção. Uma análise mais cautelosa de um determinado ordenamento jurídico permite visualizar que a laicidade adotada pelos diferentes Estados comporta matizes. Tal constatação deriva, obviamente, da tese de que o arquétipo de laicidade adotado por cada país deve ser coligido enquanto gradação do seu ordenamento jurídico constitucional. Isto equivale a compreender que são os preceitos constitucionais que vigoram em cada Estado que determinam os contornos da laicidade por ele adotada.

Uma primeira distinção a ser estabelecida é a de que Estado laico não se confunde com Estado anti-religioso. A experiência histórica tem demonstrado que tanto o Estado confessional quanto o ateísta atentam contra os ideais democráticos, porque não permitem ao ser humano o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. O Estado confessional, quando entroniza determinada ideologia religiosa e reprime a exteriorização de outras crenças (ou descrenças), asfixia a realização das mais elementares aspirações do espírito humano. Do mesmo modo, o Estado ateísta, que substitui o conteúdo ideológico religioso por um conteúdo supostamente anti-religioso, não raramente marcado por características fortemente religiosas (por exemplo, culto ao Estado ou ao líder político). Ambos representam modelos que se servem do ser humano como mero instrumento para a realização de uma ideologia política ou religiosa e não como um fim em si mesmo. Neste sentido, um e outro são exemplos de desrespeito à dignidade humana. Algo muito preocupante, atualmente, é a tendência que se observa em alguns setores da imprensa para se opor ao direito de líderes religiosos expressarem suas opiniões a respeito de questões éticas relacionadas com alguma política pública. A Política governamental, com certeza, não deve ser orientada para atender os valores éticos defendidos por este ou aquele grupo religioso, mas não se pode negar o direito que os religiosos – como os lideres de outros segmentos da sociedade – têm de se manifestar sobre qualquer política pública, exercendo de modo pleno a cidadania. Por exemplo, é plenamente legítima a atitude dos bispos católicos de se insurgirem contra a distribuição de preservativos. Ao fazê-lo, estão tão somente expressando o ponto de vista religioso sobre o assunto. Posso não concordar com tal posicionamento, mas de

> modo algum me é lícito negar-lhes o direito a que o manifestem. Qualquer pessoa pode considerá-lo retrógrado e expor os motivos para que as políticas de saúde pública não o acolham. Porém, o argumento que muitas vezes tem sido utilizado – o de que eles deveriam ficar calados porque o Brasil é um país laico – nada mais é do que uma falácia autoritária. Democracia é convivência dos contrários. A tentativa de influenciar a política governamental é prerrogativa de qualquer grupo social, consectário inevitável da cidadania, não consistindo, em si, afronta à laicidade estatal (CAMPOS, 2010, p. 81-82).

Outro aspecto que deve ser visualizado, em cátedra, é o de que o Estado laico não é aquele absolutamente refratário a influências religiosas. Os protótipos de Estados laicos que adotaram políticas públicas que diretamente (ou não) desaguaram em movimentos capitaneados por líderes religiosos são inúmeros, e não raro a motivação religiosa constitui fator determinante para as lutas principiadas por determinados segmentos sociais, com o fito de viabilizar a adoção de políticas governamentais que melhorassem a vida da sociedade, coletivamente sopesada. Em particular, reputa-se o emblemático *Martin Luther King Junior*, ninguém, em sã consciência, poderia desconsiderar que muitas das políticas governamentais americanas foram fortemente influenciadas pelo *Movimento dos Direitos Civis*, liderado pelo pastor batista, a despeito das latentes motivações religiosas.

Então, se as políticas estatais não são diametralmente desprovidas de influência religiosa, e se o Estado laico não é sinônimo de anti-religioso (ou ateísta), qual a melhor hermenêutica para interpretá-lo, se é que tal questionamento pode ser encarado como "lícito"?

> Na verdade, laico nada mais é do que o caráter de neutralidade religiosa do Estado. O Estado laico é aquele que não privilegia nenhuma religião em particular e cuja política não é determinada por critérios religiosos. Significa dizer, ainda, que os Estados e as comunidades religiosas não sofrem interferências recíprocas no que diz respeito ao atendimento de suas finalidades institucionais. Vale lembrar, todavia, que interferência não se confunde com influência. Uma ilustração pode aclarar a distinção. Nada mais natural que dois jovens recém-casados tragam para o seu casamento a carga cultural recebida de seus pais. O modo pelo qual foram criados certamente contribui para sua visão de mundo e, de alguma maneira, influencia a vida do casal. Eventualmente, marido e mulher podem ouvir alguma sugestão dos seus pais sobre algum assunto em particular (a aquisição de um imóvel, por exemplo) e o jovem casal pode seguir ou não o conselho recebido. Isso pode ser rotulado como influência. Todavia, se a sogra da jovem esposa liga para a residência do casal e determina à cozinheira qual o cardápio diário a ser seguido, mesmo que motivada por preocupações com a saúde do seu filho, estamos diante de uma interferência e não mais de uma mera influência. Do mesmo modo, as políticas públicas não podem ser ditadas pelo pensamento religioso ou idealizadas para satisfazer este ou aquele grupo religioso, porque o que se busca numa comunidade política é a satisfação dos interesses de todo o grupo social, composto por cidadãos de todas as matizes ideológicas (religiosas ou não). Nada impede, entretanto, que grupos de pressão (religiosos ou não) postulem pela adoção de políticas públicas neste ou naquele sentido, conquanto o critério para a decisão estatal jamais deva ser determinado pelo pensamento religioso (TOURRANE, 1996, p. 14).

Nesse diapasão, e excetuados os sistemas jurídicos que adotam oficialmente um arcabouço

ideológico antirreligioso (ou até ateísta) – e que não constituem propriamente modelos de Estado laico, mas alegorias de totalitarismo político, há dois modelos básicos de laicidade estatal. O primeiro é o que promove uma separação tendente a confinar a religião ao foro íntimo das pessoas, procurando afastá-la do espaço público. Este é, aparentemente, o modelo que vem paulatinamente sendo adotado nos países mais secularizados. O caso paradigmático é o da França, onde a religião tem sido gradualmente expulsa do espaço público, a ponto de o Parlamento francês ter aprovado uma lei (a 2004-228, de 15 de março de 2004) coibindo a utilização de símbolos e indumentárias que representem uma manifestação "ostensiva" de uma identidade religiosa, por parte de estudantes de instituições públicas de ensino.

O *segundo* modelo de Estado laico é o que, vislumbrando no fenômeno religioso um importante elemento de integração social, não almeja afastá-lo por completo da esfera política. Antes, chega a incentivar expressões de religiosidade no espaço público, chancelando-as de diversos modos, como, por exemplo, favorecendo o estabelecimento de capelanias em corporações militares.

> **As dimensões da muralha que separa a comunidade política das organizações religiosas variam, assim, de Estado para Estado**

Entre um modelo e outro, evidentemente, há diversos entretons, tendo em vista as especificidades de cada ordenamento jurídico nacional, bem como a tradição de cada povo. As dimensões da muralha que separa a comunidade política das organizações religiosas variam, assim, de Estado para Estado. Certamente há circunstâncias históricas específicas que explicam os porquês da preponderância, em um determinado sistema jurídico, de uma concepção mais próxima deste ou daquele padrão, circunstâncias estas que estão ligadas ao desenrolar do processo de secularização vivenciado por cada sociedade.

Importante salientar que a secularização – compreendida como o processo pelo qual a sociedade se afastou do controle da Igreja, de forma que a ciência, a educação, a arte e a política ficaram livres da conformidade com as hierarquias eclesiásticas, bem como do dogma teológico – enquanto fenômeno que alcança todo o mundo ocidental, manifesta-se de distintas maneiras nos diversos Estados, por razões igualmente diversas, dentre as quais se inclui até mesmo a concepção teológica sustentada pela expressão religiosa tida como majoritária, sendo válido ressaltar, exemplificativamente, que o processo de secularização em países de tradição calvinista não se dá na mesma celeridade que em países de tradição católica. Do mesmo modo, quando a analogia se perfaz, alegoricamente, entre países tradicionalmente muçulmanos e países tradicionalmente budistas. Outro aspecto singular, nesta abordagem, diz respeito à motivação cardinal da separação entre as organizações religiosas e o Estado, uma vez que

as opiniões variam quanto ao que a doutrina constitucional da separação entre Igreja e Estado tem como intenção primeira. A intenção é proteger as Igrejas da interferência governamental ou proteger a política de grupos de pressão religiosos? Não parece desarrazoado que, embora o princípio da separação seja capaz de atender a ambos os interesses, dependendo das particularidades históricas de cada país que o adotou, tenha havido historicamente a precedência de uma intenção sobre a outra. Nos Estados Unidos, por exemplo, vê-se claramente que a intenção primeira dos constitucionalistas foi a de proteger as igrejas da interferência governamental, sobretudo para garantir proteção ao pluralismo religioso que marcou a história norte-americana desde os seus primórdios. Já na França, a intenção primeira – claramente perceptível na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – foi a de proteger o Estado da interferência religiosa. Sem pretender superestimar tal dado, é plausível que os modelos de

> Estado laico que se desenvolvem em ambos os países tenham guardado alguma relação com a intenção inicial que determinou a adoção por cada ordenamento constitucional do princípio da separação entre Estado e confissões religiosas. A par disso, há também outro aspecto a ser considerado: em muitos países os movimentos sociais e políticos que levaram ao estabelecimento do princípio de separação entre a Igreja e o Estado, também agasalhavam representantes das confissões religiosas minoritárias, ora perseguidas, ora apenas toleradas pelo poder público. As confissões religiosas, a cujos integrantes não era conferida a plenitude dos direitos – não podiam, por exemplo, ser funcionários públicos – também se mobilizaram na luta pelo estabelecimento de um Estado laico, vendo aí a solução para que lhes fosse assegurada a cidadania plena. Se isso é verdade, não se pode dizer que necessariamente o processo de secularização levou à adoção do princípio da separação entre o Estado e as organizações religiosas. Muitas vezes, a adoção do princípio da separação resultou muito mais do interesse dos próprios grupos religiosos, receosos de que a organização política privilegiasse um determinado grupo em detrimento dos outros ou, pelo menos, de que esta adotasse uma postura invasiva em relação ao domínio religioso. Por isso, na evolução histórica de alguns países o princípio da separação pode não ter representado um efeito imediato do processo de secularização e, ao invés disso, ter até contribuído para a aceleração deste processo (SMITH, 2001, p. 101).

O que cumpre salientar, entrementes, é que o princípio da separação é uma via de mão dupla: serve tanto para apartar a interferência estatal na esfera religiosa quanto para refutar a interferência religiosa na esfera estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão, a liberdade de pensamento legitima ao sujeito/agente a prerrogativa de exteriorizar (ou não) suas subjetividades, o que viabiliza a expressão axiológica de convicções e pontos de vista, desde que tais expressões não vilipendiem outros direitos. Destarte, a liberdade de pensamento acabou por conjecturar múltiplas outras liberdades, como a de crença, objeto deste artigo.

Tem-se por certo que laicidade estatal não é sinônimo de inimizade com a fé, o que nos conduz à inexorável conclusão de que não há impedimentos para a colaboração entre o Estado e as confissões religiosas, desde que prevaleça, sempre, o interesse público, nos moldes do insculpido na Constituição da República Federativa Brasileira, de 1988 (CRFB/88), notadamente em seu artigo 19, inciso I.[3] Aqui, tem-se que o sistema constitucional acolhe, expressamente, a ação conjunta dos poderes públicos no âmbito de cultos religiosos, como é o caso, exemplificativamente, da extensão de efeitos civis ao casamento religioso. Nesse sentido, não há impedimentos. Muito pelo contrário: tais alianças são incentivadas, à semelhança do que se verifica em outros países, notadamente no que tange

> à iniciativa como a celebração de concordata com a Santa Sé, para a fixação de termos de relacionamento entre tal pessoa de direito internacional e o país, tendo em vista a missão religiosa da Igreja de propiciar o bem integral do indivíduo, coincidente com o objetivo da República de "promover o bem de todos" (art. 3º, IV, da CRFB/88). Seria erro grosseiro confundir acordos dessa ordem, em que se garantem meios eficazes para o desempenho da missão religiosa da Igreja, com a aliança vedada pelo art. 19, I, da Constituição. A aliança que o constituinte repudia é aquela que inviabiliza a própria liberdade de crença, assegurada no art. 5º, VI, da Carta, por impedir que outras confissões religiosas atuem livremente no País (BRANCO, COELHO & MENDES, 2008, p. 401).

Ainda resta muito a se fazer, sobretudo em ambientes onde a intolerância ainda sufoca a alteridade. É, sem dúvidas, um grande desafio postular a importância da religiosidade em um ambiente onde a concepção de laicidade é tão distorcida, mas é na ressignificação do ser humano que os paradigmas obsoletos do preconceito e da desconfiança serão rompidos, de maneira que o protagonismo da cidadania e da democracia possa viabilizar novos horizontes para a emblemática relativa à liberdade do pensamento religioso.

BIBLIOGRAFIA

BEHR, Edward; BOUBLIL, Alain. **The Complete Book of Les Miserábles**. Nova Iorque: Arcade Publishing, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Babtista. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS, Carlos. **Ensaios acerca da influência judaico-cristã nos institutos do direito de família**. 2. ed. Belém: EDUFPA, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. v.1.

KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Tradução de M. García Morente. 8. ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1983.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

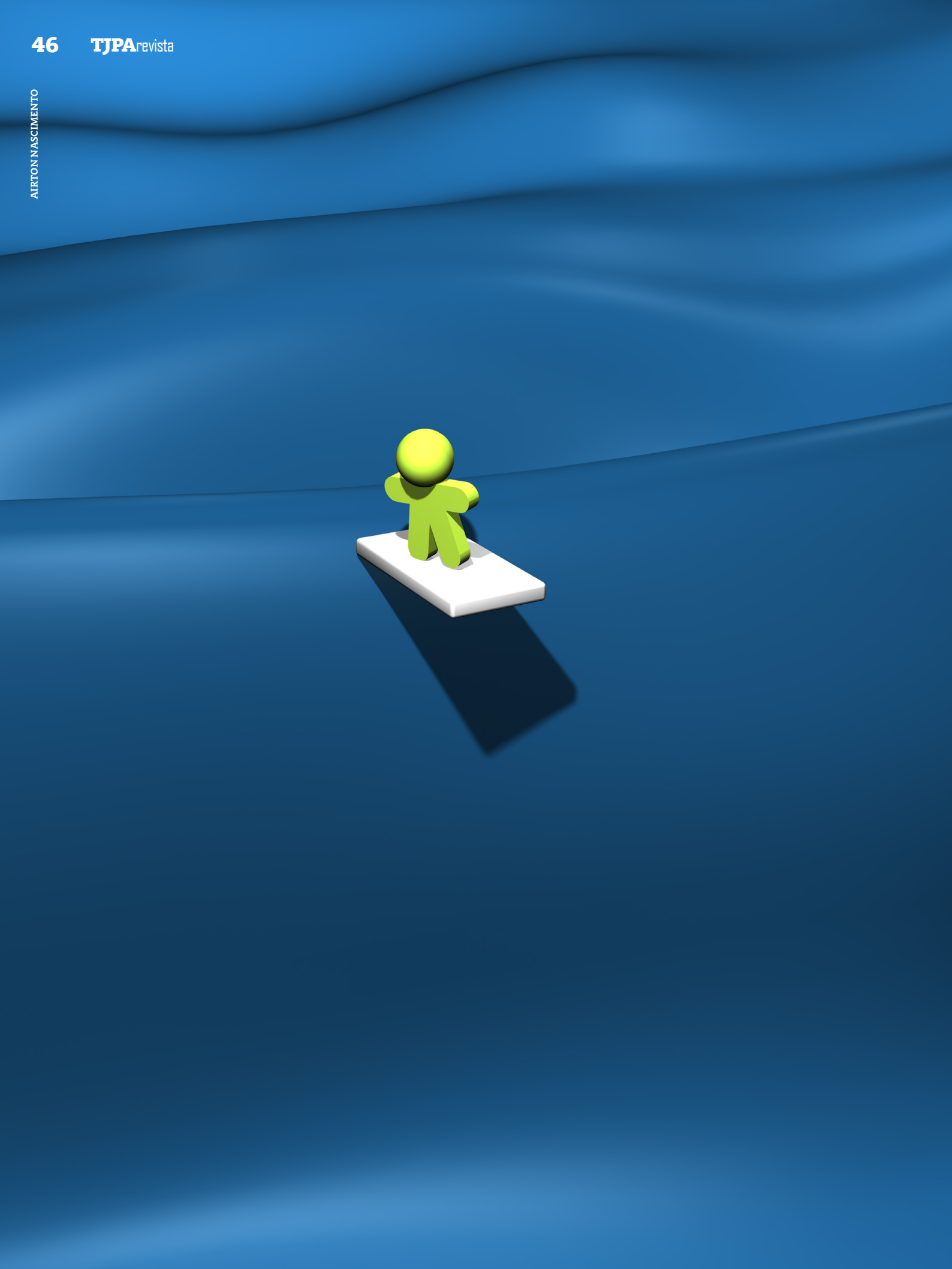
SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução de Paulo Neves. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

SMITH, Huston. **Por que a religião é importante?** : o destino do espírito humano num tempo de descrença. Tradução de Cleusa M. Wosgrau e Euclides L. Calloni. São Paulo: Cultrix, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURAINE, Alain. **O que é democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

AIRTON NASCIMENTO



A eficácia da repercussão geral e os poderes do relator

FERNANDO JOSÉ VIANNA OLIVEIRA

Formado pelo Centro Universitário do Pará - Cesupa/2010. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/2013. Assessor de Juiz, Vinculado à 7a Vara de Família da Capital no Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

RESUMO
O presente trabalho se presta a discutir o conceito e as implicações relacionadas à Repercussão Geral quando da interposição de Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal.
PALAVRAS-CHAVE - Repercussão Geral. Recurso Extraordinário. Supremo Tribunal Federal. STF.

ABSTRACT
This work lends itself to discuss the concept and implications related to the General Repercussion when filing an extraordinary appeal before the Federal Supreme Court.
KEYWORD - General Repercussions. Extraordinary Appeal. Federal Supreme Court. STF.

BREVE INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca tentar esclarecer os requisitos da Repercussão Geral que, desde 2008, passa a ser requisito de admissibilidade recursal perante os tribunais superiores.

Importante mencionar que também é objeto deste trabalho, a referência aos "novos poderes do relator", mencionados no art. 557 do CPC, e como o instituto da Repercussão Geral vai incidir seus efeitos sobre este artigo, bem como sobre toda a sistemática processual, notadamente sobre os institutos do RE e do REsp.

TENTATIVA DE CONCEITUAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL

Análise dos aspectos objetivo e subjetivo envolvendo a questão constitucional

Em relação à primeira abordagem feita, no que se refere a esclarecer o que vem a ser a questão constitucional, não se deve deixar de mencionar

o sentido atribuído pelos art. 102, §3º da CF/88 e 543-A do CPC aos fundamentos constitucionais que venham a ser por ventura tratados no recurso, sem necessariamente se falar no mérito da causa alvo do recurso.

Dessa forma começa-se o enfrentamento do que vem a ser a repercussão geral. Segundo o §1º do art. 543-A do CPC, repercussão geral é: *"a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa."* Para muitos autores, esse conceito é extremamente vago, tendo em vista a complexidade de condutas humanas e a efetiva dificuldade que há para o legislador em estabelecer um rol taxativo das mesmas. Nesses casos é aconselhável que não se busque definições objetivas para certos institutos, como tantos previstos no ordenamento.

Com esse conceito vago, dá-se certa discricionariedade para o Supremo averiguar se certa questão tem ou não repercussão na vida de outras pessoas que não sejam somente as partes do processo, uma vez que, como já mencionado, a realidade que se apresenta é muito complexa e bastante dinâmica, sofrendo alterações diariamente, com isso a ideia do que repercute de forma geral nessa mesma sociedade também está sujeita a mudanças.

Para alguns doutrinadores, em virtude dessa grande dinâmica social e do incremento de sua complexidade, a tendência legislativa é de que as normas venham permeadas de conceitos mais amplos que ficarão a critério dos juízes na hora de se depararem com o caso concreto, tudo isso em virtude da grande dificuldade que há para se prever e normatizar os diversos tipos de conduta humana. Nesse sentido[1]:

> *Com efeito, a presença de normas contendo conceitos vagos é um fenômeno cada vez mais fácil de notar. E não poderia ser diferente, pois devido ao crescimento das relações sociais e sua maior complexidade, seria impossível que o legislador previsse todo tipo de relações de onde possam nascer conflitos de repercussão geral.*

Com esse conceito vago, dá-se certa discricionariedade para o Supremo averiguar se certa questão tem ou não repercussão na vida de outras pessoas que não sejam somente as partes do processo

Nesse sentido também Barbosa Moreira: *"às vezes, a lei se serve de conceitos juridicamente indeterminados, ou porque seria impossível deixar de fazê-lo, ou porque não convém usar outra técnica"*[2].

No que diz respeito ao fato do STF ter de fundamentar de forma clara a questão da presença ou não da repercussão, também não se vê óbice a isso pela importância que o instituto passa a ter nas relações jurídicas, uma vez que as questões, sem repercussão geral, não vão poder ser analisadas em seu mérito pelo Supremo.

Através do instituto da repercussão geral, vai ser reforçada a posição do STF como guarda da Constituição Federal, que passará a analisar somente causas que repercutam de forma contundente na sociedade e

---

[1] Pereira, Vinicius Martins. Questões polêmicas acerca da repercussão geral no recurso extraordinário. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 915, 4 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7804>. Acesso em: 27 de maio 2008.

[2] José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, Temas de Direito Processual, 2ª Serie, São Paulo, Saraiva, 1988, pág. 64 in Reforma do Judiciário, São Paulo, RT, 2005, pág. 375, Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier.

não sendo mais um órgão que visa a resolver "briga de vizinhos" que não tenham qualquer relevância social, mesmo que haja uma interpretação equivocada da Constituição.

Porém nesse ponto, deve-se discordar do que preceitua o art. 102 da CF: ***Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição[...]*** Assim, não pode deixar o Supremo de apreciar a "briga de vizinhos", caso tenha havido ofensa a algum preceito Constitucional, uma vez que é sua função, prevista na própria Constituição. Sendo assim, não pode o legislador limitar o acesso ao Tribunal Supremo, caso no curso do processo entre os "vizinhos" esteja havendo um desrespeito à Constituição, somente porque essa briga não tem repercussão na esfera de outras pessoas. Estaria, então, o Supremo, deixando de cumprir sua função Constitucional.

Nesse ínterim, é claro que a maior parte da doutrina se inclina no sentido de não se fazerem tantas críticas a esse instituto, e até o vendo com bons olhos, porém observa-se este fato, com certa reserva, uma vez que é dever do Supremo zelar pelo respeito aos princípios constitucionais que atinjam os particulares, tenham eles ou não repercussão na sociedade.

É claro que é louvável a intenção do legislador de amenizar a pauta de julgamentos do Supremo, com o intuito de racionalizar a atividade jurisdicional, restringindo o acesso ao STF para que, de certa forma, acabe por tornar a prestação jurisdicional mais célere, porém isso não pode vir permeado de uma violação à própria Constituição Federal, restringindo o acesso de particulares que tiveram algum direito seu Constitucional violado, somente pelo fato de esse direito em último caso fazer referência somente a esse particular. Aqui devemos colacionar importante lição de Rodolfo Camargo Mancuso, citado por Marcus Vinicius Rios Gonçalves[3] :

> *"O recorrente ao acenar com uma violação, pelo julgado recorrido, de um seu direito assegurado constitucionalmente, ou por Lei Federal, permite ao Tribunal que, em provendo o recurso, resolva a situação jurídica individual, ao tempo que preserva a integridade da ordem jurídica; vistos sob o ângulo do Tribunal, tais recursos permitem à Corte que desempenhe aquela sua alta missão e o fazendo, acabe resolvendo a situação jurídica individual. Todavia, entre essas duas acepções, parece-nos primordial a que sobreleva o aspecto da preservação da inteireza positiva do direito federal – constitucional e comum – e a fixação de sua interpretação."*

E Marcus Vinicius Rios Gonçalves[4] , continua:

> *A função prioritária dos recursos excepcionais não é permitir que os tribunais façam justiça, corrigindo eventuais erros de julgamento ou de procedimento, mas preservar a Constituição Federal e as leis federais, em sua inteireza, do que resultará, indiretamente, a possível correção de tais erros.*

Discorda-se da segunda parte da afirmação do ilustre doutrinador Rodolfo Camargo Mancuso e de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, uma vez que parece que doutrinadores renomados esquecem o real motivo dos tribunais superiores necessitarem preservar a interpretação tanto da

---

[3] Mancuso, Rodolfo Camargo, Recurso extraordinário e recurso especial. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 in Gonçalves, Marcus Vinicius Rios Novo Curso de direito processual civil, vol. 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008, pág. 145 e 146.

[4] Gonçalves, Marcus Vinicius Rios Novo Curso de direito processual civil, vol. 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008. pág. 146.

Lei Federal como da Constituição.

Ora, sabemos que na grande maioria das vezes, essa necessidade surge por conta de interpretações divergentes pelos diversos tribunais do país, e somente surgem quando da análise de casos concretos, uma vez que só se fixa interpretação das normas, pois elas vêm sendo reiteradamente, aplicadas de forma incorreta. Sendo assim, não há como concordar que havendo essas interpretações divergentes das normas constitucionais e federais, não se possa dar ao recorrente, a faculdade de lhe ser aplicado corretamente o direito, unicamente porque sua causa não transcende e afeta de forma direta a vida outras pessoas.

Tem-se esse argumento como defesa, pelo fato de que antes da atual Constituição, vigorava a Súmula 400 do STF, que falava sobre a hipótese de admissibilidade prevista na alínea "a" do art. 101, III da CF (atual 102, III), dispondo:

> *Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal.*

Nesse sentido também colaciona-se a lição de Luiz Cláudio Portinho Dias[5] :

> *Com o advento da Constituição de 1988, a Súmula 400 veio a ser abandonada pelos tribunais superiores. Afirma-se que vivendo num sistema federativo, com Cortes Superiores competentes para apreciar recursos destinados a uniformizar a jurisprudência nacional e controlar a constitucionalidade das decisões regionais, mostra-se insustentável a tese de que os Tribunais locais possam julgar definitivamente uma questão jurídica com base numa interpretação razoável do direito posto.*
> *Isso acarretaria, sem dúvida, na subtração das competências constitucionais conferidas ao STJ e ao STF. Aplicar a Súmula 400, pois, contraria as normas de direito processual constitucional inscritas nos arts. 102 e 105 da Carta de 1988.*

Ora, com a entrada em vigor da CF/88, essa súmula foi revogada, e hoje, é admitido o recurso extraordinário, com base da alínea "a" do art. 102, III da CF, mesmo que a interpretação dada à norma constitucional seja uma interpretação razoável, uma vez que estará presente o requisito de admissibilidade da referida alínea, qual seja a da contrariedade a dispositivo da Constituição Federal.

Outra coisa que se deve discordar é o fato do recorrente ter de demonstrar que sua causa tem repercussão geral. Ora, entende-se ser essa demonstração extremamente difícil, uma vez que, conforme já foi mencionado, as relações sociais são extremamente diversificadas e por mais que tenham diversas lides versando sobre o mesmo tema, nenhuma delas será igual a outra, até porque se fosse, haveria litispendência. A redação do dispositivo é confusa e não esclarece por qual caminho o recorrente deve demonstrar que sua matéria tem repercussão na esfera das outras pessoas.

No site do Supremo, o mesmo traz algumas matérias que já foram decididas como tendo repercussão geral, porém, como já mencionado, para os casos inéditos, é difícil saber como será essa demonstração, uma vez que o dispositivo legal não faz nenhuma referência a como esse ônus deve ser cumprido. Vale ressaltar que esse ônus também é aplicado ao recurso paradigma,

---

[5] Luiz Cláudio Portinho Dias, Súmula 400 e a razoável interpretação do Direito. http://www.jus.com.br/doutrina/sum400.html, acesso em 02.06.2008.

que é aquele que tem presunção de haver a repercussão geral, justamente por ele ser paradigma de outros tantos recursos que versam sobre a mesma matéria.

Ora se o paradigma, que como dito, é modelo de diversos outros semelhantes, é vítima da repercussão e deve ser demonstrado, coitado do recorrente individual na hora que tiver de mostrar que sua causa repercute na esfera de outras pessoas, e mais, deve o Supremo ter cuidado na hora de analisar a repercussão geral, pois, sendo um requisito de admissibilidade para outros recursos, como veremos adiante, caso o mesmo negue a presença dela, obstará outras pessoas de ingressarem com demandas com fundamentos semelhantes àquela negada.

No que se refere ao direito metaindividual, o mesmo também está sujeito à demonstração de repercussão, o que se entende ser, no mínimo, um absurdo. Ora se o direito já é considerado coletivo, por que vai se dar ao trabalho de verificar se o mesmo repercute ou não na esfera da sociedade? É completa perda de tempo e faz com que se perca um pouco da utilidade do instituto, uma vez que atrasa a prestação jurisdicional.

Ora se o direito já é considerado coletivo, porque vai se dar ao trabalho de verificar se o mesmo repercute ou não na esfera da sociedade?

Ao abordar o aspecto objetivo da matéria, o art. 543, §3º dispõe: "haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal", esbarra-se com o fato de que haverá repercussão nos casos em que as decisões desrespeitem súmula vinculante e jurisprudência dominante do STF, não sendo necessário que, nesses casos, tenham efetivamente uma repercussão na esfera coletiva. Ora, se está mais uma vez defronte de um dispositivo um tanto incoerente.

Segundo a doutrina, o fato de alguma decisão violar súmula vinculante e jurisprudência dominante do STF, é para que se tenha um caráter pedagógico do instituto, fazendo com que as decisões do Supremo sejam respeitadas e aplicadas em todo o país, sendo assim, quando há desrespeito à súmula ou jurisprudência dominante do STF, de pronto carregam consigo a repercussão. Nesse sentido[6]:

> *O § 3º do mesmo artigo 543-A veicula, por sua vez, norma bastante interessante, pois cria uma situação em que há presunção iure et de iureda presença da repercussão geral.*
> *[...] Salutar a norma em comento por dois aspectos: primeiro por erigir hipótese objetiva de presença da repercussão geral; segundo por criar uma presunção de que as matérias sumuladas pelo STF ou que foram objeto de reiteradas decisões são, por só esse motivo, dotadas de repercussão geral. Ademais, se nem todas as matérias sumuladas ou reiteradamente tratadas pelo STF têm relevância econômica, política ou social, é imperioso reconhecer que têm relevância jurídica. Assim, o que enseja a presunção tratada no dispositivo é a inerente relevância jurídica de tais matérias.*

Aqui também é louvável a intenção do legislador de preservar as decisões prolatadas pela corte mais importante do país, mas deve-se insistir na questão: se decisões que não respeitam súmulas ou jurisprudência do STF tem repercussão, visando a dar um caráter pedagógico e impor um

---

[6] Paiva, Lúcio Flávio Siqueira de. A Lei nº 11.418/06 e a repercussão geral no recurso extraordinário. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1315, 6 fev. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9470>. Acesso em: 27 maio 2008.

respeito a essas decisões, com mais razão deve ser conhecido o recurso quando a lide versar sobre desrespeito flagrante à Constituição, mesmo que não haja efetivamente uma repercussão geral, pois como já foi mencionado isso é uma violação ao próprio papel do Supremo que é estabelecido pela Constituição.

Conforme mencionado, mais uma vez entende-se que não há nenhum óbice a relevância jurídica por desobediência de súmula ou jurisprudência do STF, só não há como concordar que violações à Constituição não sejam alvo de recurso e as de contrariedade a súmulas ou jurisprudência sim, somente pelo fato de que a matéria tratada não abrange de forma direta uma coletividade, uma vez que qualquer violação ao texto constitucional fere toda a sociedade, pois a Carta Magna é o diploma mais importante do nosso ordenamento, devendo todos os outros se adequar à sua letra e interpretação.

REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DIFERENCIADO

Os novos poderes do Relator e do tribunal local. A análise por amostragem.

Passando agora a análise acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários, os mesmos possuem requisitos de admissibilidades diferenciados, no qual a repercussão geral está incluída. Geralmente esses recursos excepcionais têm admissibilidade bifásica, primeiramente no tribunal local e depois no Tribunal Superior, seja o STJ ou STF. Já nos tribunais superiores, quanto ao recurso, segundo disposição do artigo 557, o relator do processo faz a primeira análise dos requisitos de admissibilidade e depois é analisado pelo Plenário do Tribunal.

> ***Muito se discute que a repercussão geral alterou na prática o processamento dos recursos, uma vez que a referida repercussão, não pode ser analisada de pronto pelo relator, devendo ser analisada primeiramente pela Turma do STF***

Porém muito se discute que a repercussão geral alterou na prática o processamento dos recursos, uma vez que a referida repercussão, não pode ser analisada de pronto pelo relator, devendo ser analisada primeiramente pela Turma do STF, e caso seja negada, será apreciada pelo Plenário do STF, só podendo ser afastada por 2/3 dos votos dos ministros.

Caso o Plenário entenda que há a repercussão, o relator novamente recebe o processo para que possa proceder a análise dos outros requisitos de admissibilidade. Esse procedimento é adotado nos casos em que a repercussão geral da causa vai ser analisada pela primeira vez, pois quando a matéria versada no recurso já tiver sido apreciada em grau de repercussão geral, o relator tem todos os "seus poderes" de volta, constantes do art. 557 do CPC.

Entende-se que há uma contradição entre os arts. 557 e 543-A/B do CPC, uma vez que no art. 543-A, §4º, não foi mencionado que a análise da presença ou não da repercussão geral deve ser feita primeiramente pela Turma do STF, mas sim somente que cabe a ela decidir se há ou não esse requisito, entendendo a turma não haver, aí sim o recurso é remetido para o Plenário.

Por conta disso é que se diz que há essa contradição, uma vez que há dois momentos para se analisar os requisitos de admissibilidade, o prévio, aquando do exame da Repercussão, feito pela turma e depois pelo Colegiado do STF, no caso da turma entender que não há a presença do requisito, e o segundo feito pela análise monocrática do relator.

Concorda-se com a posição adotada pelos autores que dizem que num primeiro momento, o art. 543-A, limitou o poder do relator, previsto no art. 557, pois o mesmo só pode passar à analise dos demais requisitos de admissibilidade, após

a apreciação da repercussão geral no recurso extraordinário, aqui chamado de recurso paradigma, pois é esse recurso que leva ao conhecimento do STF, pela primeira vez, a questão constitucional para que o mesmo se pronuncie se a causa transcende os limites subjetivos da lide.

Também entende-se que esse procedimento merece críticas, levando a um desperdício de tempo, pois seria muito mais célere que fosse dada oportunidade para o relator analisar de imediato os demais requisitos de admissibilidade, uma vez que de nada adianta o recurso ter a repercussão, se estiverem ausentes os outros requisitos de admissibilidade. Sendo assim, deveria o relator analisar primeiramente o recurso paradigma para que se verifique a presença dos demais requisitos e até de seu parecer acerca da presença ou não da repercussão, para, aí sim, enviar o mesmo à turma, que é o primeiro "órgão" que deve fazer a verificação da presença do requisito prévio de admissibilidade, sendo necessário, fazer a remessa para o Colegiado do STF onde o mesmo se pronunciará sobre a repercussão.

Apesar da previsão do art. 543-A, o regimento interno do STF caminha no sentido da interpretação que está se fazendo, uma vez que o art. 323 do RISTF aduz que: quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não de repercussão geral. Esse dispositivo tende a garantir o poder do relator envolvendo os demais requisitos de admissibilidade, antes mesmo da discussão sobre a existência ou não de repercussão geral.

As alterações da lei 11.418/2006, no sentido de estabelecer novos poderes para o relator e para o presidente do Tribunal local, nas situações em que haja causas repetidas, referem-se à mesma questão jurídica nas demandas e que necessitam de uma mesma resposta do Poder Judiciário.

Cássio Scarpinella Bueno[7], comentando acerca dessas demandas idênticas, porém no contexto do artigo 285-A, mas que perfeitamente aduz que pode ser aplicada a referida lei, mencionando que se trata de uma técnica que deve ser entendida como:

> *"[...] uma forma de debelar o que a prática judiciária costuma denominar, muitas vezes, de 'processos repetitivos', em que o que se discute basicamente é uma mesma tese jurídica aplicada a uma mesma situação fática inconteste ou, quando menos, que não desperta maiores dúvidas ou indagações das partes e do próprio magistrado. Uma situação fática que não aceita ou não apresenta peculiaridades [...]".*

Dessa forma, negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados automaticamente não admitidos. Aqui, nota-se o motivo do sobrestamento dos recursos. Ao invés de entupir o STF com recursos que versem sobre a mesma questão constitucional, julga-se um ou alguns quanto à repercussão geral e, negada a existência da mesma, os recursos represados na instância *a quo* não serão apreciados pelo Supremo.

No que se refere ao fato de após o Supremo ter analisado um recurso paradigma e declarar que a questão constitucional nele presente não tem repercussão, entende-se realmente haver uma ampliação do poder do relator, pois o mesmo não precisará mais enviar recursos que versem sobre a mesma questão, uma vez que o Plenário já se pronunciou no sentido da inexistência de Repercussão Geral.

Nesse sentido, Luiz Manoel Gomes Junior[8], diz que quando o STF, por reiteradas vezes, já

---

[7] Cassio Scarpinella Bueno, A Nova Etapa de Reforma do Código de Processo Civil vol. 2, Saraiva, 2006.

[8] Gomes Junior, Luiz Manoel. A Argüição de Relevância. A Repercussão Geral das Questões Constitucional e Federal. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

tiver decidido acerca da não repercussão geral de determinada causa, não há necessidade que o relator novamente submeta idêntica questão ao colegiado. A mesma opinião é compartilhada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina[9], objetivando um resultado prático de forma a acelerar a prestação jurisdicional, pois o contrário "conduziria a resultado contraproducente".

Como já foi dito anteriormente, louvável é a ideia do legislador em estabelecer um maior rigor para o acesso aos Tribunais Superiores, porém devemos mais uma vez externar nossa crítica.

Entende-se ser sim esse caso (negativa de repercussão geral, levando à inadmissibilidade de outros recursos) uma violação ao acesso à justiça, pois uma vez versando o recurso sobre questão constitucional, onde a mesma foi flagrantemente desrespeitada durante todo o curso do processo, ser negado seguimento por a mesma deixar de ter repercussão geral, entende-se ser sim uma limitação imposta pelo legislador à própria competência do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição.

No que diz respeito ao procedimento em relação aos recursos sobrestados no tribunal local, uma vez conhecido o recurso extraordinário, o STF poderá: manter ou confirmar a decisão recorrida, assim, negando provimento ao REXT, ou reformando a decisão recorrida, assim, estará dando provimento ao recurso extraordinário.

Na primeira hipótese, sendo confirmada a decisão recorrida, o juízo *a quo* analisará os REXT's sobrestados e os considerará prejudicados, uma vez que com o improvimento do REXT paradigma (para as hipóteses nas quais o STF mantém o acórdão recorrido), os demais recursos estarão desafiando tese contrária da já declarada pelo Supremo.

Na segunda hipótese, duas situações podem ocorrer: a) o juízo *a quo*, verificando que o STF, aquando do julgamento do mérito do recurso extraordinário paradigma se pronunciou no sentido de tese contrária à veiculada no acórdão recorrido, se retrata e reforma seu próprio entendimento, assim, atendendo à pretensão do recorrente; b) o juízo *a quo*, a despeito do entendimento contrário declarado pelo STF, decidiu por manter o acórdão alvo do recurso, hipótese em que deverá determinar a remessa do REXT para a análise do Supremo.

> **Quando o STF, por reiteradas vezes, já tiver decidido acerca da não repercussão geral de determinada causa, não há necessidade que o relator novamente submeta idêntica questão ao colegiado**

No caso da letra b, mencionada acima, o tribunal recorrido estará demonstrando, segundo alguns autores, certa grau de rebeldia ao manter seu entendimento, mesmo que contrário ao do STF. Dessa forma, quando o recurso "chega" ao Supremo, deve ser aplicado o disposto no § 4º do art. 543-B, que aduz: "mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada".

Nesse sentido, Lúcio Flávio Siqueira de Paiva:

> Tendo o tribunal *a quo* mantido o acórdão recorrido – a despeito de o STF, no julgamento do RE paradigma,

[9] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros. Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional N. 45/2004. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

ter esposado entendimento contrário – deverá o tribunal *a quo* remeter à corte suprema o RE que estava sobrestado. No STF, esse recurso será distribuído a uma das turmas e, por sua vez, a um relator, o qual fará de início, a análise da admissibilidade da impugnação. Admitido que seja esse recurso, o relator poderá então valer-se dos poderes agora conferidos pelo § 4º para "cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada". É este, ao que parece, um novo caso de poder conferido a um ministro relator, que passa a ter competência para monocraticamente julgar o mérito de um recurso extraordinário.

Porém entende-se não ser uma rebeldia de fato, até porque, a possibilidade do juízo de retratação, só exercida em alguns poucos casos, não tendo ainda os tribunais locais, o "costume" de reformarem seus próprios acórdãos, uma vez que a possibilidade do juízo de retratação é prevista somente para os casos de agravo contra decisões interlocutórias e aquando do indeferimento de petição inicial desde que o autor tenha apelado.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova etapa de reforma do código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. **Súmula 400 e a razoável interpretação do direito**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/sum400.html>. Acesso em: 02 jun. 2008.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **A Argüição de relevância**: a repercussão geral das questões constitucional e federal. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008. v. 2.

MARTINS, Pereira Vinicius. Questões polêmicas acerca da repercussão geral no recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 915, 4 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7804>. Acesso em: 27 maio 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados: temas de direito processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. A Lei nº 11.418/06 e a repercussão geral no recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1315, 6 fev. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9470>. Acesso em: 27 maio 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Reforma do judiciário**: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AIRTON NASCIMENTO

A exceção de pré-executividade como defesa do executado no processo de execução

JULIANA OLIVEIRA BAIA

Bacharela em Direito, graduada pelo Centro Universitário do Estado do Pará- CESUPA, Pós-Graduanda Lato Sensu *em Direito Processual pela Universidade da Amazônia-UNAMA, Advogada licenciada da OAB seccional do Pará; atualmente exerce o cargo em comissão de Assessora de Juiz do TJE/PA, junto a 1ª Vara Cível e Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Santa Izabel do Pará.*

Resumo:
O presente artigo limita-se a abordar o processamento da exceção de pré-executividade no processo judicial de execução civil, como uma forma de defesa do executado. Pretende, ainda, demonstrar quais as matérias que podem ser arguidas por meio dessa espécie de defesa e também identificar, por critérios objetivos, as hipóteses de cabimento e consequências da exceção de pré-executividade no processo de execução civil.
Palavras-chave: Exceção de pré-executividade. Processamento.

Abstract:
The present article is limited to addressing the processing of pre-execution exception in judicial process of civil execution, as a way to defending the executed. It also, intends to demonstrate which matters that could be accused through that specie of defense, and also, identify by objective criteria, the hypothesis of appropriateness in the pre-execution exception in judicial process of civil execution.
Keywords: pre-execution exception. Processing.

INTRODUÇÃO

A reforma do Código de Processo Civil, introduzida pelas Leis nº 11.232/05 e nº 11.382/06, alterou substancialmente o processo de execução de título judicial e extrajudicial face às modificações verificadas em vários de seus artigos, dentro dos livros I e II, daquele Estatuto Processual.

Essas alterações, contudo, não inviabilizaram a utilização da exceção de pré-executividade, mesmo diante da nova redação do artigo 736 do CPC, que permite ao executado opor embargos independentemente de penhora, depósito ou caução, podendo, nos embargos, alegar,

além de outras, "qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento" (inciso V do artigo do CPC).

O processo de execução traz em seu bojo uma relação processual que une as partes e o Estado, com atribuições recíprocas de direitos e deveres, tal relação possui uma série de condicionantes, sendo uma delas as condições da ação, fundada nos princípios da utilidade e economia processual, os quais caso inexistentes não haveria necessidade de se prosseguir com o processo de execução.

Partindo deste pressuposto e da ausência de qualquer razão plausível para que se formalize a execução, cabe ao executado informar ao magistrado fatos para que este conheça de ofício e impedir o prosseguimento regular do feito.

Assim, utiliza-se o instrumento da exceção de pré-executividade, interposta pelo devedor, com o objeto de atacar a execução forçada sob os fundamentos pré constituídos na ação, como as condições da ação, pressupostos processuais da tutela executiva, bem como, sob o argumento de desconstituir o título executivo, declarar sua nulidade, entre outras matérias de ordem públicas, aptas à analise a qualquer fase processual da execução pelo magistrado antes do trânsito em julgado da mesma.

O processo de execução traz em seu bojo uma relação processual que une as partes e o Estado, com atribuições recíprocas de direitos e deveres

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL

O processo de execução, de acordo com a estrutura originária do Código de Processo Civil de 1973, não comporta uma defesa interna ao procedimento, cabendo ao executado utilizar os embargos do devedor como meio de defesa a desconstituir o título executivo e apresentar impugnações sobre o alegado crédito do exequente. (DIDIER JR, 2011, p. 393).

Diante deste contexto a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir a possibilidade do executado apresentar, com simples petição nos próprios autos da execução, o instrumento denominado de exceção de pré-executividade, para questionar a execução, desde que comprovado documentalmente. (Ibid, p. 393).

Assim, a exceção de pré-executividade consiste na peça de defesa construída doutrinariamente com o intuito de impedir que o devedor/executado seja submetido aos gravames decorrentes dos atos constritivos de uma execução, quando o título executivo apresentar defeitos evidentes capazes de macular sua legalidade, notadamente, as matérias de ordem pública (pressupostos processuais, legitimidade e condições da ação executiva), as quais podem ser identificadas e conhecidas de ofício pelo juízo, sem a necessidade de estabelecimento do contraditório, bem como a doutrina e a jurisprudência já se posicionaram, que pode ser decidida pelo magistrado, qualquer alegação desde que haja prova pré-constituída na petição, alargando as matérias conhecidas de ofício à analise da prescrição, impenhorabilidade, novação, transação, compensação, pagamento, etc.

Neste sentido, definimos a exceção de pré-executividade como sendo "um incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuções ilegais ou infundadas mediante cognição exauriente da matéria nela vinculada, a ser de plano realizada pelo juiz". (OLIVEIRA NETO, 2000. p. 121)

Sua aplicação remonta aos anos 60, no caso da Siderúrgica Mannesmann, no contexto desta empresa, à época, ter sofrido diversas execuções contra si, e, consequentemente, inúmeras constrições por todo o País.

Tal instituto, para muitos, foi inspiração de Pontes de Miranda nos foros brasileiros que alertou, ainda, à questão de que não é o provimento inicial de 'cite-se' do magistrado que

confere o direito de executar o credor. A pretensão executiva é algo preexistente no momento de apreciação pelo magistrado, e que, por isso, o que é declarável ou decretável de ofício é suscetível entre o despacho do juiz e o cumprimento do mandado de citação ou de penhora, assim a exceção de pré-executividade, possui como objetivo principal permitir que o executado apresente sua defesa independente da realização da penhora (constrição patrimonial).

Entre os casos que podem ser suscitados na exceção de pré-executividade é cabível aqueles que impedem a configuração do título executivo ou que o inibam da força executiva, como nas questões ligadas à falta de liquidez ou exigibilidade da obrigação, ou ainda à inadequação do meio escolhido para obter a tutela jurisdicional executiva, desde que existindo prova pré-constituída (THEODORO JUNIOR, 2013, p.446). Em uma análise direta do seu cabimento, o doutrinador Freddie Didier Jr, elenca os elementos da atipicidade, limitação probatória e informalidade, como características desta modalidade de defesa.

Neste diapasão, é pacífico, por outro lado, o entendimento segundo o qual a exceção de pré-executividade não pode ser manejada para discussão de matérias que demandem dilação probatória, e.g., sobre os encargos legais que devem ou não incidir sobre o débito objeto do executivo fiscal, salvo se houver violação do Código Tributário Nacional e da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80), bem como nas matérias de maior complexidade, as quais devem ser requeridas em sede de embargos à execução, pelo seu procedimento regular.

Sobre a dilação probatória, ainda, na exceção de pré-executividade, vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça, pela aprovação da Súmula n. 393, segundo a qual "a exceção de pré -executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

DO PROCEDIMENTO E CABIMENTO DOS EMBARGOS DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Diante da criação doutrinária de tal instituto, seu cabimento é limitado às matérias referentes às questões processuais de ordem pública que versem sobre a existência e validade do processo executivo ou de seus atos: condições da ação executiva, e as questões de mérito que "só são objeto de conhecimento na execução de uma forma indireta e sumária - e em casos extremamente restritos. De uma forma indireta, porque são examinadas estritamente para o mero fim processual de extinção do processo" e "de uma forma sumária, porque têm de estar evidenciadas *prima facie*: qualquer disputa mais profunda que se ponha acerca de sua ocorrência não poderá ser dirimida dentro do processo executivo". (TALAMINI, 2007, p. 578.)

A petição, interposta por advogado do executado, devidamente habilitado aos autos, mencionará os fatos, fundamentos jurídicos da pretensão e pedido, com suas especificações, conforme previsão legal do artigo 282 do CPC, a qual será distribuída, independentemente de pagamento de custas processuais, e juntada aos autos da execução e submetida à apreciação do juiz competente; este poderá suspender a execução, utilizando do poder cautelar que lhe confere a lei (artigo 798 do CPC), e julgar a exceção após manifestação do exequente, no prazo de 10 (dez) dias .

A doutrina ainda ensina que, na fase executiva de cumprimento de sentença judicial, a apresentação do incidente de exceção de pré-executividade deveria obedecer ao prazo de 15 (quinze) dias após a intimação para o cumprimento da sentença (artigo 475-J do CPC). E nos casos de execução de título extrajudicial, o momento mais adequado à apresentação do incidente processual seria os três dias após a citação do devedor (artigo 652 do CPC), justificando a adoção de tais prazos com "intuito de evitar a constrição de bens do executado quando se está diante de uma execução totalmente infundada, e ainda quando a esta falta algum dos requisitos da execução, e estes sejam facilmente detectáveis pelo magistrado". (GUIMARÃES, 2007, p. 692-693)

Destaca-se que o prazo máximo para apresentação do incidente é até o trânsito em julgado da

execução, pois a partir do trânsito não será mais admitida a exceção de pré-executividade.

Apresentada a exceção de pré-executividade, abre-se o prazo para a manifestação da parte exequente, no prazo estabelecido pelo juiz, ou, diante do silêncio do órgão jurisdicional, prevalece o prazo supletivo de 05 (cinco) dias. (art. 185 do CPC). (DIDIER JR, 2011, p.396)

Desta decisão que acolhe ou rejeita o incidente da exceção de pré-executividade, podem ser cabíveis dois recursos judiciais, quais sejam, caso acolhido o incidente da exceção pelo magistrado, cabendo a interposição do recurso de apelação, nos moldes do artigo 520 do CPC, por se tratar de sentença que extingue o processo, com ou sem resolução de mérito, com base nos artigos 269 e 267, ambos do CPC. Entretanto, se a execução prosseguir, porque houve a exclusão apenas de uma das partes, o recurso cabível é o agravo de instrumento.

Já da decisão que não acolhe o incidente da exceção, possui natureza de decisão interlocutório, vez que a mesma não acarreta a extinção da execução, sendo neste caso, cabível o recurso de agravo de instrumento (artigo 522 do CPC).

Cabe destacar que, encerrado o procedimento executivo, cabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Sobre a suspensão da execução principal quando apresentada a exceção de pré-executividade, filiamo-nos à corrente que defende a não suspensão do procedimento executivo diante da interposição da exceção de pré-executividade

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO DE EXECUÇÃO. ACOLHIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO.

1 A jurisprudência dominante desta Corte Superior é no sentido de que a decisão de primeiro grau que acolhe a exceção de pré-executividade, pondo fim ao processo de execução, possui natureza de sentença, devendo ser atacada mediante recurso de apelação. Assim, a interposição de agravo de instrumento caracteriza erro grosseiro, não sendo possível aplicar-se o princípio da fungibilidade recursal, cabível apenas na hipótese de dúvida objetiva.

2 A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para prequestionamento de dispositivos constitucionais.

3 Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1056662/AM, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 20/08/2010.

Por fim, sobre a suspensão da execução principal quando apresentada a exceção de pré-executividade, filiamo-nos à corrente que defende a não suspensão do procedimento executivo diante da interposição da exceção de pré-executividade, uma vez que não há previsão legal para tal paralisação, como as previstas no artigo 791 do CPC.

O ajuizamento de tal defesa acarreta a paralisação de fato do curso da execução, não significando, outrossim, que gere uma suspensão formalmente, uma vez que os prazos já iniciados continuam a correr, sem a sua suspensão

(Ibid, p. 397), ressalta-se que atualmente, pelo novo regramento dos embargos à execução, estes, também, não possuem efeito suspensivo, os quais não necessitam de prévia garantia do juízo, salvo nos casos de alegação de difícil reparação ou dano irreparável.

Neste sentido, diante do exposto, cabe destacar que, pela própria exposição de motivos da Lei 11.382/2006, indicavam que a exceção de pré-executividade na execução, meio de defesa criado pela doutrina pátria, iria desaparecer. Contudo tal pensamento fora derrubado, como tem demonstrado a doutrina pesquisada e a jurisprudência recente dos Tribunais pátrios que continuam seguindo a mesma orientação.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que nos embargos ao executado é facultado deduzir qualquer matéria, que seria lícito arguir como defesa em processo de conhecimento (inciso V do artigo 475 do CPC), pode-se afirmar, também, que as matérias de ordem pública, podem ser suscitadas em embargos de devedor ou impugnação ao cumprimento da sentença, independente de estar seguro o juízo pela penhora.

De tal modo, a exceção de pré-executividade trata de impugnação da execução na qual se admite a arguição de matérias de ordem pública e de mérito, sendo esta segunda admitida apenas nos casos de prova pré-constituída das alegações.

É feita por simples petição, o que torna o procedimento mais rápido e diminui custos, e poderá vir a ensejar a suspensão do processo executório até que seja julgada definitivamente, ensejando, em caso de procedência, a desconstituição da execução e a sustação dos atos de constrição do patrimônio daquele que se pretendia executar.

A procedência da exceção de pré-executividade é uma matéria pacífica, uma vez que é reconhecida pela doutrina e jurisprudência a sua eficácia dentro do ordenamento jurídico, pois viabiliza que o executado se utilize dessa modalidade de defesa para se proteger dos vícios e irregularidades existentes no processo executivo.

BIBLIOGRAFIA

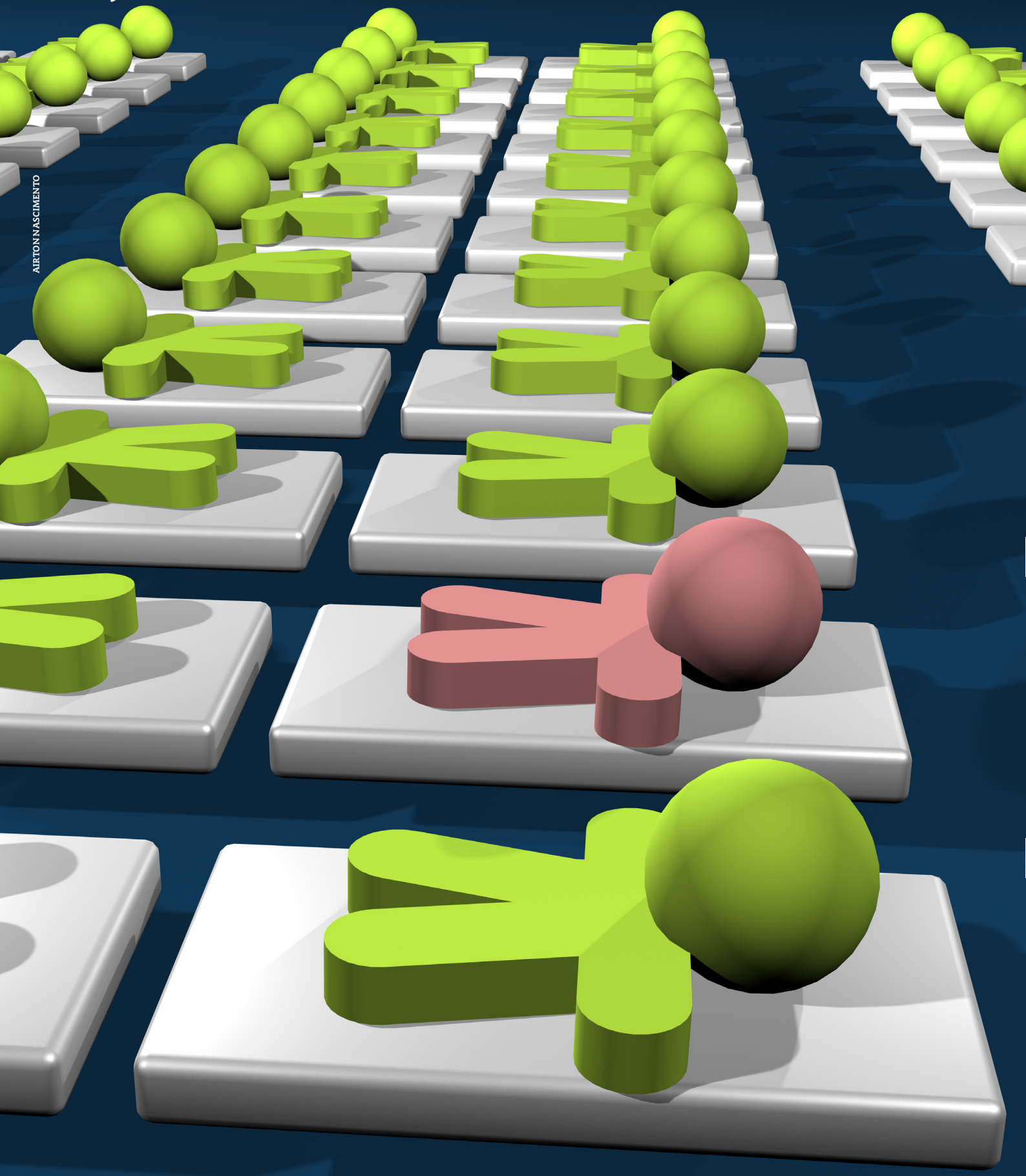
DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil**: execução. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 5.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. **A Objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.689. (Coleção de estudos de execução civil Humberto Theodoro Júnior).

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 121.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 48. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 2.

TALAMINI, Eduardo. **A objeção na execução ("exceção de pré-executividade") e as leis de reforma do código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 576. (coleção de estudos de execução civil Humberto Theodoro Júnior).



AIRTON NASCIMENTO

A responsabilidade dos entes federativos no fornecimento de medicamentos na jurisprudência do STF

MÁRCIO DE ALMEIDA FARIAS

Graduado em Direito pela UFPA. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de SÁ. Mestrando em Direitos Fundamentais pela UNAMA. Analista Judiciário do TJPA.

RESUMO
O presente artigo faz uma análise crítica acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade estatal no fornecimento de medicamentos. Analisa também o direito fundamental à saúde na Constituição Federal e o Sistema Único de Saúde.
PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à saúde – Fornecimento de medicamentos - Responsabilidade estatal – Jurisprudência do STF

ABSTRACT
This article presents a critical analysis about the jurisprudence of the Supreme Court on the state's responsibility in drugg supply. It also analyses the fundamental right to health in the Federal Constitution and the Unified Health System.
KEYWORDS: Primary Health Law – Supply of medicines – State liability – Decisions by the Supreme Court

INTRODUÇÃO

Com a Constituição de 1988, o direito à saúde no Brasil ganhou enorme relevância, passando a ter *status* de um direito fundamental social. Entretanto muitos brasileiros ainda não têm acesso a uma saúde de qualidade. Como direito social, a saúde precisa ser efetivada por parte do Estado, sendo que, se isso não ocorrer, caberá ao Poder Judiciário intervir. Por isso nos últimos anos verificou-se o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, o que significa que houve um aumento considerável na procura ao Poder Judiciário com a finalidade de se obter do Estado a prestação desses serviços, em especial pela busca do fornecimento de medicamentos.

Dentro dessa ótica, quando um ente federativo era confrontado com uma demanda judicial dessa natureza, um dos argumentos que eram utilizados seria o da ilegitimidade passiva, ou

seja, um Município, por exemplo, poderia argumentar que não tinha competência em fornecer medicamentos às pessoas, jogando a responsabilidade para o Estado ou para a União.

Assim, quem era prejudicado era o cidadão que necessitava do medicamento e sempre tinha esse argumento como obstáculo à efetivação de seu direito fundamental à saúde.

Podemos ver o direito à saúde sob dois prismas: como um direito de índole individual e também como um direito difuso. Sob o prisma individual, a saúde é condição essencial para uma existência com dignidade. Do ponto de vista difuso, a saúde é um direito social, que deve ser assegurado pelo Estado a toda comunidade.

No presente artigo, iniciaremos a discussão analisando os dispositivos constitucionais sobre o direito à saúde e sobre o SUS (Sistema Único de Saúde), para em seguida, analisarmos a jurisprudência do STF acerca da responsabilidade estatal no fornecimento de medicamentos, e ao final, apresentaremos nossas conclusões.

> ***Ter saúde significa que a pessoa possa controlar as doenças que possui, a fim de que as mesmas não se agravem levando-a à morte***

O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dispositivos constitucionais sobre o direito fundamental à saúde: necessidade de intervenção do Poder Judiciário

Em primeiro lugar é preciso ter claro que a saúde é uma condição essencial a todo ser vivo, aliás o que mantém vivos esses seres é justamente a saúde, que podemos conceituá-la não como a completa ausência de doenças, mas como a ausência controlada de doenças graves, que poderiam levar esses seres à morte. Assim, ter saúde significa que a pessoa possa controlar as doenças que possui, a fim de que as mesmas não se agravem levando-as à morte. Dentro dessa visão, logicamente que o acesso a medicamentos que possam controlar o risco de agravamento de doenças e restabelecer a saúde das pessoas, torna-se um direito que precisa ser assegurado por parte do Estado.

José Afonso da Silva apresenta o seguinte conceito de saúde:

> A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e a recuperam.[1]

A Constituição brasileira de 1988 não conceitua saúde. Apenas, considera a saúde como um direito social, nos termos de seu artigo 6º que assim dispõe:

> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Grifamos)

Mauricio Caldas Lopes, assim leciona sobre o direito à saúde na ótica social:

> O direito à saúde, como de generalidade sabença, inclui-se entre os direitos sociais, não, todavia, entre aqueles de natureza trabalhista – desde a Constituição francesa de 1848 reconhecidos. Situa-se entre

[1] Curso de Direito Constitucional, Malheiros Editores, 34ª edição, pg.833.

> os que decorrem da fraternidade ou da solidariedade, que devem presidir as relações sociais num Estado Constitucional Democrático, fundamentado na dignidade da pessoa humana. [2]

Pois bem, podemos afirmar também que o direito à saúde faz parte do conjunto dos direitos fundamentais. Estes são aqueles direitos humanos positivados num texto escrito de uma determinada Carta Constitucional.

Analisando o art. 6º da Constituição, assim leciona Lafaiete Reis Franco:

> Por sua vez, o artigo 6º da Constituição Brasileira, ao afirmar que o direito à saúde é um direito social, ressalta a importância do mesmo, uma vez que ele extravasa a mera esfera jurídica individual e se volta a um número indeterminado de pessoas, além do fato de que o qualifica, normativamente, como um direito fundamental, merecedor de maior proteção e poder de efetivação pelo Estado. [3]

Assim, como já dito na introdução, o direito fundamental à saúde pode ser visto sob dois ângulos: o individual e o difuso. O ângulo individual significa que cada pessoa, de forma individualmente considerada, possui o direito à saúde, como pressuposto único para se manter viva. Sem saúde, não temos vida.

Pelo ângulo difuso, a saúde é um direito que deve ser assegurado pelo Estado a todos os membros da comunidade, sem distinções. Assim, o Estado efetiva o princípio da isonomia.

Nossa Constituição, também dá especial atenção à saúde no artigo 196, in verbis:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Pela leitura do dispositivo podemos afirmar que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, o qual deve prestá-lo de forma efetiva a todos os membros da coletividade. O Estado, em tese, deveria criar hospitais públicos modernos, com médicos especialistas à disposição da população, serviços de emergência equipados, enfim, mas infelizmente, no Brasil, não é isso o que ocorre. No que se refere ao art. 196, vale a pena apresentarmos o pensamento de Lafaiete Reis Franco:

> Aludido dispositivo, como se vê, não apenas consagra o direito à saúde, mas exige que o Estado tome para si o dever de garantir, de resguardar a saúde da população, não se fazendo qualquer imposição quanto a características, sociais, culturais, étnicas ou mesmo econômicas dos possíveis beneficiários. [4]

Assim, o direito fundamental à saúde pode ser entendido também como um direito prestacional material por parte do Estado, isto é, um direito que precisa ser efetivado mediante a implementação de políticas públicas, a fim de que seja materializado e usufruído pela população.

Robert Alexy, já havia lecionado nesse sentido:

> Direitos à prestação em sentido estrito são direitos do individuo, em

---

[2] Judicialização da saúde, Editora Lumen Júris, pg. 55.

[3] A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil: a busca pela efetivação de um direito fundamental. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3735, 22 set. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25377>. Acesso em: 14 fev. 2014.

[4] Idem.

> face do Estado, a algo que o individuo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primeiramente fazer menção a direitos à prestação em sentido estrito. [5]

Sobre direitos fundamentais prestacionais de índole material assim leciona Paulo Gonet Branco:

> Os chamados direitos a prestações materiais recebem o rótulo de direitos a prestação em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como os direitos sociais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior numero de indivíduos. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço) [6]

Uma política pública eficiente de saúde deve ter como finalidade oferecer saúde de qualidade para todos os membros da coletividade. E se o Estado, na pessoa do Poder Executivo, não está implantando uma política pública efetiva na área da saúde, caberá ao Poder Judiciário intervir e determinar que os diretos sociais sejam cumpridos.

No mesmo sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> *DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.* (AI 734.487-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE –grifei).

Sobre o assunto, vale mencionar a lição de Gilmar Mendes quando aborda a questão da proteção do direito à saúde:

> O estudo do direito à proteção à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução

---

[5] Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed. Malheiros Editores, 2009, pg. 499.

[6] Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, Editora Saraiva Pg. 182.

(administrativa) das políticas públicas pelos entes fechados. [7]

Dentro da ótica constitucional que consagrou o direito à saúde como verdadeiro direito fundamental, não há dúvidas de que a intervenção do Poder Judiciário é justa e necessária, tanto quanto baste para fazer com que este direito fundamental seja garantido a quem dele precise, pois muitas das vezes existe risco de morte.

O Sistema Único de Saúde

A Constituição de 1988, buscando efetivar o direito à saúde criou o SUS (Sistema Único de Saúde), que vem a ser um sistema que integra os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) na prestação dos serviços de saúde.

O art. 198, da CF/88, assim dispõe:

> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
> I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
> II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
> III – participação da comunidade.

Analisando o Sistema Único de Saúde, assim manifesta-se José Afonso da Silva:

> O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. [8]

Não há dúvidas de que a intervenção do Poder Judiciário é justa e necessária, tanto quanto baste para fazer com que este direito fundamental seja garantido a quem dele precise

De acordo com o dispositivo em exame, o SUS é regido pelos seguintes princípios: descentralização, atendimento integral e participação popular.

O principio da descentralização significa que a gestão do sistema é feita de forma independente por cada ente federativo. Assim, os Estados não dependem da União, e os Municípios não dependem dos Estados.

Segundo lição de Celso Antonio Bandeira de Melo, a descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aquela outra ou aquelas outras às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. Ainda segundo, o renomado autor, pela descentralização rompe-se uma unidade personalizada e não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada. [9]

Trazendo o pensamento de Bandeira de Melo para a análise da descentralização prevista pelo SUS, podemos afirmar que o espírito do constituinte foi criar um sistema integrado,

---

[7] Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, Editora Saraiva Pg. 688.
[8] Curso de Direito Constitucional, Malheiros Editores, pg. 833.
[9] Curso de Direito Administrativo, 26 ªed. Malheiros Editores, pg. 151.

mas com cada ente federativo independente da Administração Central, no caso a União, até porque a gestão do sistema é feita com direção única em cada esfera de governo.

Os recursos provenientes de cada ente federativo, ao serem empregados no SUS, devem atender ao segundo princípio previsto pela Constituição: o atendimento integral. Assim, os entes que compõe o SUS devem levar para o maior número de pessoas possíveis, nas mais longínquas localidades, serviços e ações de saúde eficientes. Esses são os serviços assistenciais.

No atendimento integral, vale ressaltar: os entes federativos deverão priorizar ações médicas preventivas, com a finalidade de se prevenir doenças, pois é mais viável prevenir doenças do que agir depois que as mesmas já se agravaram. Do ponto de vista econômico é até mais vantajoso a prevenção de doenças.

O terceiro princípio é o da participação popular ou da comunidade. Significa que a gestão do sistema também deverá ouvir a opinião dos membros das comunidades, para saber onde os recursos poderão ser melhor aplicados de acordo com as necessidades da comunidade. A participação da comunidade, no entanto, torna-se mais presente no âmbito dos municípios, tendo em vista os municípios serem os entes mais próximos fisicamente dessas comunidades.

Os entes federativos deverão priorizar ações médicas preventivas, com a finalidade de se prevenir doenças, pois é mais viável prevenir doenças

No § 1º, do artigo 198, vemos outro importante dispositivo relativo ao financiamento do SUS:

> § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Como se vê, a responsabilidade em custear o SUS, com toda sua rede de proteção e promoção à saúde, é solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, devendo cada ente destinar recursos do orçamento da seguridade social, para promover as ações de saúde.

O art. 200 da CF, vai apresentar as atribuições do SUS, nos seguintes termos:

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
> V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O rol de atribuições do SUS, previsto no art. 200 é meramente exemplificativo, podendo a lei ampliar essas atribuições. No inciso I, vemos que cabe ao SUS participar da produção de medicamentos, o que torna ainda mais evidente a responsabilidade dos entes federativos no fornecimento dos mesmos.

A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: POSIÇÃO DO STF

Como já foi dito, um dos argumentos utilizados pelos entes estatais para fugir da responsabilidade em fornecer medicamentos para pessoas que demandam no Judiciário, é o de dizer que o ente não tem responsabilidade estatal. E muitas das vezes, procedem ao chamamento ao processo de outras pessoas jurídicas.

Vamos analisar, neste momento, de forma concisa, vários acórdãos do STF sobre o tema, mostrando a importância do estudo do direito de proteção à saúde.

Em primeiro lugar, é preciso ter claro que o fornecimento de medicamentos é apenas um aspecto do direito à saúde. Portanto o Estado, em sentido lato, aí incluído os entes federativos, têm a obrigação de fornecer medicamentos às pessoas que deles necessitem, tendo em vista que cabe ao Estado garantir o mínimo existencial para as pessoas viverem com dignidade.

Dentro dessa ótica, de respeito à dignidade da pessoa humana e garantia do mínimo existencial, assim decidiu o STF:

> SAÚDE – FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde. (ARE 744170 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2014 PUBLIC 03-02-2014).

Assim, o STF entendeu que o fornecimento de medicamentos é um direito assegurado pelo art. 196 da CF/88. Tal dispositivo, que já foi objeto de nossa análise, consagra a saúde como um direito fundamental e como um dever prestacional por parte do Estado.

Em segundo lugar, quando uma pessoa necessita de determinado medicamento ou prestação de saúde, que não é disponibilizado na rede pública, e que a mesma não tem condições financeiras de comprar, ao levar a demanda ao Judiciário, em face de qual ente estatal essa pessoa poderia ingressar com a demanda? Em outras palavras: de quem é a responsabilidade estatal pelo fornecimento de medicamentos? O Supremo respondeu a essas perguntas, nos termos das ementas abaixo transcritas.

> EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. DECISÃO EM SENTIDO DIVERSO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA DELINEADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SÃO APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS QUE LASTREARAM A DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 21.01.2010. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à reelaboração da moldura fática constante do acórdão recorrido, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.(RE 626382 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2013 PUBLIC 11-09-2013) (Grifamos)

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental conhecido e não provido.
(ARE 738729 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013)
EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTELATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.(RE 607381 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209 RTJ VOL-00218- PP-00589)

Assim, a pessoa interessada poderá pleitear o referido medicamento ou prestação de saúde, de qualquer ente estatal: União, Estado, Distrito Federal ou Município. Nada mais justo, pois a saúde é um direito fundamental e como tal é responsabilidade de todos os entes da Federação efetivar esse direito. Desse modo, não pode prosperar o argumento de ilegitimidade passiva por parte dos entes estatais, em demandas envolvendo o direito à saúde.

Podemos afirmar, pela análise das decisões

acima transcritas, que o Supremo consagrou a tese da responsabilidade solidária dos entes federativos no fornecimento de medicamentos. Esta tese é pacífica na jurisprudência da Corte.

A responsabilidade solidária significa que cada um dos quatro entes estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possui o mesmo dever constitucional em fornecer medicamentos e encontra seu fundamento de validade em dois dispositivos constitucionais: art. 23, II e art. 198, § 1º da CF/88.

O art. 23, II, da CF/88, dispõe ser "competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência."

O que o dispositivo constitucional quer dizer é que o direito à saúde é de responsabilidade comum de todos os entes federativos. União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem cuidar das ações de saúde, oferecendo um serviço público de saúde com qualidade para a população.

O art. 198, §1º, conforme já transcrito neste trabalho, afirma que a responsabilidade no financiamento do SUS é de todos os entes federativos.

> **Cada um dos quatro entes estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possui o mesmo dever constitucional em fornecer medicamentos**

Desse modo o STF, com a pacificação de sua jurisprudência sobre o tema, apenas determinou o cumprimento do que já dispõe a Constituição Federal, de que os entes federativos possuem responsabilidade solidária na prestação dos serviços de saúde, aí incluído logicamente, o fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos.

Interessante notar que, embora essa responsabilidade seja solidária, caberá à parte interessada comprovar que necessita do medicamento e de que não tem condições financeiras para custear a compra do mesmo. Esses dois critérios objetivos foram fixados no RE 607381, cuja ementa foi transcrita linhas acima, que teve como relator o Min. Luiz Fux. Esses critérios podem ser representados pelo binômio necessidade-impossibilidade.

De um lado, a pessoa deve demonstrar, por meio de documentos, como laudos e exames médicos, de que o medicamento será eficaz e necessário para o restabelecimento de sua saúde e de outro lado, a parte deverá mostrar que não tem condições financeiras para comprar o medicamento, o que pode ser feito pela juntada aos autos de seu contra-cheque ou se estiver desempregada deverá comprovar o alegado, por documento hábil.

No mesmo acórdão, o ministro Luiz Fux, deixou claro que, comprovados tais critérios objetivos, deverá o ente estatal em nome do dever solidário, proceder ao fornecimento do medicamento, como forma de efetivação do direito fundamental à saúde que, como já foi mostrado, é um dever prestacional de cada ente federativo.

Desse modo, o STF, ao pacificar o entendimento acerca da responsabilidade solidária dos entes federativos no fornecimento de medicamentos, contribui de forma muito importante para a efetivação do direito à saúde que tem no princípio da dignidade humana sua fundamentalidade.

CONCLUSÕES

O direito fundamental à saúde no Brasil ainda não foi efetivado por parte do Estado de maneira ampla e eficiente, por isso, a judicialização da saúde é um fenômeno cada vez mais presente em nossa vida política e jurídica. Se o Estado-Administração não efetiva esse importante direito social, caberá ao Estado-Juiz determinar o cumprimento. Não se trata de violação ao princípio da separação de poderes, mas sim uma forma de se garantir a efetivação de um

direito fundamental.

O ideal seria que essa "judicialização da saúde" não acontecesse. Infelizmente, como já foi demonstrado, o Estado-Administração falhou em sua missão constitucional de garantir a efetividade da saúde pública. E a própria Constituição Federal, assegura no art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao prever que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Sendo assim, se uma pessoa está tendo seu direito à vida violado pela omissão estatal, em razão da falta de outro direito fundamental, que é pressuposto daquele, que é justamente o direito à saúde, restará a essa pessoa o ingresso no Poder Judiciário para impedir ou reparar a lesão sofrida, ou que poderá sofrer.

Nas democracias ocidentais, prega-se a garantia do mínimo existencial, ou seja, de que o Estado forneça o mínimo para que uma pessoa possa viver com dignidade. Infelizmente, em nosso país, esse mínimo nunca foi realmente garantido, por isso a judicialização da saúde acaba sendo um escape para tentar se solucionar esse problema.

Assim, o Poder Judiciário possui legitimidade constitucional para compelir os entes federativos a fornecer não apenas medicamentos para quem dele necessite, mas de toda e qualquer forma de tratamento médico para se garantir uma vida com dignidade, nos termos que assegura nossa Carta Magna (Art. 1º, inciso III)

Por fim, pela análise da jurisprudência do STF, podemos chegar às seguintes conclusões:

a) O direito de receber por parte do Estado, em sentido lato, medicamentos e tratamentos médicos para o restabelecimento da saúde, é um direito fundamental e deve ser efetivado por parte do Estado, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, que considera o direito fundamental à saúde como um dever do Estado.

b) A responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos é solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos dos arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF/88. Assim, a parte interessada pode pleitear o fornecimento em face de qualquer ente estatal.

c) Para ter sucesso no pleito, a parte interessada deverá comprovar o binômio necessidade-impossibilidade, ou seja, deverá comprovar, por meio de documentos idôneos, como laudos e exames médicos, que o medicamento ou tratamento médico pleiteado será eficaz e necessário para o restabelecimento de sua saúde, e também demonstrar, por meio de prova idônea, que não tem condições financeiras em adquirir o medicamento ou custear o tratamento médico.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 670p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal Agravo de Instrumento nº 734.487-AgR/PR. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 20 de agosto de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00016796 2&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. ARE nº 744170. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de março de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponívelem:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000224864&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. RE 626382 AgR. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 11 de setembro de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://sf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000214229&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 fev. de 2014.

_____. ARE 738729 AgR. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 25 de junho de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponivel:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000211953&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 de fev. de 2014.

_____. RE 607381 AgR, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 31 de maio de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000175557&baseAcordao. Acesso em: 14 fev. 2014.

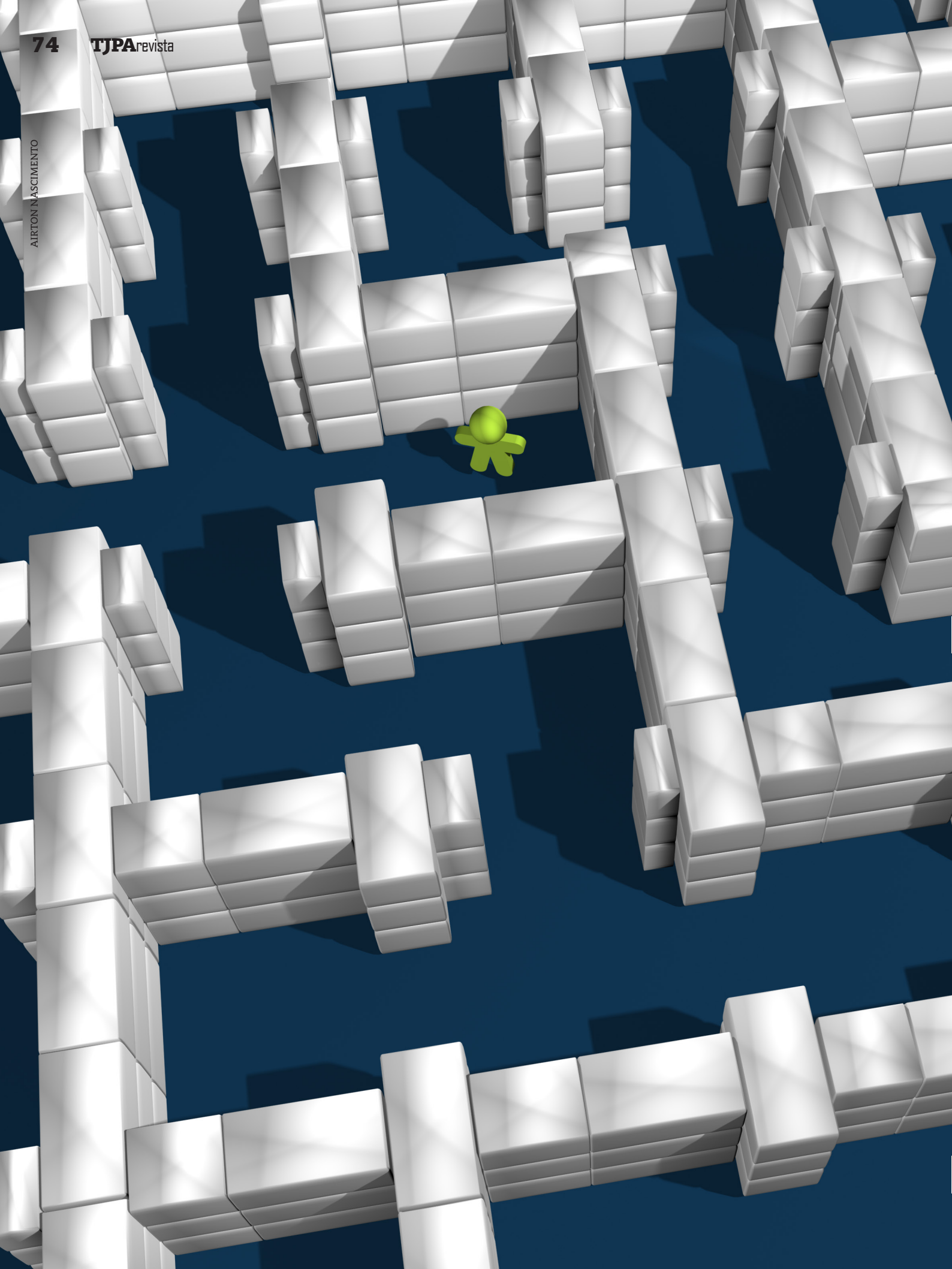
FRANCO, Lafaiete Reis. A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil: a busca pela efetivação de um direito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n.3735, 22 set. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25377>. Acesso em: 14 fev. 2014.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, 257p.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1102p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 1544p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 925p.



AIRTON NASCIMENTO

Os reflexos da desestrutura familiar nos atos infracionais: uma realidade de exclusão

MICHELE MARIA BRITO DA PONTE SOUZA

Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Ideal.
Email: michelepontes80@hotmail.com

SHELLEY MACIAS PRIMO

Professora Mestra do Curso de Direito da Faculdade Ideal.

RESUMO
O presente estudo objetivou analisar a entidade familiar sob seus aspectos mais pertinentes de cédula do Estado e agente socializador, bem como a relação existente entre as condições socioeconômicas das famílias e a prática de ato infracional. Para tal, utilizou-se como metodologia a pesquisa qualitativa, que se baseia num enfoque indutivo, de caráter descritivo, na qual são empregados procedimentos de interpretação por base do pesquisador, e este método permite a análise detalhada quando o assunto em questão é complexo e tem cunho sociocultural. Concluindo-se a necessidade de lhes assegurar à proteção constitucional como meio efetivo de concretizar a justiça social, propiciando-lhes condições dignas de criar seus filhos, a fim de evitar que estes se encontrem em conflito com a lei.
PALAVRAS-CHAVE: Família. Desestrutura Familiar. Ato Infracional.

ABSTRACT
The present study aimed to analyze the family entity under its most relevant ballot state and socializing agent as well as the relationship between the socioeconomic conditions of families and the practice of offense. For this, we used as a qualitative research methodology, which is based on an inductive approach, a descriptive, in which procedures are employed based on the researcher's interpretation, and this method allows detailed analysis when the subject matter is complex and have sociocultural nature. Concluding the need to assure the constitutional protection as an effective means of achieving social justice, providing them with decent raise their children in order to avoid that these are in conflict with the law.
KEYWORDS: Family. Family dysfunction. Infrational Actions.

INTRODUÇÃO

A família é a base do Estado, conforme preceito constitucional, em razão de ser a instituição que desempenha o papel precípuo de transmissão dos padrões vigentes. Enquanto grupo social, a família é uma construção histórica em movimento consonante com a evolução da sociedade e os interesses da ideologia dominante, pois é um instrumento tanto de criação quanto de reprodução dos hábitos, valores, costumes. Contudo, também tem papel determinante na formação do indivíduo e sua integração com o meio social, proporcionando-lhes aportes materiais e emocionais imprescindíveis.

A complexa relação que se estabelece entre a família e o Estado no Brasil é uma construção histórica de grande relevância, para se desvendar os caminhos que nos conduziram aos comportamentos hodiernos, bem como nos auxilia a entender a evolução dessas relações, seus avanços e suas problemáticas, que ecoam diretamente nas crianças e adolescentes em processo de desenvolvimento biopsicossocial, perpetrando no seio social um processo de inclusão ou exclusão social.

Nessa perspectiva, este trabalho analisará o ato infracional como uma conduta decorrente da exclusão social de crianças e adolescentes oriundos de famílias pauperizadas por um processo histórico de segregação social e abandono de uma parcela determinada da sociedade, em razão de não constituírem o padrão familiar almejado, resultando na reprodução de um ciclo vicioso de abandono que impede o acesso destas crianças e adolescentes aos seus direitos fundamentais.

> ***A família juridicamente protegida pela legislação pátria é aquela oriunda do vinculo de afetividade, independentemente de padrões e estereótipos***

A FAMÍLIA NO BRASIL: TRATAMENTO JURÍDICO

Anterior à Constituição Federal de 1988, a família juridicamente protegida era a constituída pelo matrimônio nos moldes do modelo familiar burguês, patriarcal e hierarquizado. Inclusive, no Código Civil de 1916 e nas leis posteriores, havia o prestígio ao poderio masculino sobre a família, estando à incumbência deste o exercício do "pátrio poder". Bem como, nestes diplomas legais, diversas eram as formas de discriminação dentro do seio familiar, seja com relação à condição de submissão da mulher casada e mãe, como também a condição dos filhos, havendo distinção entre estes, de acordo com sua origem, podendo ser considerados filhos legítimos ou ilegítimos; consanguíneos ou adotivos.

Atualmente, a família é juridicamente protegida no Brasil. A Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente em seu artigo 226, *Caput*, que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Gonçalves (2010, p. 33) elucida que o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 afirma que "a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição".

Conforme se depreende, essa realidade de discriminação se alterou consubstancialmente, em consonância com a evolução das relações familiares e dos arranjos parentais decorrentes desta. Hodiernamente, a família, juridicamente protegida pela legislação pátria, é aquela oriunda do vinculo de afetividade, independentemente de padrões e estereótipos.

Neste sentido, Gonçalves (2010, p. 17) afirma que

> a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social;

> sem sombra de dúvidas trata-se de instituição necessária e sagrada para o desenvolvimento da sociedade como um todo, instituição esta merecedora de ampla proteção do Estado.

Este reconhecimento da família como base da sociedade, se dá em razão de sua imprescindibilidade na própria criação e mantença de um povo. Bem como a família se constitui na instituição que tem o papel primordial de agente socializador, pois é através dela que se estabelecerão os primeiros contatos entre o novo cidadão e o meio social do qual faz parte. Sendo através da família que se realizará as transmissões de valores relevantes socialmente, bem como, das tradições e costumes de um povo. Conforme ratifica Dias (2010, p. 29, grifo do autor), afirmando que

> a família é o primeiro agente socializador do ser humano. De há muito deixou de ser uma cédula do Estado, e é hoje encarada como uma cédula da sociedade. É cantada e decantada como a **base da sociedade** e, por essa razão, recebe especial atenção do Estado (CF 226). Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases.

É através da entidade familiar, na figura de cada um de seus membros, que se estabelecerá a especial proteção do Estado, conforme determina o §8º do artigo 226 da Constituição Federal, *in verbis*: "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Bem como é através dela que se concretizarão os direitos fundamentais do individuo. Já que cabe aos membros da entidade familiar o dever constitucional de assistência recíproca, em conformidade com o artigo 229 da Carta Magna, determinando que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

Segundo Rossato, Lépore e Cunha (2011, p. 74), "trata-se de uma responsabilidade que, para ser realizada, necessita de uma integração, de um conjunto devidamente articulado de políticas públicas", visando à efetividade desse dever constitucional do Estado com relação à entidade familiar. "Deve o Estado adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, fazendo a proteção de maneira adequada e efetiva. Para isso se faz necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva" (PORTAL EDUCAÇÃO, 2013, *online*).

No entanto o texto constitucional não somente delegou um agir como dever do Estado na tutela dos direitos das famílias, mas também um dever de se abster, proibindo-o de intervir na dinâmica familiar. Neste contexto, o artigo 226 da Constituição Federal em seu §7º é enfático em declarar que "o planejamento familiar é livre decisão do casal". Porém também impõe uma limitação ao exercício deste direito, devendo ser pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. Ficando a cargo do Estado prover os meios necessários para "propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

No âmbito da criança e do adolescente, diversos são os diplomas legais que salvaguardam seus direitos e garantias fundamentais. Sendo o mais importante deles o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que se coaduna em um dos instrumentos mais humanistas e, consonante com as diretrizes de um estado democrático de direito. Sua criação se deu em razão do dever constitucional imposto ao legislador de implementar o preceito inserto no artigo 227 da Carta Magna, a saber, o princípio da proteção integral que, para sua efetivação, imprescindível se fazia a criação de um mecanismo legal que especificasse todos

os direitos e garantias da infância e da juventude.

O Código Civil de 2002, até porque foi criado em convergência com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, é outro instrumento normativo garantidor de direitos da infância e da juventude, bem como dos demais membros da instituição familiar. Em seu bojo "reafirma a igualdade entre os filhos em direitos e qualificações, como consignado na Constituição Federal" (GONÇALVES, 2010, p. 34). Bem como disciplina o direito ao estado de filiação, consonante o princípio constitucional de paternidade responsável; o dever de alimentos entre os partícipes do núcleo familiar, em observância ao dever de assistência recíproca; entre outras medidas protetivas.

MOVIMENTO DE DESQUALIFICAÇÃO DAS FAMÍLIAS

O binômio Estado e família, desde os primórdios, correlacionam-se em consonância com os interesses daquele. A família sendo sua "cédula social por excelência" (CORTEZ, 2008, p. 287), é a instituição que tem o dever de alicerçar seus pilares na mantença do *Status quo*. Desempenhando um papel imprescindível na formação do cidadão nos moldes do sistema vigente. E, desta forma, o Estado de exercer sobre sua base um controle, através da legislação, das policias, do judiciário, entre outros, visando a combater aqueles que possuem identidades díspares ao padrão social.

Esse movimento de desqualificação das famílias é decorrente do fenômeno social denominado de criminalização da pobreza que está enraizado no senso coletivo da sociedade brasileira, desde os tempos coloniais. Este preconceito é uma construção histórica, que se coaduna em um fator que transcende gerações se perpetrando no seio social, desde sua implantação através da colonização pelos Europeus que impunham a supremacia de sua cultura, religião, entre outros, aos povos subjugados. "A ocupação populacional do território brasileiro pelo colonizador [...], foi realizada reconhecendo como legítimo" seu modelo de estrutura familiar (CORTEZ, 2008, p. 288).

Como bem esclarece Cortez (2008, p. 286),

> a família antecede ao Estado e desempenha importantes funções para a própria constituição e manutenção da autoridade pública, entretanto, seu reconhecimento pelo Estado nem sempre corresponde às estruturas familiares encontradas na sociedade.

E esse não reconhecimento do Estado fomenta a criminalização da pobreza, que é a marginalização de determinados grupos ou indivíduos que não atendem aos ditames da classe dominante, sendo estigmatizados, em razão do lugar onde vivem, de seus hábitos e modos de vida não hegemônicos, entre outros. Desta forma, por não serem considerados enquadrados no padrão social, encontram-se na contramão do sistema capitalista, não se constituindo em mão de obra qualificada, estando insertos na linha da pobreza.

Conforme assevera Wacquant (1999), ao afirmar que

> bem debaixo de nossos olhos, se inventa uma nova forma política, um Estado-centauro que eu chamo de 'liberal-paternalista": de um lado, ele é liberal numa tendência ascendente, porque pratica a doutrina do "laissez-faire"[1] ao nível dos mecanismos geradores das desigualdades sociais; de outro lado, ele é paternalista e punitivo quando trata de

[1] Terminologia francesa que significa: deixar por si. É empregada como expressão-símbolo do liberalismo econômico, e é uma doutrina econômica e política que prega a necessidade de que o comércio tenha plena liberdade de funcionamento, livre de intervenção estatal nas suas relações, para seu melhor desempenho.

> gerar com aval as suas consequências, notadamente, nos bairros pobres açoitados pela desregulação do mercado de trabalho e pelo recuo da proteção social.

Neste contexto, estão insertas às famílias pauperizadas que são parte integrante e integradora destes grupos marginalizados e estigmatizados. Já que construiu-se uma identificação da pobreza como algo pernicioso que deve ser combatido não apenas porque a falta de recursos fira a dignidade humana, mas pela falsa lógica de relacionar o fator pobreza a uma patologia social, desestruturadora e geradora de agentes delinquentes.

> Nossa visão de família hoje está profundamente permeada não por aquilo que ela é, em sua essência, senão por aquilo que o sagrado e o político tentaram e tentam dela fazer... O que chamamos direito de família é, na verdade, direito da versão de família: um conjunto elaborado sobre a filtragem política e sagrada sob que captamos a instituição. (1999, p. 16, VILLELLA, apud CORTEZ, 2008, p. 286).

Este sistema intervencionista de exclusão familiar iniciou-se, em razão do objetivo do colonizador em dominar e conquistar as terras dos silvícolas

Dentro desta realidade excludente, que concebe a parcela social empobrecida, considerada incapaz de por si conduzir suas vidas, como carecedora da tutelada intervencionista do Estado.

A família tem sofrido intervenção estatal sob diversos enfoques, em consonância com o momento social e jurídico, principalmente no que diz respeito às suas proles.

No âmbito da infância e da juventude, as legislações anteriores ao ECA são um verdadeiro exemplo de criminalização da pobreza, vez que puniam pais e filhos, exercendo o controle social das famílias que não se moldavam no modelo familiar nuclear burguês, destituindo os pais do antigo *pátrio poder* e concebendo os filhos como em situação irregular, e como tal, sob o manto assistencialista-paternalista, devendo ser protegido pelo Estado.

Essas políticas repressivas advêm de longa data, desde os tempos coloniais, onde o abandono de crianças na roda dos expostos era pratica corriqueira para aqueles que não queriam ou não tinham recursos para manter os filhos, bem como para os que não podiam manchar o nome de suas famílias abastadas com sua prole ilegítima. Ressaltando-se que até meados de 1948, ainda existia no Brasil, instituições oriundas deste sistema de abandono legalizado, que se legitimava em razão do tratamento jurídico dispensado à infância nesta época, não sendo considerada como detentora de direitos, e assim como a família, sendo objeto dos ditames do *patêr*.

Ocorre que este sistema intervencionista de exclusão familiar iniciou-se, em razão do objetivo do colonizador em dominar e conquistar as terras dos silvícolas, através da imposição de sua cultura e seu modo de vida adverso. A solução que se apresentou capaz de atingir este fim foi através das crianças indígenas, retirando-as de seu meio natural, sem nenhuma justificativa legal, com o intuito de educá-las dentro dos costumes portugueses, para que estas disseminassem em seu meio a nova ordem social. Para tal, "no ano de 1551, veio a ser fundada a primeira casa para recolhimento de menores no Brasil. Tratava-se de uma casa onde os jesuítas, seus administradores, tinham como objetivo isolar as crianças indígenas dos costumes bárbaros de seus pais" (VILAS-BÔAS, 2010, p. 28).

O ápice deste sistema de abandono legalizado se deu no Brasil Império com a promulgação da Lei

do Ventre Livre e a Lei Áurea, que estabeleceram ao povo escravizado a liberdade sem direitos, mantendo o subjugo de milhões de indivíduos e famílias negras na escravidão da miséria. O que demonstra a ideologia da época que concebia essas pessoas como inferiores. E, uma vez em liberdade formal, coube-lhes buscar a subsistência através da escravidão permissiva, ou seja, o labor em troca de algum alimento, objeto ou valores ínfimos. Até porque sua mão de obra era desqualificada, bem como sua pessoa não possuía nenhuma relevância social.

Essa parcela social empobrecida pelo sistema escravocrata, e com o fim deste, subjugada, sem direitos, à miséria e a marginalização dos centros urbanos, sem nenhum tipo de assistência estatal, destinava sua prole, até por se considerar que nas instituições estas teriam melhor tratamento, à filantropia das instituições religiosas. Neste contexto, surge uma nova e discriminatória perspectiva sobre essas famílias, e sua prole, a de sua nocividade para a ordem social. Estas famílias passaram a ser consideradas culpadas pela pobreza que as acometiam, bem como surgiu um sentimento disseminado, naqueles que eram considerados cidadãos, de medo e rejeição por essas pessoas reputadas como sem civilidade; tornando-se um grande problema que deveria ser erradicado para a mantença da segurança dos reputados cidadãos de bem.

A primeira legislação sobre a infância e a juventude, o Código de Mello Matos de 1927, trouxe em seu bojo, esta óptica distorcida, consagrando a Teoria do Direito Penal do Menor. Nesta mesma linha de atuação, foi criado o Código de Menores de 1979, que positivou a Teoria da Situação Irregular. Tais instrumentos se coadunavam em mecanismos de exclusão e parcialidade, tutelando apenas os menores e não as crianças[2]. O que demonstra a real estigmatização estatal destes agentes e suas famílias, em razão dos riscos sociais, considerados oriundos desta parcela social desassistida e oprimida por políticas sociais e econômicas excludentes.

Ressalte-se que o fato da prole ser considerada em situação irregular era em decorrência da desestrutura de seu núcleo familiar. E este era o motivo autorizador que dava legitimidade à intervenção estatal sobre seus membros. E esta desestrutura estava relacionada à questão da despadronização destas famílias ao ideal familiar burguês, por serem desprovidas de recursos materiais. Desta forma, sofrendo intervenção em decorrência de sua situação econômica, que era o verdadeiro motivo da desqualificação, no tocante à criação e educação de sua prole.

> **O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova ordem jurídica pautada no fundamento da dignidade da pessoa humana, não havendo mais legitimidade para políticas excludentes e incompatíveis com os novos preceitos humanistas ali positivados**

Segundo Weber (2000, p. 36, *apud* SOUZA E CARVALHO, 2012, p. 30),

> [...] as raízes históricas associadas a uma profunda desigualdade social de uma política assistencial brasileira que "desemprega os pais e cria abrigo para os filhos, que arrocha o salário dos pais e dá pão e leite para os filhos, que impede o acesso das famílias pobres aos alimentos básicos e anuncia planos de combate à mortalidade infantil", [...], produzem no Brasil um quadro medieval, apesar de nossas leis de proteção à criança serem de primeiro mundo! [...].

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe

[2] O termo menor foi empregado por muito tempo – e, ainda é empregado de forma pejorativa – para designar crianças e adolescentes considerados em situação irregular, havendo uma marginalização desses agentes. Bem como, o termo criança era empregado para aqueles que estavam insertos na instituição familiar.

uma nova ordem jurídica pautada no fundamento da dignidade da pessoa humana, não havendo mais legitimidade para políticas excludentes e incompatíveis com os novos preceitos humanistas ali positivados. Contudo, apesar dos avanços legislativos, ainda, há a desqualificação das famílias pauperizadas e desassistidas. Estas, ainda são concebidas como algozes de sua prole, por serem vistas como um verdadeiro risco ao seu pleno desenvolvimento.

A IMPORTÀNCIA DAS RELAÇÕES FAMILIARES NA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO INDIVÍDUO

A família é a primeira instituição da qual a criança faz parte e tem o condão de inseri-la no meio social, bem como os deveres fundamentais de guarda, sustento e educação. Segundo Ferrari e Kaloustian (2002, p. 11-12, apud CORTEZ, 2008, p. 285),

> [...] a família é o espaço indispensável para a garantia da sobrevivência de desenvolvimento e da proteção integral dos filhos e demais membros, [...]. É a família que propicia os aportes afetivos e sobretudo materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar de seus componentes. Ela desempenha um papel decisivo na educação formal e informal, é em seu espaço que são desenvolvidos os valores éticos e humanitários, e onde se aprofundam laços de solidariedade. É também em seu interior que se constroem as marcas entre gerações e são observados valores culturais.

É através dos vínculos familiares que se alicerçará o processo de formação do individuo, que é marcado por uma série de transformações biológicas, psicológicas, emocionais, morais e espirituais, que influenciadas pelas interações com o ambiente, irão coadunar na construção de seu autoconceito e autoestima.

Segundo Papalia e Olds (2000, p. 216 *apud* PEREIRA, ZANONI E MOSER, 2012, p. 47), "o autoconceito é nossa imagem de nós mesmos. É o que acreditamos em relação a quem somos – o quadro integral de nossos traços e capacidades". Esta autoimagem é construída através da observação do outro, de seu modo de vida e suas características, e esta troca de informação é o agente promotor da auto-observação que levará o indivíduo à construção de seu autoconceito, que influirá no seu modo de viver.

E, esta visão de si mesma é imprescindível para o desenvolvimento de sua autoestima que, de acordo com Branden (1997, p. 22, *apud* PEREIRA, ZANONI E MOSER, 2012, p. 50),

> é a confiança em nossa capacidade de pensar; confiança em nossas habilidades de dar conta dos desafios básicos da vida; e confiança em nosso direito de vencer e sermos felizes; a sensação de que temos valor, e de que merecemos e podemos afirmar nossas necessidades e aquilo que queremos alcançar, nossas metas, e colher frutos de nossos esforços.

Pereira, Zanoni e Moser (2012, p. 45) afirmam que "é importante salientar no período da infância que o relacionamento entre as crianças e seus cuidadores principais desempenham papéis vitais no desenvolvimento social e emocional [...]". Pois é por meio desta relação de nutrição, e principalmente cuidado, proteção e aconchego que a criança desenvolve um forte vinculo com a mãe ou com quem desempenhe esse papel. Este vínculo, desde que seja recíproca essa relação de afeto, proporciona à criança a consolidação da confiança e a formação do apego. "O senso de confiança das crianças em suas mães e no mundo leva-as à compreensão do seu próprio senso do eu" (PAPALIA E OLD, 1981, p. 180, *apud* PEREIRA, ZANONI E MOSER, 2012, p. 45).

O comportamento de apego, de acordo com Bowlby (1988, *apud* PEREIRA, ZANONI E MOSER, 2012), é a internalização do sentimento de afeto. É o vínculo que a criança nutre por outra pessoa, em razão da relação de confiança e da interação que se estabelece, tornando este convívio de

suma importância para o seu desenvolvimento psíquico, somático e cognitivo. É através deste comportamento que a criança aprende a interagir e estabelecer relações sociais, bem como estimula a criação de laços afetivos. Esta interação com a mãe ou cuidador é essencial, pois propiciará os meios necessários à construção de sua identidade, bem como irá promover a inserção desta criança no meio social, através de instituições educacionais, entre outras.

Ademais, é imprescindível que a criança e o adolescente sejam membros de uma instituição familiar, pois é através dela que terão assegurados seus direitos, pois a família tem o condão de ser o guardião dos direitos fundamentais de seus membros. Inclusive, o direito fundamental ao amor, ao afeto, ao lar, termos tão importantes e significativos para a plena formação do indivíduo. Até porque, a família é à base da sociedade, mas, também, é a base do ser humano, sendo essencial no seu processo de formação.

A DESESTRUTURA FAMILIAR E SUA RELAÇÃO COM O COMENTIMENTO DE ATO INFRACIONAL

A família contemporânea enfrenta uma realidade socioeconômica bastante adversa, permeada por desafios cotidianos complexos oriundos dos reflexos de graves problemas sociais, como o desemprego, a pobreza, a violência, as drogas, entre outros. Contudo, quando se trata de entidades familiares cerceadas em seus direitos básicos, esses problemas se encontram internalizados em seu contexto social, vivenciando diariamente a realidade da fome, da carência e da exclusão social. Esta é a família considerada desestruturada, pois não cumpre com suas funções institucionais com relação à prole, isto é, seus deveres de guarda, sustento e educação.

Neste sentido, Carvalho e Guará (1995, p. 4, *apud* PAIVA, 2008, p. 53) afirmam que

> é a família, dos segmentos mais pobres das classes trabalhadoras, que sofre os maiores rebatimentos socioeconômicos. A escalada da concentração de riqueza nas mãos de uma reduzida elite, que não só persiste, como também se intensifica, acirra mais o estado de miserabilidade e marginalização de alguns segmentos populacionais.

Desta forma, falhando o Estado no seu dever de promover à justiça social, não amparado a entidade familiar que é seu sustentáculo, bem como não lhe provendo seus direitos básicos, esta realidade de exclusão e abandono se perpetuará nas camadas menos favorecidas na estratificação social, atingindo principalmente as crianças e adolescentes, por se encontrarem em uma condição peculiar de desenvolvimento. Para Gomide (2004, p. 40) "[...] a ligação entre a carência e o crime é proporcionada pela assertiva de que a carência prejudica fortemente a capacidade para construir relações afetivas com os outros que podem, então, ser prejudicados sem remorsos [...]".

Neste contexto, "é sabido que, desestruturada e desagregada a família, seu desmantelo passa a ser fator importante na etiologia do estado de carência, de abandono e de conduta infracional do menor" (FERNANDES E FERNANDES, 2010, p. 427). O ato infracional é a conduta praticada por crianças e adolescentes análoga aos crimes e contravenções tipificados no Código Penal Brasileiro. No entanto, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a tutela do menor em conflito com a lei se dará por meio do ECA.

Desta forma, Fernandes e Fernandes, (2010, p. 420) afirman que

> O fenômeno da antissocialidade do menor, sob o ponto de vista psicossociológico, resulta de dessajustamentos projetados em condutas desviantes, desajustamentos inerentes à desorganização pessoal, familiar e comunitária que grassam notadamente nos paíse subdesenvolvidos.

Além do que, a conduta do individuo é o meio pelo qual expressa sua personalidade, que é construída em relação com a interação que estabelece com a família e o meio social, do qual são integrantes. Se há desestrutura socioeconômica familiar é obvio que esta influenciará diretamente o individuo em processo de formação. Neste sentido, Fernandes e Fernandes, (2010, p. 420) se posicionam afirmando que

> o problema social representado pelos menores carentes, dessasistidos, abandonados ou infratores tem características comuns, pois todos são socialmente marginalizados por suas carências afetivas, familiares, econômicas, educacionais, de saúde, de higiene, psicossociais, etc. [...].

Se há desestrutura socioeconômica familiar é obvio que esta influenciará diretamente o individuo em processo de formação

Não se deve olvidar que a conduta infracional é decorrente de todas as misérias físicas e emocionais às quais estas crianças e adolescentes estão insertos. Conforme assevera Volpi (2012, p. 496), "o cometimento de um ato infracional não decorre simplesmente da índole má ou de um desvio moral. A maioria absoluta é reflexo da luta pela sobrevivência, abandono social, das carências e violências a que meninos e meninas pobres são submetidos".

Neste sentido, Paiva (2008, p. 55, grifo do autor) esclarece que

> a família dos adolescentes autores de ato infracional é comumente identificada como "desestruturada" e "desorganizada", refletindo, pois, a força com que o modelo de família nuclear está presente no imaginário social e se configura como modelo padrão, idealizado, que permeia o desejo inconsciente da sociedade. Essa família, normalmente, de classes menos favorecidas, vive a ausência de direitos de cidadania em seus mais amplos aspectos: saúde, educação, habitação, segurança, cultura e lazer.

Vale ressaltar que a criança não nasce infratora. O comportamento infracional, bem como o antissocial é aprendido no meio, e disseminado em razão das desigualdades sociais, entre outros fatores sociais da criminalidade. Os menores carentes rompem com a ordem vigente, uma vez que esta não os atinge no sentido de lhes assegurar seus direitos fundamentais. A realidade vivenciada por eles é a da falta de saúde, de saneamento básico, de alimentação adequada, inclusive, ausência de água potável, ou seja, uma realidade mísera e excludente, na qual, não há que se falar em rede de proteção prioritária, muito menos, no fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Para Souza e Carvalho (2012, p. 29),

> observa-se em relação às políticas destinadas à proteção da infância e da adolescência um movimento de desqualificação da família, que precisa ser questionado pois revela uma visão reducionista dos problemas econômicos, políticos e sociais do país. Numa época de segurança quase fóbica, fruto das desigualdades sociais, políticas públicas foram articuladas visando a proteger as crianças e adolescentes para, de um lado, evitar o contingente marginal que se torna cada vez mais visível e incômodo à sociedade e, por outro, dar-lhes condições de desenvolvimento mais favoráveis já que representam "o futuro" de qualquer sociedade.

Desta forma, depreende-se a necessidade de transpor o paradigma de que os conflitos familiares, que dão origem a comportamentos

negligentes, violentos, aos maus tratos, ao abandono, são puramente incompetência da instituição familiar com relação a sua prole. Tais condutas não devem ser percebidas individualizadas do contexto socioeconômico que permeia determinada instituição familiar. Sob pena de se fomentar a criminalização da pobreza, culpando unicamente os pais pela falta de recursos econômicos essenciais para a mantença dos direitos fundamentais de seus filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família desempenha um importante papel no processo de formação do individuo. E, este vínculo familiar afetivo é fundamental no processo de socialização da criança e do adolescente. Esta socialização é a sua inserção na convivência familiar e comunitária, tão essenciais para o seu pleno desenvolvimento biopsicossocial, bem como para a formação de sua identidade individual e coletiva. O êxito desta fase é fator determinante para a marginalização, ou não, do indivíduo. Note-se que aqui se fala em "marginalização" no sentido literal da palavra, ou seja, "estar excluído do meio social".

Desta forma, esse processo de exclusão social acaba por culminar na prática de conduta infracional, em decorrência de uma multiplicidade de fatores estruturais e conjunturais, relacionados às condições socioeconômicas e as suas consequências no tratamento familiar que lhes é dispensado. Contudo, no estudo empreendido, observou-se que culpabilizar unicamente a família em razão desta problemática seria fechar os olhos diante da realidade. Já que, diversos são os fatores que concorrem para a perpetração da violência, do abandono, da negligência, entre outras práticas que ameaçam ou violam os direitos de crianças e adolescentes de serem criados e educados num lar que lhes proporcione cuidados, proteção, e principalmente afeto.

> **Diversos são os fatores que concorrem para a perpetração da violência, do abandono, da negligência, entre outras práticas que ameaçam ou violam os direitos de crianças e adolescentes de serem criados e educados num lar que lhes proporcione cuidados, proteção, e principalmente afeto**

Assim, depreende-se que a maioria das crianças e adolescentes envolvidos na prática de ato infracional são oriundos de classes carenciadas economicamente e, consequentemente sujeitas a diversos fatores desestruturantes, como grau de escolaridade ineficiente ou inexistente, falta ou precariedade de moradia, cuidados sanitários e nutricionais inadequados, violência intrafamiliar, entre outros. Sendo importante destacar que essas crianças e adolescentes se encontram em situação de risco pessoal e social, por estarem desassistidas pelo Pode Público, bem como suas famílias. Apesar de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e, como tal, destinatários de um sistema especial de direitos e garantias, pautado na sua proteção integral e prioritária, que é dever do Estado, da sociedade e da família.

Diante da complexidade que envolve o universo infantojuvenil e suas mazelas, é notório que a infância e a adolescência estão em condições dissonantes em relação à proteção prioritária que lhes é assegurada constitucionalmente. Desta feita, necessitando de mudanças no sentido de uma articulação integrada entre o Poder Público, a família e a sociedade, de forma a concretizar seus direitos e garantias, através da criação de políticas publicas, principalmente sociais, ou da efetivação das que já existem, visando a resguardar esses menores da pobreza, do abandono, da violência, da marginalização, da discriminação.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jun. 2013.

CORTEZ, Luíz F. A. As mudanças sociais da família e o direito. In: FILHO, Arnaldo Lemos et al. (org.). **Sociologia geral e do direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Alínea, 2008. p. 285-308.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMIDE, Sandra. **Menor infrator**: a caminho de um novo tempo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

MORAES, Bianca M.; RAMOS, Helena V. A prática de ato infracional. In: MACIEL, Katia R. F. L. A. (Coord). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 799-891.

PAIVA, Joseane N. M. **Ato infracional através de um estudo da adolescência e da família**. Rio de Janeiro: 2008, p. 34-55. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510671_08_cap_03.pdf>. Acesso em: 20 maio 2013.

PEREIRA, Vanessa C. S.; ZANONI, Décio; MOSER, Ana M. Psicologia jurídica nos abrigos: uma análise sistêmica do direito a convivência familiar e comunitária. In: CARVALHO, Maria C. N.; MIRANDA, Vera R. (Org.). **Psicologia jurídica**: temas de aplicação. Curitiba: Juruá, 2012. p. 43-60.

PORTAL EDUCAÇÃO. **A relação família e Estado**. 2013. Disponível em: <http://www.portaleducacao.com.br/Artigo/Imprimir/46937>. Acesso em: 18 abr. 2013.

ROSSATO, Luciano A.; LÉPORE, Paulo E.; CUNHA, Rogério S. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Marilane de; CARVALHO, Maria C. N. Psicologia jurídica nos abrigos: uma análise sistêmica do direito a convivência familiar e comunitária. In: CARVALHO, Maria C. N.; MIRANDA, Vera R. (Org.). **Psicologia jurídica**: temas de aplicação. Curitiba: Juruá, 2012. p. 21-42.

VILAS-BÔAS, Renata M. Direito da Infância e da Juventude: parte I. **Prática Jurídica**, Brasília, ano 10, n. 111, p. 26-31, jun. 2011.

VOLPI, Mário. Da prática do ato infracional: apontamentos ao art. 103 do ECA. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

WACQUANT, Loic. A criminalização da pobreza. **Mais Humana**. dez. 1999. Disponível em: <http://www.uff.br/maishumana/loic1.htm>. Acesso em: 21 maio 2013.

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Presidente
Desembargador **Constantino Augusto Guerreiro**

Vice-Presidente
Desembargador **Ricardo Ferreira Nunes**

Corregedora de Justiça das Comarcas da Região Metropolitana de Belém
Desembargadora **Diracy Nunes Alves**

Corregedora de Justiça das Comarcas do Interior
Desembargadora **Maria do Céo Maciel Coutinho**

REVISTA DO TJPA

Comissão de Jurisprudência, Biblioteca e Revista
Presidente
Desembargadora **Vera Araújo de Souza**

Membros
José Roberto Beserra Maia
Paulo Vitor Sereni Murrieta

Organização
Saulo Alexandre Picanço Sisnando

Diretora do Departamento de Documentação e Informação
Pollyanna Pires

Editor
Linomar Saraiva Bahia

Diretor do Departamento de Relações Institucionais
Coordenador de Imprensa
João Batista Vital de Castro

Revisão
Lais Izabel Peres Zumero

Edição de arte e ilustrações
Airton Nascimento

Fotos
Ricardo Lima e Keuffer

Colaboração
Elaine Cristina Fernandes Ribeiro

FOTO DE CAPA: RICARDO LIMA

ISSN - 0103 - 9105

ISSN - 0103 - 9105