

monografias 
série

**PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS
2018 – vol. 2**

**Profa. Dra. Edilene Lôbo
Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil
Organizadores**

**Profa. Dra. Edilene Lôbo
Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil
(Organizadores)**

**PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS – VOLUME 2**

APRESENTAÇÃO

1ª edição

1ª impressão

(Publicado em novembro de 2018)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VOLUME 2. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 357p.

ISBN: 978-85-434-1585-7

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

E-book publicado pela
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177
Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)
Fone / WhatsApp (37) 99173-3583 - capasvb@gmail.com
<http://www.virtualbooks.com.br>

A coleção MONOGRAFIAS reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Programa de Pós-graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Trata-se de um trabalho conjunto entre coordenação, corpo docente e corpo discente da graduação e da pós-graduação em Direito da referida Universidade, localizada no interior do Estado de Minas Gerais, cidade educativa, por excelência.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A Universidade de Itaúna tem conseguido manter, de maneira sólida, o relacionamento entre a Graduação e o seu

Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica de seus alunos.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo. Sem produção de conhecimento não há desenvolvimento econômico e social em nenhuma comunidade.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

O importante é que todos os discentes entendam que a pesquisa é fundamental para o desenvolvimento intelectual pessoal, como também, para o crescimento institucional e social.

Os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bachareis recém saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.*

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. **Jamile Bergamaschine Mata Diz**
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –
Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes**
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de Itaúna
– Proteção dos Direitos Fundamentais

SUMÁRIO

Flexibilização do CPC: prestígio da mediação como meio consensual de resolução de conflitos / 8

Aline Helena Nogueira Marra Rabelo

Prisão em segunda instância e o princípio da presunção de inocência / 41

Ana Clara Porto de Paula

Inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios / 89

Arthur Henrique Ferreira Herculano

A estabilização da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente no NCPC / 138

Leonardo de Freitas Silva

Direito sistêmico: sua aplicação com escopo no novo Código de Processo Civil e na Resolução 125-2010 do Conselho Nacional de Justiça / 178

Mirela Guimarães Gonçalves Couto

(Im)penhorabilidade dos animais domésticos ao longo do processo de execução / 225

Rafaela Ribeiro Silva

O controle do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário / 273

Lúrya Júlia Gomes Santos

FLEXIBILIZAÇÃO DO CPC: PRESTÍGIO DA MEDIAÇÃO COMO MEIO CONSENSUAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Aline Helena Nogueira Marra Rabelo¹

RESUMO

A mediação é um método voluntário que promove àqueles que estão vivenciando um conflito de relação continuada, a oportunidade de construir a solução de seu problema mediante concessões recíprocas. O objetivo é a obtenção de acordos, onde os litigantes dialoguem num ambiente colaborativo e assim cheguem a um parecer comum e satisfatório. Este método foi tão logo introduzido pelo atual Código de Processo Civil e ganha credibilidade à medida que se estende pelo judiciário brasileiro. Sua aplicação tem sido frutífera, uma vez que é avultante o número de demandas estacionadas e muitas delas encontraram seu deslinde neste meio alternativo. O destaque da mediação é dado à liberdade das partes para construírem, com a ajuda de uma terceira pessoa facilitadora, a melhor solução para o problema, situação que pode ser mal interpretada gerando objeções tais como a perda do prestígio do julgamento, a afronta ao princípio da congruência que visa vincular a decisão do magistrado aos limites objetivados pelas partes e, a desvirtuação da segurança jurídica que garante estabilidade nas relações jurídicas.

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Conflito; Solução; Pacificação; Alternativa.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar o instituto da mediação ante a flexibilização trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 no tocante à auto composição das partes como meio de solução de litígios, bem como explorar os benefícios deste meio consensual de resolução de conflitos.

O tema em comento fundamenta-se na busca por uma solução consensual dos litígios incentivando a aplicação da mediação, que propõe uma tutela jurisdicional eficaz, justa e em razoável tempo de duração. É importante permitir ao atento leitor, desde o início, a percepção da vertente escolhida, que visa obter um debate fundamentado juridicamente, utilizando-se dos parâmetros instituídos pela mediação.

Ante a problemática que vivencia o Estado, no tocante ao avultante número de demandas judiciais que abarrotam o sistema, é possível dizer que a mediação veio como uma suplente, desafogando o judiciário. Neste contexto, questiona-se: haveria uma perda de prestígio da jurisdição? Geraria uma afronta a segurança jurídica ante a autonomia das partes para decidir? Desvirtuaria o princípio da congruência? É o que se pretende consubstanciar no presente trabalho.

A instituição da mediação deve ser dada como positiva, vez que expressamente prestigia o desfecho das controvérsias construído diretamente pelos próprios contendedores, portanto merece ser considerada como meio legítimo e democrático para a solução de conflitos. Neste viés, pelo presente feito será oportuno caracterizar a mediação, mostrar a flexibilização do Código de Processo Civil de 2015 com a experimentação do instituto e pontuar

os reflexos advindos de sua aplicação como auto composição de litígios.

Assim, serão discutidas as características da mediação, sua importância e seus reflexos materiais e jurídicos, bem como os benefícios de sua implantação no judiciário, tudo isso com condão de elidir as objeções formuladas em desfavor da mediação.

1 MEDIAÇÃO: NOÇÕES GERAIS

De início cumpre traçar uma definição objetiva e esboçada do tema em apreço, porque importante assegurar ao leitor um entendimento sólido a balizar este feito, ante às diversas concepções já endossadas por vários literatos.

Não há necessidade de introduzir considerações prévias ao tema, firmar pré-entendimentos, exemplificar situações hipotéticas ou trazer adiante a repercussão histórica à criação desse instituto, pois se trata de assunto de fácil compreensão, cujo conceito substancial é inteligível até para o leigo-jurista.

Em poucas palavras, mediação é um mecanismo de pacificação de litígios mediante a mera orientação de um terceiro que instrui as partes a compor a lide. Para aclarar a simples conceituação do instituto, vale trazer adiante a definição feita por outros nobres entendedores. Comenta Fernanda Tartuce(2017)que:

Mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas.

Observando-se a disposição legal, tem-se o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 13.140/15 (Lei da Mediação) que reza:

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Logo, considerando-se os conceitos até então enumerados, percebe-se a seguinte lógica: conflito, partes, terceiro imparcial, que entremeadado pela mediação, resulta na solução pacífica do litígio.

1.1 Partes, mediador e conflito

Qualquer pessoa jurídica ou física dotada de capacidade civil pode valer-se da mediação para autocompor seus litígios, inclusive pessoas jurídicas de direito público, suas autarquias e fundações, participam da mediação aqueles que têm poder de decisão.

É incorreto afirmar que a mediação só se aplica para direitos disponíveis, pois também pode ser objeto deste instituto os conflitos que versem sobre direitos indisponíveis que admitam transação, lógica inspirada no artigo 3º da lei da Lei 13.140/15 (Lei da Mediação). Ainda, nos termos do §2º do citado dispositivo, “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

Outro parâmetro para identificar o objeto da mediação é a análise do âmbito das controvérsias. A sociedade se estabelece mediante relações intersubjetivas, destas, eventualmente se originam diversas controvérsias, seja dentro do próprio núcleo onde o indivíduo está inserido, ou advindas de situações circunstanciais.

A mediação por sua vez, se adéqua às controvérsias que ocorrem dentro no núcleo em que o indivíduo

estabelece relações de convivência, ou seja, no contexto familiar, amenidade e vizinhança, bem como aqueles provenientes de relações de emprego, trabalho, comerciais e os demais correlatos.

Diz-se que as relações acima mencionadas são denominadas multiplexas, por que são oriundas de múltiplos vínculos, já aquelas derivadas de situações circunstanciais são compostas de um único vínculo.

A título meramente exemplificativo sobre os fundamentos acima esboçados, considera-se uma indenização por acidente de veículo, uma situação circunstancial, porque as partes litigantes, em tese, não mantinham qualquer vínculo anterior à formação do litígio.

Conquanto, imaginando-se um divórcio, eis que seria uma relação multiplexa, simplesmente porque os litigantes sustentavam uma relação familiar.

Identificados os conflitos sobre os quais é compatível a mediação, resta conhecer o diretor deste instituto, o mediador, uma vez que os próprios litigantes são os protagonistas.

O mediador é a figura que irá instruir as partes na composição da lide, não se trata de um substituto do juiz, nem se equipara ao conciliador na audiência de conciliação; a uma porque na mediação o poder de decisão está com os próprios litigantes, a duas porque o mediador não tem função ativa, sendo impedido de propor acordo ou influenciar na decisão das partes.

Neste sentido, Roberto Portugal Bacellar (2012):

Na mediação o terceiro apenas facilita a comunicação, procura identificar de modo amplo os interesses e aprofundar-se nas relações, sem limitação de matéria ou escassez de tempo, faz perguntas criativas

com a finalidade de que os próprios interessados encontrem as soluções por eles desejadas.

Consoante é a definição esposada pelo artigo 4º, §1º da Lei 13.140/15: “o mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito”.

A baila da legislação civil, o mediador ocupou lugar tão importante que foi intitulado pelo Código de Processo Civil de 2015, como auxiliar da justiça (artigo 149), o referido diploma conceituou mediador em seu artigo 165, §3º:

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (grifo nosso)

Em breve suma é possível definir o mediador como terceiro imparcial, dotado de capacidade técnica, nos termos da Resolução n.º 125/2010 do CNJ², da Lei da Mediação e do Código de Processo Civil/15, cuja função é dirimir os conflitos, facilitando a comunicação entre os litigantes, conduzindo-os à sua solução, atuando de forma

²Artigo 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas, em especial quanto à capacitação de mediadores e conciliadores, seu credenciamento, nos termos do artigo 167, § 3º, do Novo Código de Processo Civil, e à realização de mediações e conciliações, na forma do art. 334, dessa lei. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

neutra em caráter de supervisão e orientação, não sendo de sua competência a proposição de acordos, nem a prestação de acessória técnica ou jurídica.

1.2 Mediação como meio alternativo de solução de conflitos

Oportuno é passar a adjetivar a mediação como meio alternativo de solução de conflito.

Primeiramente encara-se o questionamento; porque meio alternativo? A resposta é bem óbvia. Há muito a sociedade tem o Estado, representado pela figura do juiz, como subterfúgio à solução de seus conflitos. Sempre enxergaram no judiciário a última razão, excluindo qualquer hipótese de uma solução pacífica, inconcebível seria lhes propor a ideia de que os próprios litigantes podem construir a resolução da causa.

Esta foi a imagem que vigorou como regra desde os primórdios da humanidade, sempre havia a figura de um interventor soberano impondo sua vontade, em prol do fim do conflito, seja segundo a um juízo de valor, ou a um comando legal.

Logicamente, se esta é a regra, qualquer outro meio para solução de litígios é alternativo. Pois bem, fixada essa ideia, volta-se a outro questionamento; podem as partes dispensar a autocomposição do litígio?

Importante frisar que apesar de existirem outros meios para composição das lides (conciliação, arbitragem etc.), isto não se enquadra na discussão em pauta, conquanto a nova tendência para aquela finalidade é a mediação.

Neste viés, a alternatividade da mediação reflete como atual aparato processual jurídico, porque flexibilizou o Código de Processo Civil, trazendo como compromisso do juiz, conceder às partes a oportunidade de composição da lide por vias alternativas.

Portanto, infere-se uma vinculação das partes a tentativa de composição. Entendimento firmado em consonância ao artigo 1º, §3º do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe:

Artigo 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

[...]

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Trata-se de um estímulo à composição do litígio por meios sócio-jurídicos, com participação direta das partes, estabelecida pelo novo código de processo civil, não desmerecendo o trabalho dos julgadores.

1.3 Mediação e conciliação: diferenças

É muito comum quando existe algum problema e há indicativas de violação de direitos, que os indivíduos de imediato criem consigo a sugestão de requerer o amparo judicial para identificar e resolver o problema. Mas, em muitos casos a justiça não é a opção mais rápida, barata e adequada para tanto, por isso existem meios alternativos de solução de conflitos, assim como no caso da jurisdição estatal, na mediação e na conciliação temos a possibilidade de resolvê-los através do auxílio de um terceiro imparcial e intermediário entre as partes.

Ambos os institutos são métodos de solução de conflitos alternativos ao processo judicial que é principal método de solução de conflitos no Brasil hoje.

A conciliação e mediação são métodos de solução de conflitos em que um terceiro imparcial facilita a comunicação entre as partes para que elas cheguem a um acordo, as partes são muito mais participativas e responsáveis por resolver os seus próprios problemas.

Na conciliação o terceiro atua como um intermediário entre as partes de forma ativa propondo soluções para resolver o conflito e formulando propostas, é comum encontrar-se conciliação no direito do trabalho, por exemplo. No caso da mediação, apesar de muito próximo da conciliação, há uma diferença bem sutil, aqui, o terceiro não atua ativamente, ele simplesmente restabelece o diálogo entre as partes, para que elas próprias resolvam o problema.

Insta, para melhor entendimento do assunto, pormenorizar as principais diferenças entre os dois institutos; são quatro:

A conciliação é indicada para casos mais simples e pontuais, como por exemplo, os casos de relação de consumo. Já a mediação é indicada para casos mais complexos, que envolvem uma relação continuada entre as partes, como são os casos de relações familiares entre marido e mulher, pais e filhos e também as relações entre sócios de uma empresa.

A segunda diferença está no fato em que o conciliador pode fazer sugestão de acordo entre as partes, enquanto o mediador somente pode fazer perguntas abertas e reflexivas que instiguem respostas criativas das partes.

A terceira diferença está no fato de que a conciliação, normalmente, é resolvida em uma única sessão, enquanto a mediação leva, às vezes, mais de uma sessão para ser resolvida, até várias.

Por último, a quarta diferença trata-se de uma questão mais polêmica, porque aborda a finalidade da conciliação e mediação, portanto existem várias correntes que discorrem a respeito. Aqui, se apresentará a que melhor se coaduna às ideias até então trazidas nesta obra; a finalidade da conciliação é a obtenção de acordo, já a finalidade da mediação além de se visar a solução do conflito e efetuar acordos, é, sobretudo transformar as partes.

Na mediação, o ideal é que as partes conversem e identifiquem os pontos de vistas de cada uma, ante as suas diferenças e entendam os reais interesses e sentimentos envolvidos, assim, a partir disso consigam juntas construir um acordo mediante concessões recíprocas.

A título de curiosidade, é interessante mencionar de forma breve e objetivo alguns pontos sobre a arbitragem, que também é um meio alternativo de solução de conflitos. No caso da arbitragem, as partes de comum acordo escolhem um terceiro que tem um poder imperativo para resolver a questão, é comum que as partes escolham um árbitro especialista no tema do conflito para melhor decidir e solucionar adequadamente o caso concreto.

Para finalizar é importante ressaltar que esses meios alternativos de solução de conflitos têm tido cada vez mais relevância no Direito brasileiro e se aplicam com algumas ressalvas para a administração pública.

2 MEDIAÇÃO COMO UM EQUIVALENTE JURISDICIONAL

Recapitulando em breves palavras o início da Jurisdição, nota-se que no país a igreja ocupava uma posição de governo da sociedade, incumbindo-se da função de julgamento, formando o juízo de certo e errado

sob a égide do lícito e da moral, assim se fazia à época em que a jurisdição ainda não se operava, ante a ausência da figura do Estado.

Na sequência, com o surgimento do absolutismo, o poder de governar se concentrou nas mãos dos monarcas absolutistas, que desta vez julgavam a sociedade conforme a sua vontade, baseando-se em conceitos puramente pessoais dirimidos por princípios próprios. Assim, a ideia de igualdade era totalmente afogada pelo humor da realeza, que impunha suas sentenças explicitamente desvirtuadas do senso atual de justiça.

Esse período de deliberalidade do ente governante causava grande repúdio na sociedade. O ser humano em si é um ser conflituoso, que vive tendo problemas uns com os outros, este drama impera desde os primórdios da humanidade. Logo se iniciou uma busca por um Estado que hoje conhecemos por democrático, que instituiu um processo pautado no respeito aos direitos fundamentais e efetivação das garantias constitucionais. Vislumbrou-se um sistema com resultados mais justos na solução de litígios, objetivando uma pacificação social mais equilibrada.

A sociedade vem evoluindo desde a época das tribos e sempre foi comum a hipotética situação onde duas pessoas não conseguem resolver seus problemas entre si, motivo pelo qual ordinariamente houve a intitulação de um terceiro com conhecimento mais aprimorado para resolver a questão em conteste.

A figura desse terceiro imparcial sempre existiu e evoluiu eclodindo na separação dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, destes três interessa ao tema em comento o último, no qual se encontra a jurisdição, que originalmente quer significa “dizer o direito”.

De uma forma sintética, Jurisdição é a atuação do Estado para resolver uma questão concreta, através de aplicação de normas gerais e abstratas. Para tanto,

necessita-se da provocação da parte interessada para que o órgão Jurisdicional possa agir. Partindo da premissa de que o Estado é inerte, infere-se que caso ele procure problemas para resolver os conflitos da sociedade estará, conseqüentemente, quebrando sua imparcialidade.

Assim, diante de um litígio apresentado ao Juízo, o Estado incumbe-se de prestar as partes uma resposta jurisdicional. Necessário se faz fixar que o ato de provocação do Judiciário é chamado ação, exercida pelos litigantes através de um processo que seguirá sobre a égide do cooperativismo guardando todos os princípios processuais basilares e assim chegará ao provimento final, qual seja, a sentença; obtendo-se a referida e tão esperada resposta jurisdicional.

Neste sentido, para Chiovenda (2000, p. 3):

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

Já segundo Celso Antônio (2003, p. 34):

[...] a função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de 'coisa julgada', atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recuso.

A jurisdição no Brasil é exercida pelo Poder Judiciário e por ser umas funções estatais tem alcance sobre todo o território nacional. Entretanto, com vistas a otimizar o trabalho do poder judiciário foram criadas as chamadas regras de competência para dividir dentro dessa organização judiciária as competências de cada um dos órgãos judiciários.

Nos termos de Fredie Didier Junior (2007, p. 131) temos que:

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição. É a medida da jurisdição. Trata-se da quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos.

No tocante à jurisdição, vale trazer à baila a transcrição dos preceitos de Moacyr Amaral Santos (1998, p. 67), com fito de elucidar a essência do citado instituto jurídico:

Esta função do Estado é própria e exclusiva do Poder Judiciário. É ele, dentro dessa função, que atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses ocorrentes. É função do Estado desde o momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele

presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida.

Dessa forma, verifica-se que o Estado Constitucional está comprometido com a pacificação social, daí decorre a importância do poder jurisdicional, como uma forma de se resolver conflitos e colocar fim a crise jurídica.

2.1 Princípios norteadores da jurisdição

Existem basicamente seis princípios que balizam a Jurisdição, são eles Juiz Natural, Territorialidade ou Aderência, Indelegabilidade, Indeclinabilidade, Inevitabilidade e Inafastabilidade.

Dentre os princípios acima elencados, o Juiz Natural será o primeiro a ser enfrentando, possui três sentidos; a sua ideia é que o Juiz Natural é aquele que é investido no cargo mediante concurso público, prova de títulos e assim foi empossado, assumindo o cargo de acordo com o rigor das formalidades exigidas para tanto. É um juiz imparcial que não pende para nenhum dos lados das partes e tem competência para o caso. Portanto, investidura, imparcialidade e competência formam este princípio.

Além disso, o Juiz Natural envolve duas proibições, quais seja a proibição ao tribunal de exceção que é aquele criado especificamente para julgar um litígio determinado, a exemplo o Tribunal de Nuremberg que foi criado para julgamento dos crimes nazistas.

A outra vedação citada é Proibição a escolha do juiz pela parte. Nos dias atuais notou-se uma prática comum entre os advogados que implicitamente fere o princípio em comento. Os procuradores ingressavam com sua pretensão perante o Juízo, contudo, quando tomavam

conhecimento de qual juiz havia sido sorteado para a titularidade daquela ação, empenhavam a desistir do pleito com fito de ajuizá-lo novamente ao ensejo de enfrentar uma vara cujo magistrado não é de sua afinidade. Assim, se as partes querem escolher seu juiz melhor que resolvam o conflito perante o Juízo Arbitral, se assim o próprio litígio lhe permitir.

O Princípio da Territorialidade ou Aderência envolve justamente limitar o perímetro sobre o qual um juiz poderá exercer seu poder. O Brasil tem todo o território nacional para o exercício da jurisdição, além disso, segundo a pátria organização judiciária é estabelecida a cada órgão jurisdicional uma área definida para tanto, isso se resolve pelas regras de competência, assim em regra cada juiz não interfere na competência do outro juiz.

Quanto ao princípio da Indelegabilidade diz-se que a jurisdição é indelegável então, em regra, não pode ser delegada a outros poderes sendo exclusiva do poder Judiciário.

No tocante ao princípio da Indeclinabilidade, o juiz não pode se recusar a julgar por mais complexas que as causas possam se apresentar, a jurisdição é obrigatória. Diga-se de passagem, é possível considerar que o referido princípio foi mitigado pela instalação dos conhecidos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas onde o Juiz ao vislumbrar um determinado caso concreto, sendo cabível, submete o mérito a apreciação via IRDR, para tão somente seguir a orientação da corte quanto ao decisório. Importante ressaltar que tal medida não retira do juiz a obrigação de apreciar a causa, mas, faz com que ele deixe de ser solitário ao julgá-la.

Inevitabilidade prega que a jurisdição é uma soberania estatal, no qual se impõe às partes independentemente de concordância a modo que elas não possam fugir aos seus efeitos. Entretanto, há uma exceção

quanto a isso, que é a convenção de arbitragem, onde, se as partes tiverem direitos patrimoniais disponíveis podem decidir ou evitar a jurisdição estatal dirimindo seus conflitos perante a justiça arbitral. Ainda sobre o assunto, frisa-se que, caso se considere o entendimento do STJ, que coloca a arbitragem como uma forma de jurisdição, não estar-se-á diante da exceção colacionada.

E por fim, a Inafastabilidade é uma garantia constitucional que tem como qualidade central permitir ao cidadão o acesso a justiça, muita mais ampla do que simplesmente falar sobre a inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois aquela se trata de mecanismo de solução de litígios, determinando que seja para o caso concreto, conferido alas a justiça a partir da decisão judicial fundamentada pura e evidente.

Quando se achar ameaçado ou lesado um direito tem-se como garantia fundamental, as portas do judiciário abertas à devida provocação, ao passo em que ninguém tem o condão de afastar do cidadão tal segurança. Isso é o que se infere do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, ao declarar que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

2.2 Jurisdição e mediação na perspectiva de uma justiça participativa

Confrontando a Jurisdição e a Mediação temos que ambas são meios para solução de conflitos. Todavia, a Mediação insurge como um equivalente jurisdicional, ou seja, como um método de resolução de conflitos que pode substituir o exercício do poder jurisdicional. Entretanto, a solução de disputas é basicamente a construção de sistemas de solução de conflitos com um conjunto de procedimentos sob medida, ou seja, não precisa ser necessariamente só um procedimento consensual (entre as partes) ou adjudicatório (por um terceiro imparcial), logo

se a mediação não for capaz de solucionar todo o conflito ou mesmo o conflito em si, é possível planejar um outro método para tanto, sempre de acordo com as especificidades e características do litígio em questão.

Importante ressaltar que, não há um modelo melhor para a solução do conflito, o importante é observar os nuances do mesmo e assim perceber qual será o procedimento mais acertado a ser adotado, para tanto é relevante conhecer as opções que podem ser experimentadas para adotar a mais adequada ao caso concreto.

Neste sentido temos:

Cabe registrar que, segundo uma perspectiva tradicional de direito processual, a jurisdição é considerada uma ‘atividade secundária’, sendo definida, portanto, como poder estatal atribuído a uma determinada autoridade para aplicar a norma ao fato concreto, visando à composição de lides em razão da inexistência dessa resolução de controvérsia ter sido alcançada espontaneamente pelas partes. Assim, o dever principal ou primário de resolução de conflito é considerado como sendo das próprias partes – devendo o Estado intervir tão somente quando as partes não são bem sucedidas nesta atividade. Sob esta ótica da ‘substitutividade da jurisdição’ (CHIOVENDA, 2000, p. 17).

Pode-se afirmar que a principal forma de resolução de disputas é e a negociação entre as partes e a forma ‘alternativa’ seria a intervenção estatal por meio da jurisdição. (AZEVEDO, op. cit. p. 18).

Essa customização procedimental, de acordo com as características do conflito em específico deve atender

alguns requisitos. Eficiência do meio escolhido, menor gasto (financeiro, tempo, energia emocional) e evitar a perda de oportunidade, isso porque em uma situação hipotética em que a parte ingressa com um processo judicial e ele não é o mais adequado ao caso, ter-se-ia, em termos de satisfação, um deslinde inócuo à controvérsia. Como não foram analisadas as necessidades das partes e o conflito em profundidade, não se obteria êxito em capturar o meio mais adequado para solucioná-lo.

Então diminuir essa perda de oportunidades que podem ser encontradas conjuntamente pelas partes minimiza eventual desencontro de interesses. A título ilustrativo da ideia esboçada, tem-se o exemplo de que talvez seja mais significativo dar a uma das partes a casca da laranja enquanto a outra leva a poupa da fruta, rechaçando assim a abstração de justiça sob a ótica de igualdade fundada no *quantum* cada um afere na demanda.

Essa participação das partes na construção dos resultados entra na exposição dos motivos do CPC vigente porque se entende que uma das suas premissas é de que a satisfação é atingida de forma mais efetiva se as próprias partes auxiliam na elaboração da solução, não que um juiz não seja capaz de dar uma boa sentença, mas é que só as partes vão conhecer os detalhes de suas relações, os detalhes do surgimento do conflito e como ele pode ser melhor solucionado.

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. (Exposição de Motivos da Lei nº 13.105/15).

Com essa perspectiva formada, no sentido de customização do procedimento, atinge-se o princípio da instrumentalidade do processo, que por sua vez é munido de quatro características essenciais, que não objetivam tão somente o fim da atuação Estatal, mas a real solução do conflito. Neste viés tem-se que o processo deve ser adequado a modalidade de conflito, deve ser efetivo para sua solução, eficiente quanto aos seus meios e garantir a satisfação das partes quanto a resolução patrocinada, caso contrário, estar-se-ia diante de um trabalho perdido. Por isso a importância da análise dos nuances do conflito, visando o ajustamento da situação com alcance além daquilo que aparentemente engloba o conflito.

2.3 As nuances da mediação sob o prisma da jurisdição

O processo judicial é uma alternativa de caráter público, cuja legitimidade de decisão é transferida ao Estado pelas partes e constitui um mecanismo de defesa aos hipossuficientes. No final desse processo há uma decisão impositiva que obrigatoriamente deverá ser concedida, mesmo que ela não sendo tão eficaz quanto o esperado, sempre haverá presente um terceiro buscando minorar as diferenças entre as partes, pelo menos em teoria. Mas é uma alternativa viável a depender do conflito do caso concreto e dos interesses entre as partes.

A finalidade especial da mediação é restaurar o diálogo entre as partes de modo produtivo com respeito e eficiência, ou seja, aproveitando o tempo e efetivamente levar assuntos que possam conduzir a uma transformação do conflito. É sabido que a vida em sociedade não envolve apenas fatores objetivos de convivência, mas também fatores subjetivos, pontuado isso e agora trazendo a informação ao tema, temos que quando as relações interpessoais do cotidiano se conturbam transformando-se

em um conflito, esses fatores subjetivos influenciam pesadamente na solução da controvérsia.

Tão logo, é irrisório dizer que estas questões subjetivas são enxugadas quando o conflito é resolvido mediante processo judicial, tal desafio é superado pela mediação. A comunicação prejudicada pode ser balizada pelos mediadores que trabalham com as partes implantando a ideia de conflito visto como uma oportunidade, como algo que não é essencialmente negativo por si só. Assim permitem que as partes alterem sua percepção dos fatos e evoluam em termos pessoais alcançando um mérito satisfativo, uma vez que não é todo conflito que precisa de um fim, mas apenas de um esclarecimento, considerando que nem sempre a relação das partes implica em rivalidade.

A inclusão social que a mediação proporciona sob a ideia de o diálogo para as partes resolverem seus conflitos é um estímulo absurdo a colaboração interpessoal, isso desenvolve no cidadão um senso de responsabilidade ao deslinde da controvérsia.

Essa inclusão social tem uma tendência a aumentar o grau de satisfação das partes até no poder judiciário, prova disso é o Relatório Semestral formulado pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC, órgão responsável pela manutenção, organização e gerenciamento do Cadastro Estadual de Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, e sobre o cadastramento, atuação, supervisão e exclusão dessas câmaras privadas nos termos da Portaria Conjunta n. 655/PR/2017 instituída pelo TJMG. Insta anotar dados relevantes da última estatística registrada pela NUPEMEC:

Os resultados estatísticos revelam o sucesso deste árduo trabalho, sobretudo de mudança cultural. As pesquisas de satisfação do usuário indicam que mais de 90% das pessoas que participaram de

sessões de conciliação nos CEJUSCs declararam estar muito satisfeitas e satisfeitas com a experiência. Além disso, sob a perspectiva da esmagadora maioria dos respondentes, a experiência auxiliou positivamente na mudança da visão do Poder Judiciário. (Relatório Semestral Nupemec 2016).

Por fim, é oportuno esclarecer que tais estatísticas justificam-se porque as partes que se valeram dos meios consensuais disponibilizados pelo Judiciário para a solução de seus litígios, perceberam uma maior celeridade e maior efetividade da decisão proferida, logicamente porque foram elas próprias julgadoras do mérito.

3 RESPOSTA JURISDICIONAL CONSTRUÍDA PELA MEDIAÇÃO

Quando se fala no princípio da congruência, também chamado de princípio da adstrição, correspondência ou correlação, retoma-se a ideia da inércia da jurisdição. É sabido que a atividade jurisdicional exige provocação, isso significa que todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado de lesão pode bater as portas do Poder Judiciário e exercitar em Juízo a sua pretensão, introduzindo uma demanda por meio de uma petição inicial.

A autonomia da vontade é fundamental quando se fala em direito processual, nesta esteira o autor delimita sua pretensão e assim toda a estrutura de defesa surge em correspondência dessa demanda instaurada pelo autor. Consequentemente a atividade estatal jurisdicional deverá também corresponder aos exatos limites do pedido.

Dessa forma surge estruturado o princípio da congruência, em que toda decisão ou sentença deve surgir em exata correspondência aos limites do pedido, sob pena de se legitimar uma atuação de ofício e macular a feição

democrática da jurisdição. Em outras palavras, essa delimitação objetiva da demanda vincula a atividade jurisdicional e com isso o princípio dispositivo deve ser aqui respeitado para que o magistrado não saia pela sociedade atraindo lides, mas sim decida a demanda nos exatos limites da pretensão posta em Juízo.

Fernando Tenório Taveira Júnior (2017), traz a seguinte definição:

O princípio da correlação ou da congruência consiste naquele que informa o sistema processual de que a sentença deve estar estritamente relacionada ao pedido pela parte, não podendo o magistrado proferir um julgado sem uma efetiva "ponte" com o pedido.

Neste sentido tem-se também o artigo 141 do Código de Processo Civil, que diz: “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

Tem-se aqui uma garantia de previsibilidade assegurada ao jurisdicionado. O Código de Processo Civil é expresso ao proibir o juiz proferir decisões surpresas. Sempre lícito foi ao juiz conhecer de ofício de matéria de ordem pública, só que a partir do momento em que se tem a instauração da relação jurídica processual com a participação do réu no processo, sempre deve ser preservado de forma prévia a figura do contraditório.

O contraditório efetivo é um dos princípios que regem todo o procedimento, inclusive em razão do fundo constitucional que possui. Nessa linha, o princípio mitiga o permissivo da oficiosidade do juiz no trato das matérias de ordem pública coibindo decisões surpresas. Ou seja, proíbe o magistrado de conhecer de matéria de ordem pública e decidir sobre elas sem oportunizar previamente as partes

uma manifestação. Nestes termos é o artigo 10º do Código de Processo Civil e 2015:

Artigo 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Tecnicamente o que aqui se encontra é a vedação de decisões surpresas amparando o contraditório prévio e efetivo.

3.1 Mediação e as partes como autojulgadores: a flexibilização sob o prisma do princípio da congruência

A resposta jurisdicional, normalmente é trazida pela sentença, ou, em outras hipóteses, por ela confirmada. Segundo o artigo § 1º do artigo 203 do CPC/15, “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. No tocante, esclarecem Didier Júnior, Sarno Braga e Alexandria de Oliveira (2015):

Não há, pois, mais de um conceito de sentença no CPC. Sentença, no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, é o pronunciamento do juízo singular que encerra uma fase do processo, seja ela cognitiva ou executiva. Haverá tantas sentenças quantas sejam as fases do procedimento que se encerram.

Analisadas tais considerações, infere-se que a sentença é um ato peculiar do juiz, todavia a mediação sugere a falsa impressão de que as partes estão fazendo às

vezes do magistrado e por si próprias resolvendo seus litígios e se autorregrando.

Imperioso frisar que a atividade jurisdicional, como bem explanado anteriormente, possui limites objetivos e subjetivos, que devem ser observados haja vista verdadeira disposição legal. Decidir fora dos limites da demanda proposta, significa ignorar os citados preceitos estabelecidos ao processo, se o magistrado vai além desses limites, sua decisão é *ultra petita*; se fica fora deles, é *extra petita*; se fica aquém, é *citra petita*.³

Neste segmento tem-se o artigo 492 do Código de Processo Civil de 2015, que determinou que: “é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

O julgamento *ultra petita* segundo a legislação processual civil expressa basicamente uma decisão que ultrapassa o interesse manifestado pelas partes, essa expressão é utilizada então para qualificar a decisão que concede mais do que se pede. O julgamento *extra petita* se refere ao pronunciamento do juiz que decide fora do pedido formulado na inicial, ou seja, aquela que atende outra demanda diferente da pretensão inicial assim, o resultado deste julgamento é a nulidade do próprio julgado. Por último, o julgamento *citra petita* é aquele que não aprecia em toda a sua amplitude o pedido expressamente formulado na inicial.

Com louvor Didier Júnior, Sarno Braga e Alexandria de Oliveira (2015, p. 311-312) ensinaram:

O julgamento *ultra petita* ofende os princípios do contraditório e do devido

³DIDIER JÚNIOR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

processo legal, haja vista que leva em conta fatos ou pedidos não discutidos no processo, ou ainda porque estende seus efeitos a sujeito que não pôde participar em contraditório da causa.

O julgamento *citra petita* viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando se revela pela ausência de manifestação sobre pedido ou pela ausência de deliberação quanto a determinado sujeito da relação processual, e ofende o princípio do contraditório sob perspectiva substancial, nos caso em que o magistrado deixa de analisar fundamento relevante invocado pela parte.

Já a decisão *extra petita* fere todos esses princípios, tendo em vista que consubstancia hipóteses em que (...), o magistrado deixa de analisar algo que deveria ser apreciado e examina outra coisa em seu lugar.

Neste viés, oportuno discutir sobre a liberdade que dispõe as partes ao mediar, entra em cena a autonomia da vontade que permitem as partes transijam de acordo com sua autodeterminação. É possível dizer que o objeto da mediação não é aquele que expressamente consta no pedido inicial da demanda, mas o conflito em seu contexto geral. Isso se deve à flexibilização trazida pelo novo dispositivo processual civil, que mitigou a restrita legalidade do procedimento judicial permitindo que as partes recebam uma resposta jurisdicional substancialmente eficaz e não apenas afixam um título que lhe entregue um direito, sendo muitas das vezes não tão satisfatório.

Por isso, é comum no seio da mediação ver um conflito resolvido em toda a sua amplitude, não podendo considerar-se que tal julgamento seja *extra*, *citra* ou *ultra petita* em razão desta mitigação trazida. Deste modo, em suma, fica a cargo do juiz a homologação destes acordos.

Portanto, não há de se dizer que a prestação jurisdicional não foi entregue ou que houve um desprestígio da jurisdição, mas ao reverso, deve se consignar um avanço na jurisdição ante a tão almejada satisfação dos jurisdicionados.

3.2 Notas sobre desjudicialização dos litígios

Na via contenciosa, o julgamento segue a lógica de que as partes figuram como combatentes em oposição com vistas a assumir posições de vantagens, um terceiro imparcial é convidado a analisar os fatos, que por sua vez remetem, acentuatadamente, ao passado a partir de então é proferida uma decisão munida de um caráter substancialmente impositivo.

Neste sentido, José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier (2011, p. 47-48) prelecionam que:

É, pois, a jurisdição atividade destinada à identificação e imposição do Direito. Não basta que a ordem jurídica proclame a existência de direitos subjetivos: o Poder Judiciário deve ter como proteger e realizar materialmente tais direitos. Opera a jurisdição, para tanto, decidindo acerca dos conflitos de interesse e realizando atos tendentes à satisfação de direitos (o que compreende, evidentemente, a tomada de medidas que assegurem a obtenção de tais resultados).

Diferentemente, já na ótica consensual é estabelecido um ambiente colaborativo, onde as partes têm espaço para conversar sobre o litígio, aqui o objetivo não é martelar fatos passados, mas também visa uma reflexão do futuro observando-se o contexto em análise. Este mecanismo privilegia a autonomia da vontade dos envolvidos e, portanto, não se tem presente a figura do

terceiro interventor emanando decisões imperativas às partes, o que se busca a aproximação das partes e assim levá-las a mudar suas posturas no tocante a controvérsia.

Semelhante é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover⁴ no seu dizer a crise da Justiça, representada especialmente por sua inacessibilidade, lentidão e custo, põe imediatamente em destaque o primeiro objetivo almejado pelo renascer da conciliação extrajudicial: a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados de conciliação, ainda que facultativos.

Com efeito, a mediação mitiga o juízo taxativo que divide as situações fáticas em certo ou errado, estes tais que traçam os padrões de condutas a fundar o sistema legal. Necessário compreender que o ato de mediar atenta-se precipuamente em estabelecer uma relação harmônica entre partes, por isso a primeiro turno o cumprimento ou descumprimento de certa obrigação não ocupa o centro das discussões. Muito além do que obscuramente se enxerga no processo judicial, a mediação tem vistas ao passado, presente e futuro, pois não se contenta em entregar o objeto da demanda ao vencedor, mas anseia o acordo, a celebração da paz, enfim o restabelecimento da relação amigável, elementos estes invisíveis em via processual.

Constata-se uma enorme dificuldade entre os juristas atuais no tocante a adesão aos meios consensuais de resolução de conflitos. Isso se deve ao forte cunho de sentenciar instituído ao longo da história, assim estabeleceu-se uma cultura que concebe o senso de justiça ligado a figura de um juiz imparcial, dotado de um saber jurídico, apto a conhecer e resolver as controvérsias. Os meios alternativos de solução de conflitos nasceram e se

⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 282.

desenvolveram em meio ao total descrédito dos jurisdicionados, mas agora com a nova ótica dada pelo novo código de processo civil, passam a ter um status de vantagem.

Experimentando da mediação as partes viram seus conflitos resolvidos com presteza e qualidade, sem olvidar no impacto social promovido; além de superar os problemas apresentados, a mediação promoveu uma cura na sociedade, eliminando as discórdias interpessoais, oferecendo ao público um ambiente harmonioso e com isso diminuindo a probabilidade de novos dilemas, uma vez que ao mediar, as pessoas aprendem um novo modo de enfrentar seus problemas, frise-se, entre si próprios. Nesse contexto, viu-se o lucro gerado ao incentivar este mecanismo, ampliando os resultados eficazes a superação dos imbrólios que acometem a sociedade.

Rechçado o preconceito lançado sobre os meios consensuais, evidencia-se ideal conhecer as peculiaridades da mediação para se obter um maior proveito. O legislador ofertou aos litigantes este venerável mecanismo, resta, pois, praticá-lo uma vez que não há prejuízo em sua aplicação, caso não se vislumbre resultados eficazes, basta voltar ao caminho padrão oferecido pelo Estado: a Jurisdição.

CONCLUSÃO

A mediação não pode ser vista como uma cura. É indiscutível sua importância para a solução dos litígios, contudo não pode ser encarada como, tão somente, uma forma de desafogar o Judiciário pois tende a diminuir o volume de demandas que tramitam em juízo, ou como mecanismo para agilizar a resposta jurisdicional.

Vislumbra-se louváveis valores inerentes a política da mediação no trato dos conflitos jurídicos,

dentre os quais: o incentivo a autodeterminação pessoal na resolução do litígio, a colaboração do indivíduo na construção da norma jurídica que rege o fato em análise, o respeito à liberdade e ainda, sem olvidar, as benesses promovidas em caráter coletivo, transformando combatentes em colaboradores cumprindo implicitamente uma missão de pacificação social.

Igualmente, a mediação insurge como uma cautelar a condutas imorais praticadas por alguns juizes que coagem as partes a entabularem acordos judiciais, almejando o fim do mal-entendido. Tal prática influencia na diminuição no numerário de demandas em tramitação, sugere-se a mediação como mecanismo que reúne qualidade e celeridade na resposta jurisdicional.

Apresentados os bons resultados deste meio consensual de solução de conflitos, há de se pontuar as críticas sofridas; além do descrédito inicialmente enfrentado pela mediação, viu-se como um embaraço a sua aplicação na flexibilização do Código de Processo Civil. O atual dispositivo permite às partes, ao mediar, a resolução das controvérsias de forma livre às amarras legais, ou seja, os litigantes têm espaço para transigirem sobre o objeto da demanda em seu contexto geral, desvinculados da limitação estrita do pedido inicial.

Assim, a desjudicialização via mediação deve ser incentivada dadas as benesses promovidas às partes, estendendo-se à coletividade como um meio de pacificação social ainda, dada a ausência de prejuízo de sua prévia aplicação à jurisdição.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. **Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob**

uma perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.) *Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem.** 53. ed.: Saraiva, 2012. Disponível em: <http://www.fkb.br/> >. Acesso em: 10 nov. 2017.

BACELLAR, Roberto Portugal. **O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos.** IN: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União. 17.03.2015.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. 29.06.2015.

BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder

Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em 07.05.2017.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil – Vol. II.** Campinas: Bookseller, 2000, p. 3, p. 17.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA OAB/MG. **Cartilha de Mediação.** Minas Gerais, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

Exposição de Motivos da Lei nº 13.105/15. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 16 out. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os Fundamentos da Justiça Conciliativa.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini;

LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestaçãojurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação.** 3.reimp. SãoPaulo : Atlas, 2013.

JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zanetti. **Curso de Direito Processual Civil.** 4º vol. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 131.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos,** in Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMOS, Augusto Cesar. **Mediação e arbitragem na Justiça do Trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2620>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Relatório Semestral **NUPEMEC 2016** – TJDFT. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 1º Volume. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 67.

TARTUCE, Fernanda; **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos.** Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/>>. Acesso em: 10 set. 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis,** 2ª edição. São Paulo: Método, 2015. n.p. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/>. Acesso em: 18 abr. 2017.

TAVEIRA JÚNIOR, Fernando Tenório. **O princípio da congruência entre o pedido e a sentença. Uma breve análise comparativa sob as óticas do direito processual civil e direito processual canônico.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 850. Acesso em: 03 nov. 2017.

TROCKER. Nicolò. **Processo Civile e Costituzione,** Giuffrè, Milano, 1974. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Conrado. TARUFFO Michele. **Lezioni sul Processo Civile,** 2. ed., ilMulino, Bologna, 1998.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação.** Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ana Clara Porto de Paula⁵

RESUMO

A presente monografia desenvolve uma análise crítica sobre a constitucionalidade da a prisão decretada em segunda instância em corolário ao princípio da presunção de inocência. Ademais, possui como objetivo fazer uma abordagem crítica a respeito da prisão no ordenamento jurídico pátrio. Busca esclarecer também algumas questões pertinentes relacionadas ao tema através da atual decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de início da execução da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, que, apesar de vir como solução para questões como garantir o andamento da persecução penal e/ou efetividade da condenação penal, traz alguns problemas para sua aplicação na medida infringe o Princípio da Presunção de Inocência, que se encontra positivado do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 – CF/1988. É um tema atual e de bastante relevância social, que remete a diversas discussões nas esferas judiciária, legislativas e executiva do nosso país, pela mídia e no cenário internacional. Conclui que devido à presunção de inocência a prisão penal definitiva deve ocorrer somente após esgotar todas

⁵ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

as possibilidades na via recursal, vez que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, o trânsito em julgado como requisito final para a aplicação do princípio em tela.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão; Presunção Inocência; Constituição Federal; Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

Em data de 05 de fevereiro de 2009, quando do julgamento do HC 84.078/MG, da relatoria do então Ministro Eros Grau, a Suprema Corte condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, afirmando que prisão antes do trânsito em julgado, contrariava o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 88, ressaltando, as prisões em caráter preventivo ou temporário e modalidades de prisão cautelar, descritas no artigo 312 do Código Penal.

Contudo, no dia 17 de Fevereiro de 2016, o mencionado Tribunal Superior ao julgar negar o HC 126.292 do Estado de São Paulo, voltou atrás em sua decisão, e consignou que é possível o cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência, como princípio constitucional, uma vez que se encontra positivado na legislação Brasileira, através de seu artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 – CF/1988 e como princípio basilar do Processo Penal, o presente artigo tem como objetivo principal discutir a recente decisão do Supremo Tribunal Federal retro mencionado, destacando-se os principais pontos, sendo um deles o artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual disciplina acerca da presunção de inocência.

O estudo e análise do tema escolhido neste projeto é de extrema importância, haja vista, que surge à

problemática referida decisão do Supremo seria inconstitucional, uma vez que fere garantia constitucional pétrea, a qual é taxativa e categórica ao condicionar a presunção de inocência ao trânsito em julgado em seu dispositivo 5º, inciso LVII, CF/88

O presente trabalho explorará os principais pontos positivos e negativos da decisão denegatória do Habeas Corpus nº 126.292 – SP, atual interpretação que o STF atribuiu ao princípio da presunção de inocência. Para tanto, é importante delinear os conceitos acerca da presunção de inocência e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que o artigo adota como metodologia, uma bibliografia mais garantista, que é presente na Constituição Federal e até mesmo no Código de Processo Penal.

Com o intuito de alcançar esses objetivos, esta monografia foi dividida em três capítulos. O primeiro será incumbido da apresentação das noções das garantias constitucionais no âmbito do processo penal, inclusive dando ênfase ao princípio da presunção de inocência. Por sua vez, o segundo capítulo trata dos conceitos e modalidades de prisão definitiva e cautelar existentes na legislação brasileira. Finaliza através de uma explanação crítica sobre a execução provisória da pena e o princípio da não-culpabilidade e sua aplicação no Direito comparado.

A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, realizada a partir do levantamento de textos já existentes sobre o tema, primordialmente através da análise de entendimentos doutrinários sobre a temática estudada e documental, com a investigação de acórdãos de tribunais, principalmente do Habeas Corpus nº 84.078-7/MG e Habeas Corpus nº 126.292 – São Paulo. Para tanto, importante consignar que foi utilizado o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa indireta.

2 GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

Para o entendimento completo e eficaz acerca do objeto central deste trabalho, ou seja, prisão decretada em segunda instância é imprescindível uma análise acerca das garantias e princípios constitucionais, devido a sua relação direta com o processo penal.

No estado democrático de direito, a preservação das garantias fundamentais do réu no processo penal deve se revelar como maior interesse da prestação jurisdicional. No presente trabalho se apresenta os princípios constitucionais como direitos e garantias fundamentais capazes de proteger o indivíduo contra eventuais abusos do poder estatal.

A palavra princípio possui diversos significados, no dicionário significa o início de algo, o que vem antes, a causa, o começo. Para o estudo em questão define-se princípios como alicerces que auxiliam no funcionamento do ordenamento jurídico, sendo utilizado na interpretação, aplicação e legitimação das leis.

Os direitos são os bens e vantagem oriundos da norma constitucional (?? Sem sentido), enquanto as garantias são mecanismo do exercício assecuratórios dos referidos direitos de forma preventiva ou até mesmo reparativa. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, §1º dispõe no sentido que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”,(BRASIL, *online*, 2018a) uma vez que os juízes têm a faculdade e possibilidade de aplicar de forma direta as normas constitucionais para resolver litígios sob sua apreciação.

À vista disso, tem-se que os princípios dão origem a outros, na medida em que tratam-se também de garantias humanas fundamentais, concernente ao indivíduo e ao processo em si, no intuito central de permitir a aplicação

eficaz do Estado Democrático de Direito. De fato, não há como destacar o verdadeiro liame entre os princípios garantistas do processo penal, bem como os direitos e garantias fundamentais.

Nesse aspecto, a apreciação das garantias na esfera do processo penal será feita, inicialmente, em face da dignidade da pessoa humana, bem como do devido processo legal, sendo que ambos estão expressos no Texto Maior brasileiro como princípios regentes no intuito primordial a garantia dos direitos humanos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana garante o mínimo básico inerente a todo e qualquer indivíduo, de forma a proporcionar necessidades essenciais para sobrevivência digna. O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, no livro Manual de Processo Penal e Execução Penal dispõe no sentido que:

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7º, IV da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência. (NUCCI, p. 33, 2014)

Por sua vez, o devido processo legal se destina tanto ao aplicador da lei quando a atuação do Poder Legislativo, eis que este deve estabelecer a correta elaboração da lei processual. Quanto à atuação do Poder Judiciário este deve está submetido às normas processuais,

bem como a provocação das partes, o que permite evidenciar o devido processo legal como garantia constitucional. Nesse aspecto, corrobora o entendimento do professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, e do doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco, no livro Curso de Direito Constitucional:

O princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial, não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça (MENDES e BRANCO, p. 544/545, 2015)

No âmbito processual penal e no direito penal, o devido processo legal encontra-se enraizado no princípio da legalidade, de forma a garantir que o indivíduo possa ser tanto processado quanto punido somente se houver lei anterior relacionada à ação criminosa e a cominação da pena. “Modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo ímpar do processo criminal”. (NUCCI, p. 33, 2014).

Em relação aos princípios constitucionais do processo tem-se inicialmente, o princípio da presunção de inocência conhecido também como princípio do estado de inocência, qual consiste que todo acusado é considerado inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória penal, transitada em julgada, nos termos do art. 5º, LVII da CRFB/88. (BRASIL, *online*, 2018a)

O professor Gilmar Mendes considera ainda que:

Tem sido rico o debate sobre o significado da garantia da presunção de não culpabilidade no direito brasileiro, entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal. (MENDES e BRANCO, p. 535, 2015)

Vale mencionar também acerca o princípio do *in dubio pro reo* ou prevalência do interesse do Réu, caso haja dúvidas, no âmbito processual penal, deve ser preponderado o interesse do Acusado, eis que este possui a presunção de inocência

Já a imunidade à autoacusação, vem garantir que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, decorrendo o princípio de permanecer em silêncio, tanto perante a autoridade policial quanto ao magistrado competente, em consonância com o disposto no art. 5º, LXIII da CRFB/88. (BRASIL, *online*, 2018a)

Dessa forma, o acusado poderá produzir de forma ampla provas em seu favor, bem como possui o direito ao silêncio em qualquer etapa da persecução penal, sem repercutir em qualquer prejuízo em sua situação processual.

Ao acusado é garantido constitucionalmente o direito de amplamente se defender das acusações que lhe são imputadas, em face do princípio constitucionalmente consagrado como sendo o da ampla defesa. Dessa forma, “o réu deve ter a mais extensa e vasta possibilidade de provar e ratificar o seu estado de inocência, em juízo, valendo-se de todos os recursos lícitos para tanto. (NUCCI, p. 63, 2014).

Em conjunto com o devido processo legal e a ampla defesa, tem-se o princípio do contraditório, que permite tanto as alegações trazidas aos autos pela parte contrária, bem como todo o teor probatório realizado no cenário processual, tem-se a outra parte a garantia de

contestar e manifestar acerca do que fora produzido, a fim de permitir equilíbrio nas partes da relação processual. Na esfera processual penal consiste em balancear a pretensão punitiva estatal e a manutenção do estado de presunção de inocência. Cabe ressaltar, que o princípio do contraditório é utilizado por ambas às partes, tanto defesa como acusação.

Assim, esclarece o doutrinador criminalista Aury Lopes Jr., no livro Direito Processual Penal:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinando e ritualizando, entre as partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. (LOPES JÚNIOR, p. 220/221, 2014)

No seara processualista penal incide o princípio constitucional do juiz natural no trâmite da ação da penal deve ser assegurado as partes o julgamento da causa por um magistrado competente estabelecido pelas normas legais ou constitucionais, conforme disposto no art. 5º, inciso LIII, da CRFB/88 “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.Ademais, o princípio do juiz natural assegura também a imparcialidade do mesmo em face às partes da relação processual. (BRASIL, *online*, 2018a)

Como é cediço, os atos processuais devem ser desempenhados de forma pública, a fim de permitir o acompanhamento por quem tenha o devido interesse, sem

haver segredos e sigilo processual, consistindo no princípio da publicidade. Dessa forma, é possível o controle eficaz das decisões realizados pelo Poder Judiciário. Como se trata de um princípio constitucionalmente consagrado, a própria Constituição Federal determina suas exceções, qual seja: quando houver interesse social ou intimidade, restringindo o acesso apenas as partes envolvidas.

Outrossim, esclarece o doutrinador Paulo Rangel, no livro Direito Processual Penal:

Destarte, há que se ter uma visão sistemática do princípio da publicidade dos atos processuais em consonância com os princípios do devido processo legal e da verdade processual, pois não há como se respeitar os procedimentos delineados em lei sem garantir ao acusado a publicidade dos atos praticados no curso do processo a que responde (...) nem descobrir a verdade dos fatos praticados sem dar ao público a oportunidade de levar informações ao conhecimento do juiz e verificar se há imparcialidade devida no julgamento. (RANGEL, p. 14, 2010)

A Constituição da República Federativa do Brasil, também estabelece o princípio da vedação de provas ilícitas, conforme disposto em seu art. 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, sendo direito e garantia fundamental, a inadmissibilidade, no processo, as provas oriundas ilicitamente. Como é sabido, o acesso amplo a produção de provas, também é um direito assegurado constitucionalmente em harmonia com os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. (BRASIL, *online*, 2018a)

Entretanto, a liberdade da prova possui limites, eis que a obtenção de provas ilícitas viola as normas legais e constitucionais em vigor, do contrário seria um descaso com o próprio Estado Democrático de Direito. Com efeito, a prova oriunda de forma ilícita trata-se de prova vedada, devendo ser extraída dos autos do processo, bem como ser decretada sua nulidade. Em suma, a “obtenção de provas sem observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal”(MENDES e GONET, p. 546, 2014).

Por fim, há também como garantia e princípio constitucional no âmbito do processo penal: a economia processual e a duração razoável do processo. De fato, é dever do Estado, na esfera do poder Judiciário e do poder Executivo, a otimização de todos os atos processuais, para que seja dada solução imediata ao crime, de forma célere com observância a todos os direitos e garantias ao Acusado. Assim, “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, nos termos do art. 5º, inciso, LXXVII. (BRASIL, *online*, 2018a)

Em complemento, explica o professor Aury Lopes Jr.:

No que se refere ao Direito Penal, o tempo é fundante de sua estrutura, na medida em que tanto cria como mata o direito (prescrição), podendo sintetizar-se essa relação na constatação de que *a pena é tempo* e *o tempo é a pena* (...). O processo não escapa do tempo, pois ele está arraigado na sua própria concepção, enquanto concatenação de atos que se desenvolvem, duram e são realizados numa determinada temporalidade. O

tempo é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também na gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela (de)mora jurisdicional injustificada. (LOPES JÚNIOR, p. 180, 2014)

Assim visto, os princípios que norteiam o Processo Penal brasileiro, assegurados tanto pela Constituição Federal, tratados e convenções, quanto pelo próprio Código de Processo Penal, destaca-se entre eles o princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, os quais serão abordados no presente trabalho por estarem ligados ao tema proposto.

3 PRISÕES CAUTELARES NO CONTEXTO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

A prisão consiste no cerceamento da liberdade de locomoção, ou seja, o encarceramento do direito de ir e vir. Pode ser oriunda de decisão condenatória transitada em julgado, denominada como prisão definitiva ou prisão penal, ou até mesmo no transcorrer da persecução penal, conceituado como prisão cautelar, ou mesmo prisão processual.

Nesse sentido, discorre o art. 238 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº

12.403, de 2011).(BRASIL, *online*, 2018b)

Ainda acerca do conceito de prisão o doutrinador criminalista Guilherme de Souza Nucci em seu Manual de Processo Penal e Execução Penal:

A privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regime de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, *enquanto* necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.(NUCCI, p. 519, 2014)

De fato, a regra geral é que a decretação da prisão ao indivíduo com o proferimento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CRFB/88, que dispõe “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo as demais modalidades de acautelamento, medidas excepcionais. (BRASIL, *online*, 2018a)

3.1 Noções e características da prisão definitiva e cautelar

A denominada prisão definitiva, prisão penal ou ainda prisão-pena, uma vez que é regulada pelo Código Penal, se trata da prisão realizada após de transitada em julgado a sentença penal condenatória, ou aquela resultante

de sentença final que não cabe mais recurso, com o seu respectivo sistema de cumprimento. Trata-se da verdadeira prisão satisfativa, em virtude da resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho a prisão penal definitiva: “é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada” (FILHO, p. 543, 2014)

Vale ressaltar que a decretação do cárcere advindo da sentença condenatória transitada em julgado é decretada por meio de um processo criminal, sendo acima de tudo respeitados os princípios constitucionais consagrados.

Nesse aspecto, o magistrado competente, ao proferir a condenação do réu deve fundamentar sua decisão, conforme estabelecido pela CRFB/88 em seu art. 93, inciso IX:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, *online*, 2018a)

Assim, não é permitida a consideração de meros indícios e sim provas devidamente produzidas de forma legal e robusta. Quando cessa toda a possibilidade de modificação da sentença proferida pelo judiciário, com todos os meios recursais ultrapassados, cabe ao Estado o cumprimento de seu papel perante a coletividade com a imposição da execução da pena de prisão imposta.

De fato, a prisão definitiva decretada com a devida persecução criminal à luz dos princípios processuais penais e constitucionais, irá possuir como características principais a: a repressão, reprovação, sanção, prevenção e reeducação.

No ordenamento jurídico brasileiro permite a possibilidade do acautelamento ao cárcere, mesmo antes do marco final da persecução penal. Tal situação deve-se a necessidade, devidamente motivada e fundamentada, por hipóteses taxativamente expressas em lei, traduzidas no risco demonstrada de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Nesse aspecto, tem-se o conceito de prisão cautelar ou até mesmo prisão processual, eis que está regulada pelo Código de Processo Penal, consistente na prisão sem pena, limitando-se tão somente ao âmbito da excepcionalidade, tendo em vista que a regra geral é a aplicação da prisão definitiva, em consonância com o princípio da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, LVII da CRFB/88. (BRASIL, *online*, 2018a)

À vista disso, Aury Lopes Jr., esclarece que:

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo, e como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo (...). No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência de do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumuscommisidelicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou mais especificamente, na sistemática do CPP, a

prova de existência do crime e de indícios suficientes de autoria.(LOPES JÚNIOR, p. 804/805, 2014)

Dessa forma, é permitido extrair que a prisão oriunda no decorrer do processo penal assegura tanto o processo de conhecimento como também, posteriormente, o processo de execução penal. Entretanto, é imprescindível ressaltar que o cárcere cautelar não pode ser vista como o reconhecimento antecipado de culpa, uma vez que sua decretação é oriunda da periculosidade e não da culpabilidade, por consubstanciar numa medida que busca assegurar a eficácia do provimento jurisdicional a ser decretado, ou seja, garantir o andamento da persecução penal e/ou efetividade da condenação penal.

3.2 Modalidades de Prisão Cautelar

No ordenamento jurídico pátrio tem-se a seguintes modalidades de prisões cautelares, quais sejam: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão administrativa. Assim, a abordagem das três primeiras modalidades de medidas cautelares citadas, bem como a aplicação das medidas alternativas diversas da prisão são essenciais para o entendimento do objeto principal do tema deste presente trabalho.

3.2.1. Prisão em flagrante

A prisão em flagrante, como já mencionado, é considerada como medida cautelar, prevista nos arts. 301 e seguintes do Código de Processo Penal. É realizada no momento exato ou pouco tempo depois do cometimento do delito, sendo em sua forma tentada ou consumada. (BRASIL, *online*, 2018b)

Assim, a prisão em flagrante é a que advém do momento e do local do crime, por ser uma medida

restritiva de liberdade, de natureza cautelar e eminentemente administrativa, que não exige ordem expressa do poder Judiciário, uma vez que o fato ocorre de forma inesperada. Nesse aspecto dispõe o art. 5º, inciso LXI da CRFB/88: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (BRASIL, *online*, 2018a)

Em complemento é o que está expresso no art. 301 do CPP “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Dessa forma, essa modalidade de prisão é considerada uma forma de autopreservação, segurança e defesa da sociedade, diante da possibilidade de realização por qualquer cidadão. Além disso, é possível que se impeça a ocorrência do delito com prisão do agente, em face da convicção em relação à autoria e materialidade vista por quem presenciou a ação delituosa. (BRASIL, *online*, 2018b)

O ordenamento jurídico brasileiro não se restringiu apenas à acepção literal do conceito da palavra “flagrante”. O legislador ampliou aquilo que se entende por flagrante delito, a qual fora repartida em espécies taxativas de flagrante. Neste prisma, a prisão em flagrante está amparada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicadas de forma taxativa no art. 302 do CPP, devido sua forma considerada até mesmo pré-cautelar, diante de sua natureza pessoal e pela possibilidade, como já mencionado, de ser adotada por particulares ou pela Autoridade Policial, sendo justificada tão somente por sua brevidade de sua adoção após a execução criminosa. (BRASIL, *online*, 2018b)

Corroborando com o exposto, o professor Aury Lopes Jr. dispõe que:

Essa certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo para tanto, deter o autor. E por que é dada essa permissão? Exatamente porque existe a visibilidade do delito, o *fumus commissi delicti* é patente e inequívoco e, principalmente, porque essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial em 24h. Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. (LOPES JÚNIOR, p. 822/823, 2014)

Nesse aspecto, o art. 302, do CPP dispõe as hipóteses de prisão em flagrante:

Considera-se em flagrante delito quem:

- I – está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, online, 2018b)

Como é cediço, prisão em flagrante comporta quatro passos distintos para que seja realizada de forma legítima e legal. A primeira é a captura do infrator, no momento da ação delituosa ou logo após a sua realização, a segunda, a condução coercitiva do mesmo a presença da Autoridade Policial ou até mesmo Judicial, a terceira é a

lavratura do auto de prisão em flagrante delito (APFD) e, por fim, a quarta é o recolhimento ao cárcere.

3.2.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão processual de natureza cautelar que possui uma abrangência mais ampla. Trata-se de um instrumento eficiente de cárcere do agente infrator durante qualquer fase da investigação policial ou no trâmite da ação penal até o trânsito em julgado da sentença.

É admitida a decretação da prisão preventiva, desde que fundamentada pela autoridade judicial competente e estejam presentes todos os elementos indispensáveis para a real necessidade do cárcere. Assim, por se tratar de medida acautelatória deve ser sustentada diante da presença de lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração penal, a sua autoria e o motivo legal apto a fundamentar a necessidade do encarceramento.

Vale inicialmente ressaltar, que o ordenamento jurídico pátrio estabelece que a prisão preventiva é medida de exceção, a qual deve ser interpretada de forma exclusivamente restritiva no intuito de haver consonância com o princípio da presunção de inocência, elencada no art. 5º, inciso LVII da CRFB/88. (BRASIL, online, 2018a)

Ademais, inexistente prazo estabelecido em lei para duração da manutenção da prisão preventiva. A regra é que perdure até quando seja necessário para a instrução criminal, não podendo ultrapassar eventual decisão absolutória ou o trânsito em julgado da sentença condenatória, eis que a partir deste ponto tem-se a prisão-pena. Assim, deve ser seguido o princípio da razoabilidade em relação ao lapso temporal da prisão preventiva, devendo terminar, com a instrução dos prazos dos atos processuais fixados em lei, de acordo com a doutrina penal constitucionalista.

Os artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal tratam-se da aplicação da prisão preventiva. Para a decretação desta modalidade acautelatória é imprescindível a demonstração dos seguintes pressupostos: produto de existência de crime, ou seja, a materialidade delitiva, bem como indícios suficientes de autoria ou a participação na ação delituosa. (BRASIL, *online*, 2018b)

Neste sentido, o professor Guilherme de Souza Nucci esclarece o sentido de tais pressupostos da prisão preventiva:

A prova de existência de crime é a certeza de ocorreu uma infração penal, não podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico. Essa prova, no entanto, não precisa ser feita, mormente na fase probatória, de modo definitivo e fundada em laudos periciais (...). O indício suficiente de autoria é a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena de culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, como regra, muito antes do julgamento de mérito. (NUCCI, p. 552/553, 2014)

Com o preenchimento dos pressupostos necessários à decretação da prisão preventiva, além da justa causa, é necessária a apresentação do fator de risco apto a justificar a razão eficaz da medida. Deve-se, assim, amoldar nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP, quais sejam: a) garantia da ordem pública, b) conveniência da instrução criminal, c) garantia da aplicação da lei penal e d) garantia da ordem econômica. (BRASIL, *online*, 2018b)

De fato, a prisão decretada preventivamente, deve estar amparada na extrema necessidade e pautada de forma restritiva ao estabelecido em lei, uma vez que de forma

prévia estabeleceu os fatores de representam perigo da liberdade do infrator, sendo justificável a possibilidade de seu encarceramento.

Vale ainda mencionar as modalidades de infrações que comportam a decretação da prisão preventiva estabelecida no art. 313 do Código de Processo Penal:

Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, *online*, 2018b)

Com efeito, o encarceramento cautelar, como medida excepcional, é restritiva ao cabimento da prisão preventiva, uma vez que também obedece os critérios estabelecidos pelo legislador quanto a possibilidade de

aplicação em determinadas condições e infrações elencadas pelo mencionado artigo.

O magistrado através de decisão fundamentada poderá decretar a prisão preventiva de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, em casos de ação penal privada, ou ainda, por representação da Autoridade Policial, nos termos do art. 311 do CPP. (BRASIL, *online*, 2018b)

Dessa forma, o acautelamento preventivo tem cabimento durante toda persecução penal, desde que atendidos os requisitos legais. Portanto, o juiz está obrigado a indicar na decisão em prol da prisão preventiva, os fatos que submetem-se às hipóteses de autorização da medida, sendo que decisões vagas ou apenas reprodução do texto legal, atende o disposto na lei processual penal, bem como à exigência constitucional de decisões fundamentadas, levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão.

Por fim, a prisão preventiva, como medida cautelar, deve-se embasar na presença ou ausência dos elementos que autorizam a decretação. Nesse aspecto, caso haja alteração no contexto fático da persecução penal, revelando-se que a medida não é mais necessária, a revogação é obrigatória. Contudo, uma vez presente novamente os requisitos legais, nada impede que o magistrado competente decrete novamente a prisão preventiva, nos termos do art. 316 do CPP “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifique”.(BRASIL, *online*, 2018b)

3.2.3 Prisão temporária

A denominada prisão temporária, também possui natureza cautelar, com lapso temporal definido por lei,

sendo cabível na fase pré-processual, ou seja, ainda no decurso do inquérito policial, assegurando determinada diligência necessária a apuração da infração penal.

Com efeito, a prisão temporária não é disciplinada pelo Código de Processo Penal, e sim possui uma lei específica a Lei 7.960/1989 que estabelece todo o seu regulamento.

De fato, está adstrita ao decreto apenas pelo Poder Judiciário, sendo que em consonância com art. 2º da mencionada lei, somente pode ser decretada pela autoridade judicial, mediante requerimento da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Nesse aspecto, cabe ressaltar que a prisão temporária não pode ser decretada pelo juiz de ofício, apenas com a devida provocação pelos legitimados em lei. (BRASIL, *online*, 2018c)

Em relação ao cabimento da prisão temporária, é essencial a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para que a medida seja decretada. Assim, de acordo com a Lei 7.960/89 a mencionada forma de acautelamento é cabível quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Ademais, é possível também na ocorrência de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, genocídio, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros. (BRASIL, *online*, 2018c)

A própria denominação indica que a prisão temporária detém prazo pré-estabelecido por lei quanto à sua duração. A regra geral é de cinco dias, podendo ser prorrogáveis por igual período, caso haja comprovação de

extrema necessidade. Entretanto, em se tratando de crimes hediondos, o prazo da prisão temporária será de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias caso de comprovada e extrema necessidade. Em ambos os casos, não é cabível a prorrogação de ofício, devendo o magistrado ouvir o Ministério Público, quando o pedido for pela autoridade policial.

Assim, corrobora o entendimento do professor Aury Lopes Jr.:

É a única prisão cautelar cujo prazo máximo de duração está previsto em lei. Mais importante, trata-se de prazo com sanção, ou seja, findo o limite do tempo fixado na lei, o imputado deve ser imediatamente posto em liberdade (art. 2º, §2º, da Lei n. 7.960), sob pena de configurar-se o delito de abuso de autoridade (art. 4º, I da Lei n. 4.898) (...). Será decretada pelo juiz (garantia da jurisdicionalidade), mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Não poderá ser decretada de ofício pelo juiz. Deverá sempre ser fundamentada a decisão, como determina o art. 93, IX da Constituição e o art. 2º, §2º, da Lei 7.960, demonstrando a necessidade da prisão temporária e a presença do requisito e fundamentos que a legitimam. (LOPES JÚNIOR, p. 902, 2014)

Isto posto, vale frisar que o preso temporário deve permanecer, de forma obrigatória, separado dos demais detentos, ou seja, dos presos definitivos.

3.2.4 Medidas alternativas diversa da prisão

As medidas alternativas diversas da prisão foram inseridas no âmbito processual com o advento da Lei

12.403/2011. O ordenamento jurídico brasileiro passou a prever a possibilidade de o magistrado aplicar medidas cautelares, restritivas de liberdade, porém diversa da prisão nos termos dos arts. 319 e 320 do CPP. Para aplicação deste instituto também é necessário a presença do *fumuscomissi delicti e periculum libertatis*, não podendo sem tais requisitos, serem impostas ao infrator. (BRASIL, *online*, 2018b)

Com efeito, a medida alternativa deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, entretanto, em face da razoabilidade e proporcionalidade, houver a possibilidade de restrição menos gravosa para que sirva repelir a ação delituosa.

Para o professor Guilherme de Souza Nucci entende que:

As novas medidas em matéria processual já são conhecidas em outros institutos, seja como condição para o cumprimento da pena em regime aberto, gozo de suspensão condicional do processo ou livramento condicional, seja como pena alternativa ao cárcere. De toda forma, pretende-se aplicar, agora, as mesmas medidas restritivas à liberdade como forma de contornar a decretação da prisão preventiva. (NUCCI, p. 564, 2014)

Essa modalidade cautelar terá cabimento nos crimes cuja pena máxima não ultrapasse 04 anos. Assim, as medidas cautelares diversas da prisão se tratam de medida substitutiva, deixando a prisão preventiva o último mecanismo a ser utilizado.

As medidas cautelares diversas da prisão ser aplicadas, a qualquer tempo, tanto no decurso do inquérito policial ou do processo, desde que preenchidos seus pressupostos e quando fizer necessário a medida de controle. Ademais, ainda, ser juntamente com a

concessão da liberdade provisória, como medida assecuratória. (BRASIL, *online*, 2018b)

Em relação ao prazo máximo de duração das medidas cautelares impostas, cabendo o juiz a observância dos princípios gerais, quais sejam: a jurisdicionalidade e motivação, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade

As modalidades de medidas alternativas diversas da prisão estão elencadas no art. 319 do CPP, que dispõe:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com

violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica. (BRASIL, *online*, 2018b)

Ademais, cabe ao magistrado competente, a individualização da aplicação da medida cautelar ao infrator, eis que em consonância com o princípio constitucional da individualização da pena, que repele a repetição e padronização da sanção penal. Dessa forma, qualquer que seja a medida cautelar imposta, deve ser decretada em harmonia com o caso concreto, considerando a personalidade do agente, a autoria, materialidade e gravidade da ação delituosa.

Antes da decretação da medida cautelar, deve o juiz ouvir o réu ou indiciado, ou seja, a parte contrária, em face dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Caso haja descumprimento injustificável das medidas impostas, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, fazer uma substituição da medida cautelar aplicada ou outra, ou seja, impor mais uma de forma cumulativa, ou desde que preenchidos os requisitos e em último caso, decretar a prisão preventiva, devendo ser considerada como última opção. (BRASIL, *online*, 2018b)

Por fim, a qualquer tempo, o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem, conforme prevê o art. 282, §5º do CPP. (BRASIL, *online*, 2018b)

4 ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Realizado o estudo acerca dos princípios processuais penais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, tendo estabelecido conceitos a respeito de seu conteúdo, bem como sobre o instituto da prisão no nosso ordenamento jurídico pátrio, esclarece-se, que a abordagem ora realizada não buscou pormenorizar a função desses princípios, mas sim delinear as premissas necessárias ao fim pretendido nesta pesquisa: se a execução antecipada da pena, sem o trânsito em julgado da decisão condenatória é inconstitucional ou não, uma vez que fere o princípio constitucional da presunção da inocência.

Nesse sentido, se faz necessário reservar este ponto da pesquisa para o ponto central deste trabalho em relação a princípios constitucionais, a análise específica do Princípio da Presunção de Inocência, definindo seus contornos teóricos, origem, aplicação no ordenamento jurídico e seu status de guardião da liberdade individual frente ao poder estatal.

4.1 O Princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da presunção de inocência nasce do conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do indivíduo, como limite às restrições de liberdade do acusado antes do trânsito em julgado, evitando a antecipação da pena, uma vez que antes da sentença judicial transitada em julgado à condição do indivíduo é de inocência.

Esse direito de o indivíduo ser declarado inocente enquanto ainda pese dúvidas sobre sua culpa foi

reconhecido no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, no artigo 9º:

Artigo 9º: Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS A DO HOMEM E DO CIDADÃO, *online*⁶, 2018).

Assim, a declaração dos direitos do homem e do cidadão trouxe além da previsão da presunção de inocência, que o acusado só seria privado de sua liberdade em casos necessários, acabando assim com as prisões não fundamentadas e arbitrárias.

No ano de 1969, a Convenção Americana Sobre Direitos humanos - CADH, também conhecida, como Pacto de San José da Costa Rica, com semelhante redação, em seu artigo 8º, §2º, convencionou que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. (PACTO SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, *online*⁷, 2018).

Vale ressaltar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos citados acima foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, e embora seja a discussão em torno de seu status normativo, segundo a tese sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343 – SP), reiterado no HC 90.172-SP, 2ª Turma, em votação

⁶ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em 27/09/2018.

⁷ PACTO SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 26/09/2018.

unânime e ratificada no julgamento histórico em 03 de Dezembro de 2008, eles possuem valor supra legal.

Porém, no ordenamento pátrio, referido princípio antes da promulgação da Constituição de 1988, era encontrado apenas de forma implícita decorrendo do devido processo legal e de princípios como o da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa.

Sua positivação na legislação brasileira veio com a Constituição de 1988, no título destinado aos direitos e garantias fundamentais, que passou a prever expressamente em seu artigo 5º, inciso LVII. (BRASIL, *online*, 2018a).

Doutrinadores divergem quanto à nomenclatura do referido princípio, sendo que para alguns o texto constitucional não previu a presunção de inocência, mas sim a presunção de não culpabilidade. Os que discordam do termo presunção preferindo a expressão mais restrita não-culpabilidade, sustentam que “se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente”. (RANGEL, p. 24, 2003).

Porém, presumir inocente ou não considerar culpado são maneiras equivalentes para se assegurar referido princípio durante o curso do processo, até que seja declarado culpado por sentença definitiva de condenação transitada em julgado, o que inclui aguardar a decisão de recursos aos tribunais superiores. O ônus da prova de culpabilidade é de quem acusa, e em caso de dúvida, decide-se em favor do réu. Nesse sentido, transcreve-se a lição de Lenza:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou a parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o

faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente. (LENZA, p. 1123, 2014).

Portanto, o Princípio da Presunção de Inocência como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente. Deve-se admitir que existe imperiosa necessidade de efetivar as penas impostas no âmbito de um processo judicial justo. No entanto para alcançar este objetivo, não se pode admitir que desrespeitem cláusula pétrea e justamente pelo Tribunal que deveria ser seu guardião, o qual causou um retrocesso de interpretação.

4.2 Presunção de Inocência no Direito Comparado

O Direito comparado consiste na abordagem referente à análise de legislações vigentes de outros países, no intuito de compara-las. Não se trata de mera citação do direito estrangeiro, é necessário realizar a comparação com o ordenamento jurídico pátrio.

Neste viés, o ponto de partida para o estudo comparativo é o Princípio da Presunção de Inocência prevista em nosso Texto Maior no inciso LVII, no art. 5º, da CRFB/88, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, CRFB/88, *online*, 2018). Com efeito, a respeito do tema a legislação transnacional, ou seja, oriunda de tratados internacionais, está em aberto e não possui um posicionamento concreto sobre a possibilidade da prisão do agente em segunda instância, antes do trânsito em julgado da última decisão definitiva, sem a possibilidade de propositura de nenhum outro recurso, conforme se verifica na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais,

no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a qual o Brasil é signatário. Igualmente também ocorre a incidência do princípio em questão no Pacto de São José da Costa, em seu art. 8, item II.

De fato, conforme demonstrado no que tange ao direito transnacional deixa em aberto a questão da possibilidade de prisão, antes do trânsito em julgado da última decisão que não caiba mais recurso, é verificado apenas a incidência da aplicação do princípio em questão em tais tratados internacionais.

No que se refere aos sistemas legislativos de outros países, em especial na Constituição do Estado, vários reconhecem o princípio da Presunção da Inocência em seu ordenamento jurídico. Contudo, é possível verificar a variação no limite temporal do referido princípio, variando de uma nação à outra.

Assim, passa-se à análise do princípio da presunção de inocência em outras constituições de Estados Estrangeiros.

A Constituição da República de Portugal de 1976 preceitua em seu item 2º, do artigo 32º, que:

Artigo 32.º
Garantias de processo criminal
(...)
2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. (GRAFIA ORIGINAL)
(PORTUGAL, *online*, 2018).

É facilmente possível extrair que o dispositivo português que juntamente com o princípio da presunção de inocência tem-se seguido pelo princípio da Celeridade, eis que o agente deverá ser julgado no menor lapso temporal possível de acordo com as garantias de defesa que possuir.

Fato que difere da Constituição Brasileira que preceitua o princípio da celeridade em outro inciso do seu art. 5º e não em conjunto com o princípio do estado de inocência.

Já a constituição italiana no meio do seu art. 27, preceitua que o imputado não é considerado réu até condenação definitiva – traduzido para o português – (ITÁLIA, *online*⁸, 2018). Apesar de ser um pouco semelhante ao disposto no inciso LVII, art. 5º, da CRFB/88, o constituinte italiano emprega a expressão “condenação definitiva”, sendo que o Texto Maior do Brasil utiliza “sentença transitada em julgado”. Assim, é possível verificar a proximidade entre tais países ao dispor sobre o princípio da presunção de inocência em suas constituições.

Na França não há previsão constitucional expressa da necessidade da sentença definitiva para ser o agente considerado culpado. Tal circunstância pode ser verificada na conhecida Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que assevera:

Tendo em vista que todo homem é presumido inocente até que declarado culpado, caso seja julgado indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à detenção da sua pessoa deverá ser restringido severamente pela lei. (TRADUÇÃO PARA O PORTUGUÊS)
(FRANÇA, *online*¹, 2018).

Com efeito, apesar de não estar disposto na Magna Carta francesa, o Código de Processo Penal Francês (*Code de Procédure pénale*) preceitua de forma expressa a

⁸ CONSTITUIÇÃO DA ITÁLIA. Disponível em <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 27/03/2018.

necessidade do trânsito em julgado para reconhecer a culpa do agente, considerando inocente até o julgamento definitivo condenatório.

Também não há previsão expressa da necessidade do trânsito em julgado para reconhecer o agente como culpado na constituição espanhola, conforme disposto em seu no art. 24, item 2:

Da mesma forma, todo mundo tem direito ao juiz comum predeterminedada por lei, para defesa e para assistência jurídica, para ser informado da acusação formulado contra eles. Para um processo público sem atrasos indevidos e com todas as garantias, para usar os meios de prova relevantes para a sua defesa. Não testemunhar contra si mesmos, não confessar culpa e a presunção de inocência. (TRADUÇÃO PARA O PORTUGUÊS) (ESPAÑHA, *online*, 2018).

Dessa fora, tem-se que o constituinte espanhol expressou de forma objetiva a presunção de inocência, sem especificar a necessidade da sentença condenatória penal definitiva, diferenciando da previsão constitucional brasileira.

Como se verifica, há inúmeras formas de interpretar o Princípio da Presunção da Inocência nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e na legislação transnacional.

Por fim, é válido frisar, que o princípio da Presunção da Inocência foi elevado como preceito constitucional no Brasil apenas na Constituição Federal de 1988, devido ao fato de pactuar com à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Ocorre que ao estabelecer o princípio em questão no Texto Maior surgem divergências doutrinárias relativas às prisões cautelares, eis que estas são realizadas antes da condenação penal

definitiva, e ainda, acerca das prisões realizadas em segunda instância.

4.3 Análise do Habeas Corpus 126.292

Em fevereiro de 2016, chegou ao Supremo Tribunal Federal a análise do tão polêmico e discutido Habeas Corpus (HC) 126.292 a qual se originava de um processo que condenou ao réu envolvido a uma pena de 05 (cinco) e 04 (meses) de reclusão, a ser cumprido inicialmente no regime fechado, pela prática do crime previsto no art. art. 157, §2º, inciso I e II do Código Penal (roubo qualificado), sendo concedido o direito de recorrer da decisão proferida em primeiro grau em liberdade.

Neste viés, a decisão proferida foi objeto de recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo pela defesa do réu, sendo o pedido do recorrente negado com a respectiva expedição do mandado de prisão em face do mesmo. Razão pela qual se deu o ingresso do mencionado HC perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o como relator o Ministro Teori Zavascki.

A Nobre Corte, por maioria dos votos (7 a 4), decidiu pela mudança da jurisprudência já consolidada, para permitir a execução da pena ao réu condenado também em segunda instância, ou seja, possibilita a execução da pena em segundo grau, mesmo diante de recurso pendentes de julgamento, sendo incapaz de afrontar o princípio da presunção de inocência. Vejamos:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a consequente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário,

17.02.2016. (BRASIL, STF, HABEAS CORPUS 126.292, p.103, *online*, 2016).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF, Plenário, HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO, Relator: MIN. Teori Zavascki, Data do Julgamento 17/02/2016) (BRASIL, STF, p.01, *online*, 2016).

Assim, caso a sentença condenatória seja confirmada em segunda instância será possível a imediata execução da pena provisória, sem o trânsito em julgado do último recurso a ser proposto. Além disso, tal entendimento fora confirmado no julgamento das Ações de Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, pelo STF.

Como já mencionado, o referido entendimento se deu por maioria na proporção de sete votos a quatro, iniciado pelo parecer Ministro Relator Teori Zavascki, a qual entendeu que a pena poderia ser executada, após a confirmação da condenação em segunda instância, eis que não mais possibilidades para análise dos fatos e provas juntadas aos autos da ação penal em Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Nesse sentido, ressalta que:

Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. (BRASIL, STF, HABEAS CORPUS 126.292, p.16, *online*, 2016).

Em sequência e favorável ao entendimento do referido ministro relator, ficaram os votos dos ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes. Em contrapartida, foram os votos dos ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski.

A discussão e a polêmica sobre denegação da referida ordem de Habeas Corpus, é em virtude dos argumentos trazidos pelos votos da maioria dos ministros do STF ao determinar que a execução provisória em condenação analisada em grau de apelação, apesar de ainda estar submetida à análise recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio da presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88. De fato, é mudança significativa no ordenamento jurídico pátrio, eis que relativizou o Princípio da Inocência consagrado em nosso Texto Maior.

Outros argumentos que foram utilizados pela Suprema Cortem para permitir a execução da pena antes

do trânsito em julgado definitivo seriam: o anseio popular em virtude sensação de impunidade, abuso do direito de defesa, utilização do direito comparado e o grande lapso temporal entre a condenação e a execução.

Nesta acepção, é o que discorre em seu voto o Ministro Edson Fachin:

Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo. Não me refiro apenas ao princípio da duração razoável do processo, hoje direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF, que certamente vai de encontro a uma interpretação que sugira ter o princípio da presunção de inocência o alcance de exigir manifestação definitiva dos Tribunais Superiores, deles fazendo as vezes de terceira ou quarta instâncias, para que a sanção criminal assentada nas instâncias ordinárias possa ter eficácia. (BRASIL, STF, HABEAS CORPUS 126.292, p.22, *online*, 2016).

E ainda, o Ministro Gilmar Mendes, assevera que:

Em nosso caso, ao contrário, sabemos que é possível, depois da decisão de apelação, portanto, na esfera ainda da jurisdição ordinária, termos o recurso especial, o recurso extraordinário, esses sucessivos recursos, já com objetivo, embargos de declaração, destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões. (...)

Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários (BRASIL, STF, HABEAS CORPUS 126.292, p.64 e 68, *online*, 2016).

Com efeito, a tese principal que orientou a mudança no entendimento da Suprema Corte sobre a possibilidade da execução da pena de prisão a partir da confirmação da condenação em segunda instância é a respeito à natureza dos recursos especiais e extraordinários, vez que não fazem análise de fato e de provas, na certeza que o juízo de culpabilidade se encerra nas instâncias ordinárias.

Acrescenta ainda, o Ministro Luiz Fux sobre a possibilidade de execução da pena a partir da confirmação da condenação em segunda instância sem violar o princípio da presunção de inocência:

A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra manter de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade

em relação ao que seja uma presunção de inocência(...)

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. (BRASIL, STF, HABEAS CORPUS 126.292, p. 58 e 60, *online*, 2016).

A Ministra Carmem Lúcia assevera::

Considerarei que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. (BRASIL, STF, HABEAS CORPUS 126.292, p. 61, *online*, 2016).

É de suma importância ressaltar, *data venia*, que o retrocesso deste entendimento, além de ir contra o disposto na Constituição Federal, na norma contida em seu LVII, do artigo 5º, eis que desconstrói e relativiza o Princípio da Presunção de Inocência, sendo que tal princípio tem

claramente como requisito essencial o trânsito em julgado da decisão penal definitiva para sua configuração, ao passo que sua inobservância é motivo de afronta aos seus preceitos. Também não se considerou o disposto no art. 238 do Código de Processo Penal, modificado em 2011, que estabelece: “Ninguém poderá ser preso senão (...), em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado (...)”. (BRASIL, CPP, 2018). Isto é, estabelece o trânsito em julgado como condição para o cumprimento da pena de prisão.

A violação principal do princípio em questão devido sua relativização como o entendimento do STF, é decorrente a exclusão da garantia que o réu possui de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da decisão penal definitiva, ou seja, trata-se de uma forma de suprir um dos direitos direcionado ao acusado.

Nesse diapasão, o Ministro Celso de Mello, apesar de ser voto minoritário, inicia seu pronunciamento, de forma impactante e coerente: “A presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder” (BRASIL, STF, HABEAS CORPUS 126.292, p.80, *online*, 2016).

Por fim, os votos e pareceres proferidos no Habeas Corpus (HC) 126.292 de São Paulo pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal apontam questões altamente relevantes para toda a sociedade brasileira, fatos que necessitam ser discutidos e revistos para o combate efetivo da criminalidade nacional, de forma a efetivar as garantias processuais penais, melhorar o sistema carcerário e dar suporte aos tribunais para conseguir analisar com justiça as demandas existentes. Contudo, relativizar o Princípio da Presunção de Inocência, de forma a desprezar tal garantia constitucional, não é a solução para os problemas elencados e visto no país.

4.4 Inconstitucionalidade da prisão em segunda instância

Devido à presunção de inocência a prisão penal definitiva ocorre somente após esgotadas todas as possibilidades na via recursal, eis que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, conforme já demonstrado ao longo deste trabalho, o trânsito em julgado como requisito final para a aplicação do referido princípio.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal em 2016, por maioria dos votos dos ministros, entendeu que era possível o início do cumprimento da execução da pena imposta ao condenado a partir da confirmação da condenação em segunda instância, mesmo sem esgotar as demais vias recursais possíveis ao caso concreto.

De fato, a relativização do princípio da inocência pelo a Suprema Corte adveio com o julgamento do HC 126.292, trazendo uma mudança significativa na jurisprudência brasileira sobre o assunto, eis que além de modificar entendimento já consolidado há anos, desconstrói o preceito estabelecido na Constituição Federal no que tange ao marco final da aplicação da referida presunção. Dessa forma, a concepção do STF, com o máximo respeito, se mostra inconstitucional, na medida em que qualquer direito e garantia estabelecido em nosso Texto Maior não é passível de flexibilização, salvo por alguma emenda à Constitucional ou por outra lei, não através de entendimentos de cunho totalmente subjetivo dos ministros da mencionada Corte Superior. Ademais, o polêmico entendimento não observou o disposto no art. 238 do CPP.

Nesse sentido, aclara o professor Pedro Lenza:

A decisão bastante polêmica, o STF, pelo mesmo placar de 7 x 4, estabeleceu que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de

apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, LVII da Constituição Federal” (HC 126.292, j. 17.02.2016, DJE de 17.05.2016). Constatamos que essa viragem jurisprudencial ocorreu sem a apreciação do novo teor do art. 283 do CPP, que estabelece que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (redação dada pela Lei n. 12.403/2011). (LENZA, p. 1324, 2017).

Com efeito, o devido processo legal se destina tanto ao aplicador da lei quando a atuação do Poder Legislativo, eis que este deve estabelecer a correta elaboração da lei processual. Quanto à atuação do Poder Judiciário este deve estar submetido às normas processuais, bem como a provocação das partes, o que permite evidenciar o devido processo legal como garantia constitucional. Fato não observado no julgamento do Habeas Corpus em questão que fora contrário ao estabelecido no Código de Processo Penal Brasileiro.

Vale destacar ainda que, sobre a condução ao cárcere do condenado antes do trânsito em julgado da sentença definitiva se mostra contrária também outros norteadores do processo penal, tais como: o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Acrescenta ainda, Fernando Capez:

Ao prescrever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito e julgado da sentença penal condenatória” e

que “ninguém será privado da liberdade... se o devido processo legal”, a Constituição Federal, art. LVII e LIV, respectivamente, confere ao Poder Judiciário, mediante atividade jurisdicional, exercida nos parâmetros do devido processo legal, a exclusividade da tarefa de infirmar, em decisão passada em julgado, a inocência do acusado, até o momento tida como dogma. Demonstra, portanto, clara opção por um processo penal centrado no respeito à liberdade individual e à dignidade do ser humano (...). Proíbe-se, nessa perspectiva, toda e qualquer forma de tratamento do sujeito passivo da persecução que possa importar, ainda que implicitamente, a sua equiparação de culpado. E não há dúvidas que a execução do conteúdo da execução antes do trânsito em julgado apresenta-se como uma das maneiras de se realizar esse paralelo. Esta prisão (...), possui natureza de pena privativa de liberdade, de sanção imposta a quem reconhecidamente praticou infração penal; em outras palavras, só pode ser, ou melhor, só poderia ser imposta, a pessoa que já perdeu a condição de inocente, mediante decisão condenatória de natureza penal transitada em julgado. (CAPEZ, p. 876 e 877, 2016).

De fato, na decisão final do Habeas Corpus 126.292, o STF desconsiderou os preceitos estipulados na Constituição de 1988 e na legislação extravagante, sendo que não possui nenhuma legitimidade apta para alterar ou modificar qualquer previsão do texto constitucional. Ao contrário, é a Suprema Corte ser a primeira guardiã do Nosso Texto Maior.

Como é sabido, qualquer entendimento oriundo da Suprema Corte possui reflexo em todo Poder Judiciário

nacional, apesar de que, o entendimento do HC em questão não possui efeito vinculante. Neste viés, a aplicação da possibilidade de execução da pena a partir da confirmação da condenação em segunda instância é admitida no ordenamento jurídico pátrio em virtude, tão somente, no julgado do STF relativo ao tema. Fato que demonstra violação ao preceito constitucional ao princípio da presunção de inocência, eis que despreza a situação peculiar de cada caso em concreto pelos magistrados criminais.

Por fim, o entendimento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal transcendeu aos limites previstos pelo próprio Texto Maior, ao relativizar e flexibilizar o princípio da presunção de inocência, por meio da possibilidade de executar a pena do condenado confirmado em segunda instância. Ao passo em que, ao permitir que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória, conclui-se antecipadamente que o réu é considerado culpado antes do término de todas as vias recursais, contrariando o teor princípio em questão e demonstrando totalmente inconstitucional a prisão oriunda da confirmação da condenação em segunda instância.

CONCLUSÃO

O processo penal em um estado democrático de direito deve prezar pela aplicação efetiva dos princípios traçados pela Constituição Federal de natureza garantista, assim como todas as regras processuais devem estar em acordo com a Constituição Federal de 1988. Considerando que o Pleno do STF ao denegar a liberdade do réu Márcio Dantas no HC 129.292/SP, não declarou a inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP, sendo assim irrefutável que a prisão de qualquer indivíduo no Brasil, ressalvadas as hipóteses

de flagrante delito, ou de prisão temporária ou preventiva, continua legalmente condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ocorre que, o plenário do Supremo tribunal Federal decidiu por maioria dos votos (6 x 5) em indeferir as liminares pleiteadas nas ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) 43 e 44, que buscavam reverter a decisão proferida pela corte no HC 126.292, partindo do entendimento de que o artigo 283 do Código de processo penal não condiciona o início da execução da pena de prisão antes trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mantendo assim o posicionamento conforme decidido no HC 126.292, uma vez que houve relativização como o entendimento pela Suprema Corte, devido a exclusão da garantia que o réu possui de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da decisão penal definitiva, ou seja, trata-se de uma forma de suprir um dos direitos direcionado ao acusado.

O princípio da presunção de inocência, tem grande importância na história do Direito Brasileiro, na medida em que se verifica seu valor para a liberdade individual e a sociedade civilizada.

A relativização dada pela Suprema Corte possui reflexo em todo em toda jurisdição brasileira, ao permitir a possibilidade de execução da pena a partir da confirmação da condenação em segunda instância sem o devido trânsito em julgado, sendo que ultrapassou os limites previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil, tratando-se de julgamento antecipado de culpabilidade antes do término de todas as vias recursais, bem como por contrariar a essência e o objetivo principal do Princípio da Presunção de Inocência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal: DECRETO-LEI Nº 3.689**. 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

BRASIL. **Lei da Prisão Temporária – Lei nº 7.960/89**: Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

_____. **Convenção Americana Sobre Direitos**

Humanos. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

ESPAÑA. **Constitución Española**, de 29 de diciembre de 1978. Disponível em:

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em 03 set. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo/SP: Saraiva – 2014

_____. NAÇÕES UNIDAS (UN). **Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 25 de abril de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 01 set. 2018.

_____. **PACTO INTERNACIONAL DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA**, 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_a_mericana.htm. Acesso em 12 out. 2018.

_____. **PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS**, 1966. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudhdireitos-civis.html>. Acesso em 12 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n. 126.292**. São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgamento em 17 fev. 2016. DJ de 17 mai. 2016. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43**. Medida Cautelar. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio.

Julgamento em 5 out. 2016. Pendente de publicação. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 01 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44**. Medida Cautelar. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 5 out. 2016. Pendente de publicação. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 01 set. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

*Arthur Henrique Ferreira Herculano*⁹

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar o tema da inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública. O tema foi escolhido devido a divergências jurídicas sobre a obrigatoriedade ou não da licitação neste caso. Com efeito, o presente estudo analisar a licitação como regra geral para contratar na Administração Pública, perpassando pelos princípios da licitação, onde posteriormente se fará o estudo das possibilidades legais para se contratar de forma direta serviços advocatícios. Ao final, será demonstrado que é possível proceder com a contratação de serviços advocatícios sem ferir nenhum preceito constitucional, mas desde que fiquem preenchidos os requisitos necessários. De tal modo, a diferença entre a dispensa e inexigibilidade de licitação é muito importante, pois, é através dessa diferenciação que poderá ser observado os requisitos necessários e a hipótese de contratação direta pelos serviços advocatícios. Ademais, o presente trabalho terá como escopo a observância da Lei nº. 8.666/93, sendo questionado, todavia, algumas regras e atributos, especialmente quando se refere ao tema abordado. Quanto à metodologia, será utilizado o desenvolvimento

⁹ Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

bibliográfico de consultas a livros, documentos jurídicos e os precedentes jurisprudenciais, além de códigos e doutrinas referentes ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação; Serviços advocatícios; Contratação direta; Inexigibilidade.

INTRODUÇÃO

Desde o ano de 1993 com a vigência da Lei de Licitação (Lei nº 8.666/1993), o qual veio para regulamentar o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, toda contratação de serviços e aquisição de produtos realizados pela administração pública direta ou indireta deve ser procedido via licitação.

Fato é que existem situações em que o processo licitatório fere os princípios da competitividade e impessoalidade, não sendo mais vantajoso para a administração pública.

É neste sentido que podemos destacar a importância desse trabalho no qual se verificará a possibilidade de se realizar a contratação direta de advogado pela administração pública.

A inexigibilidade é uma forma lógica e econômica da Administração Pública contratar algum serviço ou produto quando não há concorrência no mercado, evitando assim, utilizar da licitação. Em se tratando de notória especialização a concorrência deixa de existir pelo fato de um serviço ou produto é muito mais qualificado ou avançado que outro, fazendo com que a concorrência ainda exista, mas devido à qualidade do contratado impede uma disputa igual com os demais concorrentes ao ponto de realizar uma licitação.

O objetivo desse trabalho foi como definir a singularidade relevante do serviço na contratação direta de

advogados por notória especialização com fundamento nas disposições dos artigos 25, inciso II, § 1º, c/c com o artigo 13, ambos da Lei de Licitações. Diante do exposto, pode-se definir o problema a ser abordado neste trabalho como: É possível a contratação de serviços advocatícios via inexigibilidade de licitação?

2 A LICITAÇÃO COMO REGRA PARA CONTRATAÇÃO

Para que a Administração Pública proceda compras, contratação, serviços etc., necessariamente deverá realizar o procedimento da licitação, sendo esta uma forma que o legislador encontrou para que a escolha seja a mais justa possível, e ainda, de forma a proteger o erário público.

Essa regra do uso da licitação está estampada no artigo 2º da Lei de Licitação – Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*):

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Observe-se na parte final do artigo 2º, em apenas algumas hipóteses previstas expressamente em lei, poderá a Administração Pública deixar de realizar o procedimento licitatório, isso por causa da urgência do serviço, ou por falta de competitividade, ou ainda, em decorrência de alguma exclusividade do serviço a ser prestado.

De início, importante frisar que, quando se fala em Administração Pública, é a forma de gerir a gestão

pública. Ou seja, o Estado, através da Administração Pública, fará com que os serviços públicos determinados em lei sejam geridos.

Para tanto, para que a Administração Pública realize essa gestão, deverá fazer através dos atos administrativos, que são atos de exteriorização de suas vontades. Quem realiza esses atos administrativos são os agentes públicos.

Exemplificando, existe a Administração Pública municipal, estadual e federal, sendo que, a autoridade pública que praticará o ato administrativo será o prefeito, governador ou presidente. Mas, não somente estes, considerando que os atos administrativos podem ser exteriorizados também por aquelas autoridades que se encontram lotadas em secretarias ou ministérios.

Até mesmo os agentes públicos que não possuem a prerrogativa de autoridade praticam os atos administrativos, pois, também estão realizando atos em nome do Estado.

Com efeito, quando se fala em licitação, necessariamente, deverá ocorrer um ato administrativo. Este ato é a forma que a Administração Pública tem para exteriorizar suas vontades. Geralmente, o ato administrativo que exterioriza a licitação é pelo edital, conforme se verifica no artigo 21 da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*):

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: [...]

Como exemplo de edital, veja-se um abaixo publicado pela Secretaria de Estado de Planejamento e

Gestão de Minas Gerais:

EDITAL DE LICITAÇÃO
MODALIDADE: PREGÃO
ELETRÔNICO Nº. XXXXX/2014
1 – PREÂMBULO
O ESTADO DE MINAS GERAIS, por intermédio da SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO, realizará a licitação na modalidade pregão eletrônico, em sessão pública, através do site www.compras.mg.gov.br, para a prestação de serviços de em TI - Tecnologia da Informação, correspondendo a aproximadamente 5.183 homens-horas de desenvolvimento e manutenção de sistemas em Plataforma EPM, com especificação contida neste Edital e em seus Anexos. (MINAS GERAIS, 2014, *online*)

O edital acima trata de uma licitação por pregão eletrônico, tendo por objeto a contratação de serviços de Tecnologia da Informação. É realizada pelo Estado de Minas Gerais, através da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, sendo assinado pela autoridade lotada na Secretaria de Gestão da Estratégia Governamental. (MINAS GERAIS, 2014).

Respectivo edital, porquanto, é um exemplo de ato administrativo, forma utilizada pela Administração Pública para exteriorizar a licitação, onde todos os interessados poderão participar de forma isonômica.

Neste aspecto, diz-se que o termo Administração Pública, segundo Alexandre de Moraes (2009, p. 104), é: “[...] a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para assegurar os interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas

jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”.

Salienta-se que a Administração Pública deve estar voltada predominantemente aos princípios constitucionais, e, caso afastada da lei e princípios, ocorrerá à nulidade dos atos administrativos.

Sobre o conceito de Administração Pública, Hely Lopes Meirelles (2006, p. 60) apresenta em dois sentidos:

Em sentido formal, Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a administração pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

E de acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 365), o conceito de Administração Pública também admite mais de um sentido, *in verbis*:

No sentido objetivo, exprime a idéia de atividade, tarefa, ação, enfim a própria função administrativa, constituindo-se como o alvo que o governo quer alcançar. No sentido subjetivo, ao contrário, a expressão indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função, sendo aquela atividade realizada pelos órgãos administrativos, incluindo órgãos do executivo, legislativo e judiciário.

Destarte, quando se fala em Administração Pública, pode ser considerada como o desempenho de suas atividades em favor da sociedade, devendo obedecer preceitos de ordem legal e técnico, prevalecendo sempre os princípios que emana da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sob pena de tornar inválidos os atos administrativos. (MORAES, 2009).

Noutro norte, para que a Administração Pública possa gerir seus atos, é necessário que a mesma observe a legislação, em especial, quando deseja contratar serviços ou adquirir produtos.

E como dito, para que a Administração Pública contrate serviços ou adquira produtos, em regra geral, deverá proceder com a licitação. Por essa razão, o legislativo brasileiro insituiu através da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993), normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Denota-se, ainda, que a licitação é um ato da Administração Pública para adquirir algum bem ou prestação de serviços, sendo o processo da licitação regulamentado pela Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993).

O objetivo da licitação é evitar o risco de deixar toda a decisão de contratação nas mãos do administrador, tendo em vista que terá todo um procedimento para a escolha das pessoas que serão contratadas a prestar serviços à Administração Pública. (MORAES, 2009).

Por isso, a regra é sempre realizar a licitação, sendo que a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 37, inciso XXI, dispõe sobre aqueles que são obrigados ao procedimento licitatório: a Administração Pública Direta e Indireta e qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O artigo 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) também prevê sobre a obrigatoriedade da licitação: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão,

sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Já a Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*), em seu artigo 1º, parágrafo único, regulamentou o procedimento da licitação, subordinando também: “[...] fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”; a obrigatoriedade de licitar quando forem adquiridos bens ou praticado algum tipo de serviço público.

No artigo 119 da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*), estabelece que:

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

A licitação, portanto, é um procedimento administrativo que deverá ser realizado antes de qualquer aquisição ou alienação por parte da Administração Pública, observando os princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, dentre outros. (NETO, 2001).

Assim, é através da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993), que foram estipuladas as regras licitatórias, sendo que, sem elas, a Administração Pública poderia se escusar de gerir seus atos de forma proba e moral.

A Lei de Licitação (BRASIL, 1993) trouxe para os administrados certa garantia de que a Administração

Pública estará sempre voltada para a eficiência, economia e proteção do dinheiro público, visando a melhoria na vida dos administrados.

2.1 Origem da licitação

No Brasil, a legislação que regula o processo licitatório é de 21 de junho de 1993, através da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993), na qual, teve por objetivo regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988.

Entretanto, a origem da licitação é antiga, tendo início na Europa durante a idade média. É o que diz Eduardo Malachias (2011, *online*):

[...] a licitação teve origem na Europa durante a idade média onde já se praticava a disputa de preços através de uma modalidade bem curiosa. Naquela época instituiu-se o sistema chamado “Vela e Pregão” que nada mais era do que apregoar uma obra enquanto queimava-se uma vela, no momento em que a vela se apagava a obra era entregue a cargo do construtor que tivesse oferecido o menor preço ao Estado.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, segundo Eduardo Malachias (2011, *online*):

[...] o primeiro registro que se tem é de 14/05/1862, data do decreto 2.926 que regulamentou as contratações de serviços do antigo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Através dos anos foram editados pequenos regulamentos que tratavam do assunto, mas somente em 28/01/1922, com a criação do Decreto 4.536, houve mudanças significativas no processo de

licitação. Esse decreto criou o Código de Contabilidade de União na época. Outros decretos regularam a matéria, mas o primeiro Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos surgiu com o Decreto-Lei 2.300 de 21/11/1986.

E Geraldo Luiz Viera Ribeiro (2007, *online*) também discorre sobre a origem da licitação no Brasil, destacando as transformações que ocorreram:

No Brasil processo licitatório sofreu várias transformações, tendo início com o Decreto nº 2.926/1862, que regulamentava as compras e alienações, que fora complementado com outras diversas leis, se estruturando dentro do âmbito federal com o Decreto nº 4.536/1922, tendo sua sistematização com o Decreto-Lei nº 200/1962 que estabeleceu a reforma administrativa no âmbito federal, sendo estendida à administração estadual e municipal através da Lei nº 5.45/1968.

Todo este processo de estruturação da Licitação na legislação, ainda possuía muitas lacunas, pois dava margem a várias interpretações, resquícios de uma administração centralizadora e burocrática, que até certo momento fora viável.

Através do processo de democratização, buscou uma nova maneira de governar, neste íterim, o processo licitatório ganhou notoriedade através do Decreto-Lei nº 2.300/86, sendo atualizada em 1987, com os Decretos-lei nº 2.348 e 2.360, que pela primeira vez, se instituiu o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e específicas relacionada à matéria licitação.

Embora tenha ocorrido essa evolução legislativa mencionada nas citações acima, foi através da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) de 1988 que a licitação obteve status de princípio constitucional, através de seu artigo 37, inciso XXI:

Art. 37. [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, pode-se dizer, foi através da Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988 que o Brasil passou a ter um marco da licitação, surgindo vários princípios a serem seguidos nos processos licitatórios, tais como: isonomia, publicidade, legalidade, moralidade, impessoalidade etc.

Ademais, a licitação passou a ser realizada de forma obrigatória pela Administração Pública, tanto direta quanto indireta, sendo que em apenas alguns casos previstos em lei é que essa regra pode ser relativizada, como nos casos da dispensa de licitação ou inexigibilidade de licitação.

2.2 Conceito

A licitação é um procedimento administrativo obrigatório adotado pela Administração Pública, tendo por

objeto principal escolher o concorrente que oferece proposta mais vantajosas e eficientes, visando satisfazer as estimativas previstas no edital convocatório da licitação, podendo ser para realizar serviços destinados a obras, compras, alienações, dentre outros. (MORAES, 2009).

Veja-se, por pertinente, o conceito de alguns doutrinadores sobre a licitação, dentre eles, Marçal Justen Filho (2010, p. 427):

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 524), licitação, em suma, é:

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. [...] A licitação é conceituada pela doutrina pátria como um procedimento administrativo através do qual um ente público no exercício de sua função administrativa abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionar-se-á a mais conveniente para celebração do contrato (de fornecimento de bens, construção de obras, concessão ou

permissão - neste último caso não há contrato, mas simples ato unilateral e precário).

Para Odete Medaur (1996, p. 205):

[...] o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.

E para Carlos Ari Sundfeld (1994, p. 15):

Licitação é o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público.

Pode-se dizer, depois de apresentado os conceitos acima, que o procedimento licitatório diminui drasticamente a possibilidade de escolha pelo administrador, ou seja, vence a licitação aquele que seguindo os procedimentos exigidos em lei e em atos normativos, apresentar proposta mais vantajosa para a Administração Pública. (MORAES, 2009).

O princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa são pressupostos para a validade jurídica do ato licitatório. Neste sentido, afirma Marçal Justen Filho (2010, p. 428):

A licitação busca realizar dois fins, igualmente relevantes: o princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Se prevalecesse exclusivamente a

ideia da "vantajosidade", a busca da "vantagem" poderia conduzir Administração Pública a opções arbitrárias ou abusivas. Deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, tem-se de respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia.

Já nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 483):

[...] para obter o procedimento licitatório é necessário um tratamento de igualdade entre os que preencherem os requisitos para os atributos e aptidão para assumir as obrigações a que forem destinados, ou seja, a licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Ademais, em dezembro de 2010, foi editada a Lei nº. 12.349/10 (BRASIL, 2010), a qual adentrou nos princípios licitatórios, inserindo um novo objetivo para as licitações públicas. Com o advento da referida lei, foi acrescentado ao artigo 3º a seguinte redação: "[...] promoção do desenvolvimento nacional sustentável" (BRASIL, 2010, *online*); ou seja, os processos licitatórios devem também promover o desenvolvimento nacional sustentável, dando preferência para produtos e serviços nacionais.

Marçal Justen Filho (2010, p. 210) disserta sobre as principais alterações que a Lei nº. 12.349/10 (BRASIL,

2010) trouxe para o procedimento licitatório:

Para se cumprir essa nova missão, os certames licitatórios devem, quando do julgamento das propostas, analisar cientificamente se a proposta gera empregos, utiliza tecnologia nacional, gera tributos para o estado e o município, local da licitação, dentre outros aspectos que comprovem o desenvolvimento sustentável de uma comunidade. Para tanto, a lei passou a admitir o estabelecimento de *margin de preferencia* para bens ou serviços nacionais que atendam as normas técnicas estabelecidas pelo Poder Executivo Federal ao estabelecer a necessidade das compras públicas devem promover o desenvolvimento nacional sustentável, a norma, ao contrário dos que defendem que a regra ofende o princípio da isonomia, a lei veio fortalecer a previsão constitucional contida no art. 3º, II da Carta Política Brasileira, que inclui, dentro dos objetivos fundamentais da Nação, a promoção do desenvolvimento nacional.

Hodiernamente, o estudo das licitações públicas e contratos administrativos tem como base a Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993), com observância nas alterações que lhe foram introduzidas pelas medidas provisórias e leis, que regem as normas gerais de licitação.

2.3 Objeto

O objeto da licitação é justamente o que a Administração Pública deseja adquirir, contratar, locar etc. Este objeto deve estar presente no edital de convocação da licitação. (MEIRELLES, 1999).

De acordo com Hely Lopes Meirelles (1999, p. 250): “[...] objeto da Licitação é a obra, serviço, a compra,

a alienação, a concessão, a permissão e a locação que afinal, será contratada com o particular”.

Em complemento, diz Alexandre Mazza citado por Fábio Sória (2017, *online*): “[...] a doutrina diferencia objeto imediato e objeto mediato da licitação, e explica que o objeto imediato consiste na busca pela melhor proposta, e o objeto mediato é aquilo que a administração busca da melhor proposta”.

Sobre os benefícios dessa especificação do objeto no edital licitatório, Nivaldo Ferreira, Reginaldo Aparecido Loss e Sérgio Renato Dalla Costa (2013, *online*), aduzem que:

Ao definir de forma correta um objeto a ser licitado, não somente a Administração beneficia-se dos resultados ao final, quando de sua entrega, porém, principalmente o licitante, pois lhe possibilitará sua perfeita compreensão e quantificação das propostas para a contratação almejada.

Dessa forma, o objeto é um dos requisitos essenciais que deve estar presente no edital licitatório. Sem este objeto, não haverá meios dos participantes saberem o que está sendo licitado pela Administração Pública.

O objeto é tão importante que deverá estar preciso e claro no edital de licitação, de forma a ser compreendido facilmente pelos interessados e população em geral.

Aliás, o próprio legislador, ao adotar a modalidade de licitação de pregão, dispôs sobre as características que o objeto deve conter, conforme artigo 3º, inciso II da Lei nº. 10.520/02 (BRASIL, 2002, *online*):

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

II - a definição do objeto deverá ser

precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

Neste sentido, o artigo 40 da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*) também dispõe sobre o objeto da licitação:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

Por fim, a Súmula nº. 177 (BRASIL, 1982, *online*) do Tribunal de Contas da União – TCU traz com bastante propriedade sobre o objeto da licitação, sendo regra indispensável da competição:

Súmula nº. 177

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

O objeto é, portanto, um requisito essencial para proceder com a licitação, sendo que, na sua falta, o edital será nulo, pois, caso não existir a especificação do objeto, impossível será a realização do certame licitatório.

2.4 Procedimento licitatório

O procedimento licitatório é dividido em duas etapas, sendo a primeira de início internamente e a segunda procedida externamente. No que tange a etapa interna, diz o artigo 38 da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*):

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...]

Na fase interna, a Administração Pública irá proceder com a autorização da licitação, bem como o objeto a ser liciado, que deverá conter as especificações contidas nos incisos do artigo 38.

Já a fase externa, é aquela destinada ao público, na qual poderá integrar como participante do processo licitatório, ou apenas acompanhar o certame. Salienta-se que a licitação é pública, razão que qualquer cidadão poderá acompanhar o procedimento para que não haja qualquer irregularidade, abuso ou prejuízo ao erário.

As principais fases do procedimento licitatório na etapa externa são: audiência pública, quando o valor da licitação é elevado (art. 39); edital, que constará o objeto e demais regras da licitação, devendo ser de ampla

divulgação (art. 21); antecedência mínima do edital, para que todos possam ter acesso e oportunidade de participarem do processo licitatório; impugnação administrativa do edital, para evitar qualquer abuso ou ilegalidade do processo licitatório; habilitação dos licitantes, que é a verificação dos documentos e requisitos do vencedor do certame; julgamento das propostas; homologação e adjudicação ao vencedor.

2.5 Princípios licitatórios

Por fim, importante destacar os principais princípios licitatórios. O artigo 3º da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*) dispõe sobre alguns desses princípios a serem observados no processo licitatório:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Ao instituir os princípios, estes se tornam base para a aplicabilidade do instituto de licitação, sendo através deles que os agentes públicos devem se orientar na interpretação e aplicação dos dispositivos legais do processo licitatório. (MELLO, 2010).

Frisa-se que os princípios licitatórios fazem com que se chegue ao objetivo principal da licitação, que é

garantir a isonomia entre as partes e escolher a proposta mais vantajosa.

2.5.1 Princípio da legalidade

A Administração Pública somente poderá atuar na forma determinada por lei. Tal princípio está explicitado no artigo 4º da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*):

Art 4º. Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Sobre o tema, preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 532): “[...] podem alegar tal direito não apenas todos quantos participem da licitação, mas todos quanto queiram dela participar e aos quais seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la”.

O princípio da legalidade no processo licitatório é um dos pilares para os procedimentos e etapas da licitação, que deverão estar em conformidade com a lei.

2.5.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade possui estreita ligação com outros princípios da Administração Pública, entre eles o da isonomia e da moralidade. Todos os concorrentes deverão ser tratados pela Administração Pública de forma igual, sem levar em consideração a condição subjetiva de cada um, sendo vedado tanto favoritismo quanto a perseguição. (JUSTEN FILHO,

2010).

Em outras palavras, não se olha determinada pessoa, mas sim, a que melhor apresentou os critérios definidos pelo processo de licitação. Por isso, a identidade não é visão de escolha, e sim a própria impessoalidade, e por consequência, a vontade do julgador não pode ser forma de critério para a seleção. (JUSTEN FILHO, 2010).

2.5.3 Princípios da moralidade e probidade administrativa

O princípio da moralidade e probidade administrativa são conexos, pois, o agente público deverá atuar de forma honesta e com padrões éticos, fazendo boa aplicação dos recursos públicos. Ou seja, o procedimento licitatório deverá ser norteado pela honestidade e seriedade. (MELLO, 2010).

A Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993) faz referência à moralidade e à probidade. De acordo com Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2010, p. 305), respectivas referências se fundamentam, porque:

[...] a primeira embora prevista na Constituição Federal, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição Federal estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem.

Ademais, a probidade tem o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade, por parte dos administradores. Logo, se a pessoa possui lealdade para contratar com o Poder Público, então a sociedade poderá confiá-lo o contrato originado pelo procedimento

licitatório. (DI PIETRO, 2010).

2.5.4 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade assegura a todos que apresentarem condições de acesso e disputa sejam tratados com isonomia, sendo vedado estabelecimento de condições que beneficiem determinados licitantes em detrimento dos demais. (MELLO, 2010).

Sendo este um direito público subjetivo, o licitante que se sentir lesado poderá impugnar administrativamente e até mesmo judicialmente o procedimento, fazendo transparecer o direito da ampla defesa e contraditório, bem como o direito de petição que é garantido a todos os cidadãos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988). (MELLO, 2010).

Portanto, o princípio da igualdade é a regra, porém, comporta exceções quanto ao critério de desempate dos licitantes, conforme previsto no artigo 3º, § 2º da Lei nº. 12.349/10 (BRASIL, 2010), que beneficia as empresas e produtos brasileiros em face de empresas e produtos estrangeiros.

2.5.5 Princípio da publicidade

Todos os atos da Administração Pública devem ser públicos, sendo assim, disponíveis para acompanhamento de qualquer cidadão. No caso das licitações, essa publicidade diz respeito a todas as suas fases, e isso porque, o cidadão e os participantes do procedimento possuem direito de acompanhar o feito até o final, podendo impugnar qualquer ato contrário à lei e aos ditames constitucionais. (MELLO, 2010).

Inclusive, é através dessa publicidade que o cidadão poderá ajuizar ação popular, caso verifique possíveis atos lesivos contra o patrimônio público ou de

entidade de que o Estado participe.

A Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*) assim dispõe em seu artigo 3º, § 3º: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

O artigo 4º, da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*), em sua parte final, também faz menção ao princípio da publicidade ao estabelecer: “[...] podendo qualquer cidadão acompanhar seu desenvolvimento desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos [...]”.

Conforme entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 266):

O Estatuto aponta situações em que o princípio tem perfeita aplicação. Uma dessas, por exemplo, é a exigência de publicação dos avisos contendo o resumo dos editais de imprensa (art. 21). Outro é a previsão de audiência pública no caso de licitações que envolvam valores vultosos (art. 39).

Assim, a publicidade na licitação sempre será pública, sendo de outra forma apenas quando a lei determinar.

2.5.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

É no ato convocatório da licitação que se define o objeto pretendido, os pressupostos de participação e as regras para julgamento. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está ligado a este ato, chamado edital. (MELLO, 2010).

A Administração estabelece no edital ou carta convite condições e cláusulas para que se possa participar

de determinada licitação, sendo que os concorrentes devem atender os requisitos do instrumento convocatório rigorosamente. (DI PIETRO, 2010).

Assim afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 307):

O princípio dirige-se tanto a Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida serão considerados Inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes à proposta, serão desclassificados, (art.48, inciso I).

Este princípio impede que o servidor público deixe de seguir as cláusulas e regras do edital ou ainda que exija algo que não esteja presente neste. A inobservância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório estaria comprometendo a aplicação do princípio da publicidade da livre competição e do julgamento objetivo. (DI PIETRO, 2010).

2.5.7 Princípio do julgamento objetivo

Ao se formular um edital, é necessário respeitar critérios objetivos de julgamento, impedindo que o agente público utilize critérios subjetivos para a escolha do contratado, pois, além da objetividade, devem-se observar outros princípios fundamentais, que são a vantajosidade e isonomia. (MELLO, 2010).

Conforme posicionamento de Marçal Justen Filho (2010, p. 312):

A ‘vantajosidade’ da proposta deve ser

apurada segundo um julgamento objetivo. O ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores. O julgamento das propostas subordinam-se obrigatoriamente àqueles critérios.

Portanto, estes são os principais princípios da licitação, porém, existem casos de exceção à obrigatoriedade de licitar, conforme se analisará no capítulo a seguir.

3 EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR: CONTRATAÇÃO DIRETA

Como visto no capítulo anterior, a licitação é um procedimento obrigatório a ser realizado pela Administração Pública para se valer de serviços e bens fornecidos por terceiros.

Entretanto, essa regra da licitação comporta exceções. Para explicar essa questão, preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 538):

[...] será forçoso reconhecer que em inúmeros casos a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos

demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade.

Outras situações, entretanto, que não se configuram contratos administrativos também desobrigam a Administração Pública de licitar. Tais situações são descritas como peculiares no Direito Administrativo, sendo que, de acordo com Marçal Justen Filho (2010, p. 436), são:

Não é exigível a licitação quando a avença apresentar natureza de convênio em que se conjugam esforços de diversas entidades administrativas para a satisfação de necessidades de interesse comum. Não cabe a licitação quando o entre Administrativo atribui encargos para uma entidade vinculada, integrante da própria estrutura administrativa. Trata-se de hipótese de descentralização de competências, que não envolvem vinculação com particulares. A licitação não se aplica quando o vínculo jurídico com o terceiro configurar cargo ou emprego público, hipótese que não caberá licitação, mas concurso público (ressalvada a hipótese de cargos em comissão). O concurso público para provimento inicial em cargo ou emprego público não se confunde com a figura do concurso prevista na Lei 8.666/93, que é uma modalidade de licitação.

A norma jurídica dispõe de duas categorias em que o processo licitatório não é obrigatório. A primeira delas é através da contratação direta. Conforme artigos 24 e 25 da Lei nº. 8.666/93 (BRASIL, 1993, *online*), haverá dispensa de licitação quando houver incompatibilidade de

competição e quando houver inviabilidade de competição, respectivamente.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 270):

O princípio da obrigatoriedade da licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento licitatório antes de contratarem obras e serviços. Mas a lei não poderia deixar de ressaltar algumas hipóteses que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório.

Frisa-se que na contratação direta, não significa a inobservância dos princípios constitucionais que norteiam a atuação administrativa, sendo que deverá ser precedida de um procedimento administrativo, atentado para o princípio da isonomia e visando sempre a melhor proposta para a Administração. (MEDAUAR, 2007).

Nas palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 237):

Antes de optar pela dispensa ou inexigibilidade, a Administração Pública deve elaborar uma solicitação de aquisição de compra ou serviço, com previsão de valor a ser gasto, justificando o motivo e a viabilidade econômica desta solicitação. Portanto nas contratações diretas não há uma licitação formal, mas sim um procedimento com ampla discricionariedade para a Administração, que deve se restringir a providências necessárias para a viabilização do dispositivo, sem favoritismos e fraudes, visto que, o próprio Estatuto regulou possíveis abusos a este dispositivo ao impor uma sanção em seu artigo 89.

Marçal Justen Filho (2010, p. 485) ensina sobre inexigibilidade:

Inexigibilidade é conceito que, sob o ângulo teórico, antecede o de dispensa. É inexigível a licitação quando for inviável a disputa entre particulares pelo contrato. Havendo viabilidade de disputa, é obrigatória a licitação, executados os casos de "dispensa" autorizados por lei.

E José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 270), dispõe sobre dispensa de licitação:

A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na inexigibilidade, como se verá adiante, porque aqui sequer é viável a realização do certame.

O Decreto nº. 5.450/05 (BRASIL, 2005, *online*), em seu artigo 4º, § 2º, determina como forma de inibir possíveis fraudes que as contratações diretas de pequeno valor devem ser feitas mediante cotações eletrônicas, sendo essa uma forma de aplicação da isonomia dos participantes.

Neste sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 214):

A internet passou a ser um instrumento inafastável, obrigatoriamente utilizado pela Administração Pública para noticiar seu interesse em contratar e para obter ofertas correspondentes. Aliás, seguindo uma orientação que tende a ser generalizada, o decreto Federal nº 5.450/2005 determinou, no art. 4º, § 2º, que as contratações diretas de pequeno

valor, no âmbito da União, deverão fazer-se mediante cotação eletrônica, em que se assegurem a todos os potenciais interessados condições isonômicas de disputa.

Cumprido salientar que, para que a Administração Pública deixe de realizar o processo licitatório é necessário que tal ato seja justificado, devendo a Administração Pública comunicar em três dias uma autoridade superior, cabendo este ratificar e publicar o ato em igual prazo na imprensa oficial (art. 26, Lei nº. 8.666/93).

Ademais, nos casos de dispensa de licitação previstos no artigo 24, da Lei nº. 8.666/93 o rol ali descrito é taxativo, visto que, se classificam como uma exceção à regra geral de licitar. (DI PIETRO, 2010).

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 367):

Os casos de dispensa de licitação não podem ser ampliados, porque constituem uma exceção à regra geral que exige licitação, quando haja possibilidade de competição. Precisamente por constituírem exceção, sua interpretação deve ser feita em sentido estrito.

Respectivo artigo 24 possui trinta e um incisos referentes à dispensa de licitação. De acordo com a classificação adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 368), a dispensa de licitação pode ser dividida em quatro categorias: “Dispensa em razão do pequeno valor; dispensa em razão de situações excepcionais; dispensa em razão do objeto; dispensa em razão da pessoa”.

3.1 Distinções entre dispensa e inexigibilidade de licitação

Conforme já tratado nos capítulos anteriores, o princípio da obrigatoriedade da licitação se faz como regra para se proceder com a contratação pela Administração Pública, sendo a dispensa ou a inexigibilidade exceções para se firmar contrato com a Administração.

De acordo com Justen Filho (2005, p. 228) há casos em que a licitação formal seria impossível ou frustrada a própria consecução do interesse público. Sendo assim, a lei autoriza a administração adotar outro procedimento, no qual formalidades são suprimidas ou substituídas por outras, não devendo esta flexibilidade ser confundida com a discricionariedade, e, preservando e assegurando o interesse público e a contratação mais vantajosa.

O autor acima citado ainda nos ensina que a contratação direta “não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza como uma livre atuação administrativa”. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar, ainda nesses casos, a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. “Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 228).

A Lei nº 8.666/93 dispõe acerca de duas modalidades de contratação direta: a) hipóteses de dispensa de licitação; b) inexigibilidade de licitação. A dispensa de licitação se subdivide em dispensada e dispensável.

A licitação dispensada é permitida em hipóteses taxativas previstas na Lei. São situações em que a

realização de licitação se mostra plenamente viável, mas o Administrador Público não pode realizar o procedimento licitatório, sendo obrigado a contratação sem licitação. Assim, a lista é exaustiva, prevista no art. 17 da Lei de licitações. São exemplos de hipóteses de dispensa: dação em pagamento, doação permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, investidura, dentre outras.

Já a licitação dispensável abarca hipóteses em que fica a critério do administrador a realização do procedimento o licitatório (art. 24, Lei 8.666/93). Neste caso, existe a viabilidade competitiva entre os licitantes, ficando a cargo do administrador realizar o procedimento ou contratar sem licitação. Tal modalidade ocorre em casos como: obras de pequeno valor; situações emergenciais; casos de guerra ou perturbação à ordem; licitação deserta, licitação fracassada, dentre outras.

José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 259) ensina que:

A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstancia de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na inexigibilidade, porque aqui sequer é viável a realização do certame.

Deste modo, enquanto a licitação dispensada surge nas hipóteses previstas pelo legislador, a licitação dispensável fica a cargo do administrador.

Quanto à inexigibilidade, Justen Filho (2005, p. 234), aponta que “é inexigível a licitação quando a disputa for inviável, havendo viabilidade de disputa é obrigatória à licitação, excetuados os casos de dispensa imposta por lei.”

O autor acima acrescenta que as diferenciando, a inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a

dispensa da vontade legislativa. Sendo “este o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade, previstas na Lei nº. 8.666/93, são de caráter exemplificativo, ao contrário das hipóteses de dispensa, por sua vez, possuem de caráter taxativo”.

Ensina Lucas Rocha Furtado (2013, p. 338) que:

A inexigibilidade de licitação ocorre quando não é possível, pelo contexto fático, a realização de licitação, por inviabilidade de competição. Essa situação ocorre quando não é possível a administração adquirir um produto ou serviço fornecido por um único fornecedor. Devido a ausência do caráter competitivo, feriria o caráter basilar da licitação que é a competitividade entre os licitantes.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão previstas no artigo 25, incisos I, II e III da Lei de Licitações, formando um rol exemplificativo. Sempre que houver impossibilidade jurídica de competição, teremos uma hipótese de licitação inexigível.

4 A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É possível verificar uma divergência de entendimentos sobre viabilidade de contratação de advogados por órgãos da Administração Pública entre os diversos doutrinadores e juristas brasileiro. Conforme dispõe o artigo 25, inciso II c/c art. 13, inciso V da Lei nº 8.666/93, é plausível a contratação direta de serviços contidos no artigo 13, desde que atendimentos os requisitos de notória especialização e caráter singular.

É bastante frequente a contratação de advogados ou escritório de advocacia para a prestação de consultoria e/ou defesa, principalmente naquelas demandas em que se requer especialistas.

Muitos doutrinadores defendem que a atividade da advocacia possui caráter peculiar “de notória especificidade técnica e natureza singular”, conforme Art. 25, inciso II da Lei nº 8.666/93.

O art. 131 da Constituição Federal, estabelece que a Advocacia Geral da União (AGU) representa a União, judicial e extrajudicialmente, bem como presta atividades de assessoramento jurídico e consultoria. O art. 132, por sua vez, dispõe que o ingresso dos Procuradores de Estado e do Distrito Federal será precedido de concurso público de provas e títulos, bem como que estes prestarão serviços advocatícios nas entidades em que estejam vinculados.

Conclui-se, por simples leitura dos dispositivos constitucionais aludidos, que a União e os Estados devem manter quadro próprio de procuradores para assessoria jurídica. Observa-se ainda que os municípios não estão incluídos neste comando, devendo ser aplicado o princípio da simetria entre os entes federativos e municipais.

Nesse aspecto, os Estados-membros e municípios devem organizar-se de maneira similar à União, bem como devem elaborar suas constituições e leis orgânicas respectivas de maneira a espelhar à Constituição Federal.

Os municípios devem, portanto, em geral, por interpretação lógica, bem como em observância ao princípio da simetria, seguir o modelo de manutenção de um quadro de procuradores para assessoria jurídica. Não obstante, devem ser consideradas as particularidades, estruturas, finanças, extensão territorial e populacional do município em questão ao aplicar este comando.

Há municípios, dessa forma, que não possuem quadro fixo de procuradorias, por não possuir estrutura,

recursos e necessidade para tanto. Imprescindível se mostra a contratação de advogados em eventuais casos.

Fabrcio Motta, por sua vez, assevera:

No que se refere à Administração Municipal, o tema possui particular interesse em razão da imensa gama de contratações de serviços de assessoria jurídica, pareceres (consultoria) e advocacia contenciosa, com maior incidência e largueza de objeto nos municípios despidos de procuradoria própria, composta por procuradores ocupantes de cargos públicos, como também nos Municípios que possuem procuradorias ainda incipientes e dependentes de fomento técnico e aparelhamento.

Não obstante, mesmo em entes federativos com quadros próprios de procuradores, haverá ainda, eventualmente, necessidades públicas peculiares que ensejam serviços advocatícios extremamente complexos. Casos em que serão demandados advogados altamente especializados no objeto do litígio ou consultoria a ser prestada.

Fabrcio Motta ensina ainda que:

Por outro lado, não se vê impeditivo à contratação direta, mesmo que o município possua quadro próprio de procuradores, quando se estiver diante, entre outras, de situações: (a) que requeiram conhecimentos específicos e diferenciados (considerando-se a estrutura administrativa própria e as capacidades técnicas existentes); (b) que envolvam teses inovadoras e importantes, com a potencialidade de trazer benefícios financeiros e/ou administrativos para o município; (c) que necessitem de conhecimentos altamente especializados (STF, Inquérito 3.077), inclusive para

dirimir controvérsias internas ou para conferir maior segurança à decisão administrativa diante de divergências doutrinárias e jurisprudenciais; (d) que possam periclitara administrativa ou financeiramente a Administração Municipal, restando a situação devidamente comprovada; ou (e) que haja conflito de interesses relativamente aos próprios procuradores.

Em determinados casos, é possível que haja a contratação de advogados particulares especialistas em determinada área para resolução de determinada demanda. A mesma lógica deve ser aplicada à Administração Pública, vez que também precisará, eventualmente, de advogados terceirizados especialistas, em situações complexas e peculiares.

Assim, os serviços rotineiros devem ser, em geral, executados pelo quadro de funcionários públicos de carreira, em observância a Constituição Federal.

Marçal Justen Filho ensina que deve ser observada a “opção preferencial” da Administração, isto é, em regra, a melhor alternativa é a utilização do quadro permanente de advogados, composto mediante concurso público- seja vínculo estatutário ou celetista. Não obstante, o doutrinador assevera a possibilidade da exceção:

Existem algumas atividades cujo exercício pressupõe a integração do sujeito na estrutura estatal. São casos em que a lei reserva o desempenho da função para um sujeito titular de cargo público. Em tais hipóteses, a terceirização dos serviços advocatícios não é admissível. Fora deles, no entanto, a decisão sobre a terceirização pode ser adotada, mediante a observância dos requisitos próprios.

O patrocínio de causas judiciais, a elaboração de pareceres jurídicos, bem como desempenho de outros serviços advocatícios serão exercidos pelo quadro permanente de procuradores do respectivo ente federativo, aprovados mediante concurso público. Esta é a regra constitucional a ser seguida.

4.1 Contratação direta de serviços advocatícios: inexistência de licitação

O procedimento para contratação de advogados na administração pública vai ao encontro do que dispõe a lei de licitação em geral, bem como as normas do Estatuto da OAB e seu Código de Ética. Não sendo possível estabelecer a competitividade entre os licitantes, um dos princípios basilares licitatórios, em virtude da ética entre os advogados, possibilita aos entes públicos a contratação direta sem licitação.

O Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece, em seus arts. 28 e 27, comandos de moderação, discrição e sobriedade a serem observados.

Dispõem os artigos 2º, 5º, 36º e 41º do mesmo diploma legal que:

Art. 2º - O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Art. 5º - O exercício da Advocacia é **incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.** (Grifo nosso)

Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, **não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários**, salvo motivo plenamente justificável. (Grifo nosso).

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) já editou Súmula sobre a impossibilidade de haver um processo licitatório para contratação de advogados:

CONSELHO PLENO SÚMULA N. 04/2012/COP (DOU, Seção 1, 23.10.2012, p. 119) O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: “ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. **Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.**” (Grifo nosso).

Alice Gonzalez Borges (1996. P.138), dispõe que a natureza dos serviços advocatícios não se mostra coadunável com um dos procedimentos mais importantes

de habilitação técnica da Lei 8.666/93, isto é, “a comprovação, por meio de atestados idôneos de órgãos públicos e privados, do desempenho anterior do licitante em atividades semelhantes àquela objetivada na licitação” (art. 30, § 32). O Código de Ética proíbe expressamente, nos arts. 29, § 42, e 33, IV, a publicidade do rol de clientes e patrocínio de demandas já feitas, vez que restaria configurada a vedada captação de clientela.

4.2 Contratação de serviços advocatícios e a discussão jurisprudencial acerca do tema

É frequente a necessidade da administração pública contratar serviços advocatícios para os patrocínios de causas judiciais, desde que tais serviços apresentem natureza singular relevante e possua notória especialização, sem que para isso seja necessário promover o certame licitatório.

Para Mattos (2009):

A singularidade relevante do serviço é aquele ministrado por profissional que demonstre, em trabalhos anteriores, a sua habilidade técnica, que o credencia para o objeto do contrato. Esta singularidade poderá decorrer também da própria profissão do contratado, pois determinados ofícios não é objeto de competição pelo menor preço, como por exemplo, a prestação de serviços jurídicos.

Para Justen Filho (2005, p. 282), “[...] a natureza singular não significa ausência de pluralidade de sujeitos em condições de desempenhar o objeto”, ou seja, entende que a ausência de pluralidade incide no inciso I do art. 25 da Lei nº. 8.666/93. Sob a mesma matéria argumenta que em se tratando de natureza singular, é “[...] característica especial de algumas contratações de serviços técnicos especializados”.

O mesmo autor supracitado (2005, p. 282), finaliza arguindo: “Enfim e para concluir essa questão, singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas para executá-lo”.

Desta forma, conclui-se que a singularidade disposta na Lei, se refere ao fato do serviço advocatício não ser passível de comparação.

Já em relação a notória especialização decorrente de situação pessoal do profissional ou do escritório de advocacia a Licitação – Inexigibilidade para contratação de advogado – Inexistência de infração – Lei n. 8.666, de 21.06.1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública que apontam a

inexigibilidade de licitação para contratação de advogado, para prestação de serviços ou defesa de causas judiciais ou administrativas. Condição de comprovação hábil, em face da natureza singular dos serviços técnicos necessários, de tratar-se de profissionais ou empresas de notória especialização. Critério aceitável pela evidente inviabilidade de competição licitatória. Pressuposto da existência de necessária moralidade do agente público no ato discricionário regular na aferição da justa notoriedade do concorrente. Inexistência, na lei mencionada, de criação de hierarquia qualitativa dentro da categoria dos advogados. Inexistência de infringência ética na fórmula legal licitatória de contratação de advogados pela administração pública.

Justen Filho (2002, p. 281) esclarece:

Deve destacar-se, em primeiro lugar, uma ressalva contra a generalização da terceirização dos serviços de advocacia. A atuação profissional da advocacia exige não apenas o domínio do conhecimento técnico-jurídico e

uma espécie de sensibilidade acerca dos eventos futuros. Demanda o conhecimento das praxes administrativas e o domínio acerca de fatos passados. É extremamente problemático obter atuação satisfatória de um advogado que não conhece o passado da instituição e desconhece a origem dos problemas enfrentados. A terceirização dos serviços advocatícios representa um grande risco para a atuação eficiente da Administração Pública. Portanto e como regra, a melhor solução é a manutenção de advogados contratados permanentemente, sob vínculo trabalhista ou estatutário (conforme o caso). A seleção desses profissionais deve fazer-se através de concurso. Dispondo dessa estrutura de prestação profissional, a Administração poderá recorrer eventualmente à contratação de profissionais alheios a seus quadros, em face de causas específicas ou litígios especializados. A natureza singular do serviço advocatício se caracterizará em virtude da presença de requisitos de diferente natureza: a complexidade da questão, a especialidade da matéria, a sua relevância econômica, o local em que se exercitará a atividade, o grau de jurisdição e assim por diante.

Sendo assim, conclui-se que a notoriedade do profissional não significa por si só que é o suficiente para que seja contratado diretamente por notória especialização, mas devendo ser uma junção entre os requisitos do artigo 25, inciso II c/c caput do artigo 26, sendo eles: inviabilidade de competição; previsão do serviço no art. 13; singularidade do serviço (singularidade objetiva); notória especialização e motivação para a contratação.

Entre os tribunais brasileiros, encontram-se diversas decisões acerca da inexigibilidade para a contratação de escritório de advocacia. Sendo assim, tem-se o exemplo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE MG, o qual somente admite a contratação

direta por inexigibilidade, conforme se vê abaixo:

[...] concluiu o Relator pela possibilidade da contratação direta de serviços de consultoria e advocacia pelo Município com base na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, § 1º, c/c o art. 13 [...] apesar de ser imprescindível a realização de licitação prévia para a prestação de serviços contínuos de advocacia, inexistente óbice legal à contratação direta de profissional qualificado quando o objeto se referir a casos específicos (Processo Administrativo nº 711.020, Rel. Antônio Carlos Andrada, 25.08.2009).

Em sentido oposto, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE SC destaca que a regra é a prestação do serviço de advocacia por ocupante de cargo efetivo contratado através de concurso público, somente sendo admitida a contratação de escritório de advocacia para serviços específicos e complexos e devidamente justificado. É o que se verifica no seguinte julgado:

[...] b) É cabível a contratação de profissional do ramo do Direito, desde que **devidamente justificada para atender específicos serviços** (administrativo ou judicial) que não possam ser realizados pela assessoria jurídica dada a sua complexidade e especificidade, configurando necessidade dos serviços de profissional (jurista) de notória especialização, hipótese em que a contratação, por inexigibilidade de licitação, se dará nos termos dos arts. 25, II, § 1º, combinado com os arts. 13, V, § 3º, e 26 da Lei Federal nº 8.666/1993, observados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e observando-se, também, os arts. 54 e 55 da Lei Federal nº 8.666 de 21.06.1993; ou por dispensa de

licitação quando atendidos os requisitos dos arts. 24, II, e 26 da Lei de Licitação. c) Para suprir a falta transitória de titular do cargo de advogado (ou outro equivalente), poderá o Município contratar profissional, temporariamente, até que haja o devido e regular provimento, segundo for regulado em lei municipal específica, inclusive quanto ao prazo, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, ou, ainda, contratar serviços jurídicos através de processo licitatório (TP em sessão de 24.08.2009, mediante a Decisão nº 3.000/2009 exarada no Processo CON-08/00526490).

O Tribunal de Contas da União – TCU ratifica o entendimento do TCE MG no sentido de considerar que as contratações de advogados por inexigibilidade de licitação não são ilegais, desde que a contratação seja para serviço específico, de natureza não continuada, singular e complexo, impossibilitando a realização do serviço por profissional concursado. Nesse sentido a súmula nº 264 de 2011 dispõe:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 2015).

O STF já se pronunciou sobre a contratação de advogado sem processo licitatório, em submissão à natureza do trabalho a ser prestado pelo profissional,

considerando como lícita a dispensa do certame (RHC 72830/RO – rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 16.02.96):

Penal. Processual Penal. Ação Penal: trancamento. Advogado: Contratação. Dispensa de Licitação. I – Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso de dolo e de apropriação do patrimônio público. II – Concessão de habeas corpus de ofício para o fim de ser trancada a ação penal.

Quando a prestação de serviço do advogado, o Min. Carlos Velloso, na decisão supracitada, argumentou:

Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da *res publica*.

Sendo assim, conclui-se que o STF julgou pela inexigibilidade da licitação, sob o argumento de ser personalíssima tal prestação de serviço e enaltecendo a singularidade da prestação de serviço intelectual ministrada pelos advogados.

Em uma Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45 proposta pelo Conselho Federal da OAB, pede-se que seja declarada a constitucionalidade

dos artigos 13, V e 25, II da Lei nº 8.666/93, permitindo assim a contratação de advogados por meio de inexigibilidade de licitação.

A Ação Declaratória recebeu o Parecer do ex Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, que entendeu ser constitucional os artigos da Lei de Licitações. Entretanto, segundo o ex Procurador-Geral, a contratação direta de serviços advocatícios somente se justifica quando:

I) Demonstrada a incapacidade de o ente público, por seu quadro de advogados públicos, atender, de forma satisfatória, o objeto do contrato; II) Houver caráter não ordinário do serviço advocatício, que, por sua singularidade no caso (peculiaridade excepcional do interesse público), demande profissional com notória especialização; III) O preço for praticado em consonância com os padrões de mercado; IV) Existir procedimento administrativo formal, com motivação específica que justifique a inexigibilidade.

A ADC 45 está concluída ao Relator Min. Luis Roberto Barro desde 21/02/2018, aguardando que o tema seja julgado em definitivo. O tema é bastante controverso na doutrina, com decisões já construídas pelas diversas instâncias e órgãos jurisdicionais, devendo ser analisado com bastante cautela pelo STF.

CONCLUSÃO

Os serviços advocatícios a priori devem ser realizados pelos advogados do quadro da Administração, aprovados por meio de concurso público, em obediência ao disposto no artigo 37, II, da CF/88.

Há a possibilidade de se proceder com a contratação direta de serviços advocatícios por meio de inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, II, combinando com o art. 13, V, da Lei de Licitações. Tal contratação, se vê como uma exceção a regra geral que é a de licitar. Friza-se que o procedimento a ser adotado pela administração pública deve ser procedido via instrumento adequado.

Contudo, a jurisprudência ainda não é uniforme no sentido de adotar um único entendimento devido a complexidade da matéria.

Para se configurar como exceção, é necessário que o serviço seja de natureza singular e a notoriedade dos profissionais contratados pela administração, devendo ser levado em conta palestras ministradas, trabalhos realizados pelo mesmo, títulos de especialização, dentre outros. Além do mais, deve ser considerado a complexidade da demanda e a discricionariedade do próprio administrador público.

O julgamento final pelo STF da ADC nº 45, representará importante decisão acerca da questão e auxiliará nas contratações futuras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº. 10.520/02, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº. 12.349/10, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nº.s 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº. 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. In: **Palácio do Planalto**, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Súmula nº. 177. In: **TCU**, 1982. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/main.jsp?lumPageId=8A8182A15753C07D0157679FA075237C&previewItemId=8A8182A25753C20F0157679AA5617070&lumItemId=8A8182A25753C20F0157679AA5677074>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Nilvaldo. LOSS, Reginaldo Aparecido;

COSTA, Sérgio Renato Dalla. A precisa definição do objeto em licitações como requisito para aquisição de bens e serviços pela administração pública. In: **Jus**, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24985/a-precisa-definicao-do-objeto-em-licitacoes-como-requisito-para-aquisicao-de-bens-e-servicos-pela-administracao-publica>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MALACHIAS, Eduardo. História da Licitação. In: **Licitações e Contratos Públicos**, 2011. Disponível em: <<http://licitacoescontratospublicos.blogspot.com.br/2011/07/historia-da-licitacao.html>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Revista dos Tribunais, 1996.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e

Gestão. Edital de Licitação. In: **Compras.mg**, 2014. Disponível em: <<http://www.compras.mg.gov.br/images/stories/arquivoslicitacoes/CSC/edital-ti-consulta-publica.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Veira. A Evolução da Licitação. In: **UFSC**, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21103-21104-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

SÓRIA, Fábio. Licitação: conceito, objeto e finalidades. In: **Jus Brasil**, 2017. Disponível em: <<https://fabiosoria.jusbrasil.com.br/artigos/410071102/licitacao-conceito-objeto-e-finalidades>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum 2013. p. 338.

MOTTA, Fabrício. **Contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-19/interessepublico-contratacao-servicos-advocacia-inexigibilidade-licitacao>>. Acesso em: 18 outubro 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE NO NCPC

Leonardo de Freitas Silva¹⁰

RESUMO

O presente trabalho abordará a tutela provisória de acordo com o Novo Código de Processo Civil, principalmente o instituto da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente. Serão estudadas as principais questões referentes ao instituto em comento, com vistas a compreender se, após o decurso do prazo de dois sem a propositura de ação revisora da decisão que concedeu a tutela antecipada, pode ele ser comparado à coisa julgada. Trata-se de um tema relevante, que foi introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, que tornou possível que a decisão concessiva da tutela de urgência antecipada antecedente se estabilize, continuando a produzir efeitos sem que haja uma decisão proferida em cognição exauriente.

PALAVRAS-CHAVE: Tutelas provisórias; Tutela provisória de urgência; Estabilização da tutela antecipada antecedente; Coisa julgada; Novo Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade abordar o

¹⁰ Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

instituto das tutelas provisórias de acordo com o Novo Código de Processo Civil e a possibilidade de estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

O Novo Código de Processo Civil trouxe uma inovação ordenamento jurídico pátrio, abolindo o procedimento cautelar, vigente no Código de Processo Civil de 1973, e trazendo um novo modelo de prestação de medidas provisórias, ao criar as tutelas de urgência e de evidência.

Uma das mais relevantes mudanças inseridas pelo Código Processual de 2015 está na estabilização da tutela antecipada antecedente, a qual encontra previsão no artigo 304 da referida norma. O dispositivo em comento confere à decisão que concede a tutela provisória antecipada a possibilidade de continuar produzindo efeitos sem que haja uma decisão proferida em caráter exauriente.

Assim, o que se pretende através deste trabalho é entender se a estabilização conferida à tutela provisória antecedente tem o condão de produzir os efeitos da coisa julgada.

Para tanto, o estudo foi dividido em quatro tópicos, sendo que, para se inserir no tema proposto, foi necessário discorrer traçar os principais pontos referentes às tutelas provisórias.

Inicialmente, serão feitas considerações gerais sobre as tutelas provisórias, analisando-se o seu conceito, espécies, classificação, natureza jurídica, requisitos e outros aspectos relevantes.

O item seguinte dará enfoque à tutela de urgência antecipada antecedente, sendo importante dedicar um capítulo a ela em razão de ser o instituto sujeito à estabilização dos seus efeitos.

Após, serão traçadas considerações gerais sobre a coisa julgada e seus limites, a fim de dar um maior subsídio ao capítulo seguinte, que tratará especificamente

acerca do tema proposto no presente trabalho.

Para tanto, brevemente, faz-se necessário entender o instituto da coisa julgada e seus limites, para, por fim, apresentar as controvérsias envolvendo a estabilização da tutela antecedente, e posicionamentos favoráveis e contrários à sua equiparação à coisa julgada.

Assim, o último item trará uma análise da estabilização da tutela antecipada antecedente, apresentando suas principais características e efeitos, bem como apontando os posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à sua equiparação ao instituto da coisa julgada, ante a previsão expressa de que a decisão que concede a antecipação de tutela não faz coisa julgada, mas apenas se torna estável, caso não seja proposta ação objetivando sua revisão, reforma ou invalidação.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE AS TUTELAS PROVISÓRIAS

O presente tópico traçará as noções introdutórias e gerais acerca do instituto da tutela provisória, de acordo com o Novo Código de Processo Civil.

1.1 Conceito

O Novo Código de Processo Civil dedica o seu Livro V para tratar da tutela provisória. Tal instituto se divide em tutela provisória de urgência e da evidência, sendo que a primeira pode ser cautelar e antecipada. (daniel amorim 488)

Para Didier Júnior (2016), a tutela provisória foi criada para diminuir os efeitos do tempo no processo, de modo que a parte possa usufruir antecipada e imediatamente dos efeitos da tutela definitiva.

Ainda nos dizeres do mesmo autor (2016, p. 581):

A principal finalidade da tutela provisória

é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o *ônus do tempo do processo*, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele.

Não há, no referido diploma legal, uma definição de tutela provisória. Contudo, a partir da leitura do seu art. 294 é possível formar o seu conceito:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, o entendimento de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2016, p. 433):

É inequívoco que ela é uma espécie de tutela diferenciada, em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundada ou em verossimilhança ou em evidência, razão pela qual terá natureza provisória, podendo ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada. Sua finalidade é ou afastar o perigo a que está sujeita a tutela jurisdicional definitiva, ou redistribuir os ônus da demora na solução do processo, quando o direito tutelado for evidente, o que ela alcança ou por meio da antecipação dos efeitos da sentença, ou pela adoção de uma medida protetiva, assecurativa, que visa não satisfazer, mas preservar o provimento final. Feitas essas considerações, seria possível conceituá-la como a tutela diferenciada, emitida em

cognição superficial e caráter provisório, que satisfaz antecipadamente ou assegura e protege uma ou mais pretensões formuladas, em situação de urgência ou nos casos de evidência.

Para Theodoro Júnior (2015, p. 608-609):

As tutelas provisórias têm em comum a meta de combater os riscos de injustiça ou de dano, derivados da espera, sempre longa, pelo desate final do conflito submetido à solução judicial. Representam provimentos imediatos que, de alguma forma, possam obviar ou minimizar os inconvenientes suportados pela parte que se acha numa situação de vantagem aparentemente tutelada pela ordem jurídica material (*fumus boni iuris*). Sem embargo de dispor de meios de convencimento para evidenciar, de plano, a superioridade de seu posicionamento em torno do objeto litigioso, o demandante, segundo o procedimento comum, teria de se privar de sua usufruição, ou teria de correr o risco de vê-lo perecer, durante o aguardo da finalização do curso normal do processo (*periculum in mora*).

Para finalizar o presente tópico, oportuna a lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2016, p. 430):

A expressão “tutela provisória” passou a expressar, na atual sistemática, um conjunto de tutelas diferenciadas, que podem ser postuladas nos processos de conhecimento e de execução, e que abrangem tanto as medidas de natureza satisfativa quanto cautelar. Designa, portanto, o gênero, do qual a tutela satisfativa e a tutela cautelar são espécies.

1.2 Competência

De acordo com o artigo 299 do Novo Código de Processo Civil, “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”. (BRASIL, 2015).

Assim, caso o processo já esteja em trâmite, deve a tutela provisória ser requerida por meio de petição avulsa, perante o juízo da causa. Por outro lado, se a ação ainda não foi ajuizada, a tutela deve ser pleiteada junto ao juízo a quem compete conhecer da causa. Nesse caso, o pedido é feito através de uma petição inicial, chamada petição inicial provisória. (MONTENEGRO FILHO, 2016).

1.3 Fundamento da Tutela Provisória

Segundo reza o artigo 294 do Novo Código de Processo Civil, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o novo código processual, ao criar os dois tipos de tutelas provisórias, eliminou o processo cautelar, tal como era disciplinado no Código de Processo Civil de 1973. (GONÇALVES, 2016).

Em regra, as tutelas provisórias são tratadas, como um mero incidente processual, o qual pode ser levantado na petição exordial ou em petição avulsa (THEODORO JUNIOR, 2016).

Fredie Didier Júnior assim conceitua as tutelas provisórias de urgência e de evidência:

As tutelas provisórias de urgência (satisfativa ou cautelar) pressupõem a demonstração de “probabilidade do direito” e do “perigo da demora” (art. 300, CPP). A tutela provisória de evidência (sempre satisfativa/antecipada), pressupõe a demonstração de que as afirmações de

fato estejam comprovadas, tornando o direito evidente, o que se presume nas hipóteses do art. 311, CPC. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 584).

1.3.1 A tutela provisória da evidência

O instituto em questão encontra respaldo no artigo 311 do novo diploma civil, que assim dispõe:

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

I. ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

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

III. se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV. a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. (BRASIL, 2015).

Assim, depreende-se que a tutela da evidência implica que haja a demonstração das afirmações do fato. (DIDIER JÚNIOR, 2016).

Vale mencionar que, através da tutela provisória da

evidência, é possível que uma medida satisfativa ou cautelar seja antecipada pelo juiz, de modo que o ônus da demora do processo é transferido para a parte ré. (GONÇALVES, 2016).

A esse respeito, oportuna a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 276/277):

Note-se que esta espécie de técnica de tutela dos direitos é o resultado da admissão de que: i) o tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autos, como se esse fosse o culpado pela demora inerente à investigação dos fatos; ii) portanto, o tempo do processo deve ser visto como um ônus; iii) o tempo deve ser distribuído entre os litigantes em nome da necessidade de o processo trata-los de forma isonômica.

A tutela de evidência apenas pode ser requerida incidentalmente, e para o seu deferimento, na maioria dos casos é necessário que a formação processual já tenha se formado, ou seja, ela deve ser concedida após a citação do réu, sendo que as únicas hipóteses que admitem a concessão da tutela de evidência antes da citação do réu são as previstas nos incisos II e III do art. 311 do Código de Processo Civil. (MONTENEGRO FILHO, 2016).

Nesse sentido:

A tutela da evidência pressupõe, por sua própria natureza, demanda principal já ajuizada, pois é por meio da dedução da pretensão em juízo, com todos os seus fundamentos e suas provas disponíveis que se pode avaliar a evidência do direito da parte sobre o qual a medida provisória irá recair. Aforada a ação, a parte terá oportunidade de postular essa medida, desde logo, cumulando-a com o pedido principal na petição inicial; poderá, também, pleiteá-la posteriormente, a

qualquer momento durante o curso do processo. Não há lugar, contudo, para a decretação de ofício de medidas de tutela da evidência. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1197-1198)

Ressalta-se que a tutela de evidência, conforme descrita no Novo Código de Processo Civil, independe de comprovação do perigo da demora, ao contrário da tutela de urgência. (NEVES, 2016).

É importante mencionar que, assim como a tutela de urgência, a tutela de evidência não pode ser concedida de ofício, dependendo de um requerimento da parte, uma vez que não há o perigo de prejuízo, sendo injustificável que o magistrado conceda a medida caso ela não tenha sido requerida. (GONÇALVES, 2016).

Por fim, cumpre afirmar que existem duas espécies de tutela de evidência, quais sejam, a punitiva, que está prevista no inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil, e a documentada, cabível quando existe prova documental dos argumentos da parte, que encontra-se referida nos demais incisos do citado dispositivo. (DIDIER JUNIOR, 2016).

1.3.2 A tutela provisória de urgência

Assim reza o artigo 300 da nova legislação processual: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” (BRASIL, 2015).

Diante disso, vale dizer que para a concessão da tutela provisória de urgência é necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O primeiro caracteriza-se como a probabilidade do direito, enquanto o segundo refere-se ao risco de que a parte possa sofrer de perigo ou de prejuízo irreparável ante a demora do

processo. (GONÇALVES, 2016).

1.4 Provisoriedade das tutelas

O art. 296 do Novo Código de Processo Civil dispõe:

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo. (BRASIL, 2015)

Assim, ao deferir a tutela provisória, o magistrado age mediante sua cognição sumária, uma vez que ele ainda não possui todos os elementos de convicção sobre o litígio a ele apresentado, decidindo, assim, a partir do juízo de probabilidade. (NEVES, 2016, p. 488)

As tutelas provisórias possuem um caráter precário, e podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, através de decisão interlocutória ou na sentença, sempre de forma fundamentada. (MONTENEGRO FILHO, 2016).

Nesse sentido, vale trazer o entendimento de Misael Montenegro Filho (2016, p. 496-497):

Como a própria expressão indica, a tutela é provisória, fundada nos elementos de prova e nas considerações aduzidas pela parte que se beneficia da sua concessão. Deferida, a parte contrária pode produzir provas e comprovar a veracidade das suas alegações, demonstrando ao magistrado que os requisitos exigidos para a concessão da tutela provisória não foram preenchidos, como este imaginava, o que justifica o pedido de sua revogação, que ocorre mediante decisão de natureza interlocutória, contra a qual é admitida a interposição do recurso de agravo de

instrumento.

Além disso, a tutela provisória pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em função de alguma alteração fática ou jurídica da prova, embora sua eficácia seja conservada durante o processo. (DIDIER JUNIOR, 2016).

Isso não significa, contudo, que a tutela provisória será sempre revogada, e sim que ela pode ser revogada. Caso a defesa ofertada pela parte contrária não seja suficiente para convencer o juiz a modificar o seu entendimento, a tutela provisória é reafirmada na sentença, que absorve a decisão que a concedeu de forma tácita ou explícita. (MONTENEGRO FILHO, 2016).

1.5 Tutela provisória antecipada e cautelar

A tutela provisória pode se classificar em antecipada (satisfativa) ou cautelar, podendo-se, diante disso, antecipar, de forma provisória, a satisfação ou a cautela do direito pleiteado. (DIDIER JUNIOR, 2016).

A tutela antecipada possui caráter satisfativo, permitindo que o magistrado defira, já no início do processo, os efeitos da tutela definitiva. (GONÇALVES, 2016).

Nesse sentido:

O perigo de dano também pode legitimar a tutela antecipada. Assim, admite-se a antecipação da tutela para evitar dano ao bem que se pretende ver entregue ao final do processo. Porém, a tutela antecipada é imprescindível sobretudo para evitar dano a direito conexo ao direito objeto da tutela final e, ainda, para evitar a prática de ato contrário ao direito ou a prorrogação dos efeitos concretos de uma conduta ilícita. Nesta última hipótese, como obviamente

não há perigo de dano, mas da prática de ato contrário ao direito ou da prorrogação dos seus efeitos concretos, cabe aludir a risco ao resultado útil do processo ao direito à tutela ressarcitória. Note-se que a tutela antecipa o ressarcimento, ou seja, realiza antecipadamente esse direito, sem objetivar a sua segurança. O direito ao ressarcimento é antecipadamente realizado em razão de perigo de dano a um direito a ele conexo. (MARINONI, 2017, p. 127-128)

Por sua vez, a tutela cautelar trata-se de uma medida que visa a proteção do direito que possa estar em risco, em função da demora do processo:

Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar podem ser úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Mas diferem quanto à maneira pela qual alcançam esse resultado: enquanto a primeira afasta o perigo atendendo ao que foi postulado, a segunda o afasta tomando alguma providência de proteção. (GONÇALVES, 2016, p. 434).

Vale ressaltar, ainda, quanto à tutela cautelar, que ela adianta a cautela de certo direito, justificando-se apenas em casos de urgência, quando o direito precisa ser preservado, para se garantir a sua satisfação final futura e eventual. (DIDIER JUNIOR, 2016).

Desta forma:

A tutela cautelar supõe que a situação tutelável ou a tutela devida ao direito material estejam expostas a perigo. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o executado passa a praticar atos que evidenciam intenção de tornar infrutífera a

eventual e futura execução da sentença de condenação ao pagamento de soma. No caso, temendo o autor pela inefetividade da tutela final, poderá requerer tutela cautelar de arresto para que, em caso de reconhecimento do direito material, a tutela do crédito pecuniário tenha efetividade. Nesta situação, o perigo de dano se liga à inefetividade ou à inutilidade da tutela do direito almejada através da ação a ser proposta ou já em curso. (MARINONI, 2017, p. 127)

1.6 Tutela provisória incidental ou antecedente

De acordo com o parágrafo único do art. 294 do Novo Código de Processo Civil, “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”. (BRASIL, 2015).

Vale dizer que a tutela provisória de urgência pode ser pleiteada de forma antecedente ou incidental. Já a tutela provisória de evidência pode ser requerida apenas em caráter incidental. (DIDIER JUNIOR, 2016).

A tutela antecedente deve ser requerida antes da apresentação do pedido principal, ou antes que toda a sua argumentação tenha se completado. (GONÇALVES, 2016).

Didier Júnior conceitua a tutela antecedente da seguinte forma:

A tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva. A situação de urgência, já existente no momento da

propositura da ação, justifica que o autor, na petição inicial, limite-se a requerer a tutela provisória de urgência. (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 586).

Caso seja formulado pedido de tutela provisória satisfativa/antecipada, o autor deve, ao final, informar o pedido de tutela definitiva, expondo sumariamente a causa de pedir do direito que busca satisfazer e comprovando o perigo da demora. Já com relação ao pedido de tutela cautelar, deve-se mostrar de forma sumária a causa de pedir, o direito que será objeto da tutela definitiva ou seja, o direito acautelado, e o direito principal, além de demonstrar o perigo da demora. (DIDIER JUNIOR, 2016).

Assim, ao pedir a tutela antecedente, o autor deve apenas indicar qual será o seu pedido principal, dizendo de forma breve o que pretende assegurar. Após a efetivação da tutela antecedente, deve ser formulado, nos mesmos autos e no prazo de 30 dias, o pedido principal. (GONÇALVES, 2016).

Por sua vez, a tutela incidental deve ser requerida nos próprios autos principais, através de petição simples, a qualquer momento, desde que ocorra alguma situação de urgência. (GONÇALVES, 2016).

Nesse sentido a doutrina de Fredie Didier Júnior (2016, p. 585):

A tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC). É requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela

definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória. É importante esclarecer que o pedido de tutela provisória incidental não se submete à preclusão temporal, podendo ser formulado a qualquer tempo.

Vale dizer, então, que a tutela provisória incidental pode ser requerida na própria petição inicial, contestação, petição de ingresso de terceiro ou manifestação do Ministério Público, em petição simples, oralmente, durante realização de audiência, ou em petição recursal. Vale lembrar que o pedido pode conter qualquer tipo de tutela provisória: de urgência satisfativa ou cautelar, ou de evidência (nesse caso apenas de natureza satisfativa). (DIDIER JUNIOR, 2016).

Por fim, cumpre dizer que, qualquer que seja a tutela requerida, o pedido deve ser fundamentado devidamente, expondo clara e precisamente qual a situação de perigo ou evidência, assim como quais são os efeitos sociais que pretende adiantar. (DIDIER JUNIOR, 2016).

2 A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE

É cabível a tutela de urgência antecipada (satisfativa) antecedente quando é necessário evitar ou cessar perigo de dano, sendo provisoriamente oferecida ao autor da ação uma garantia imediata do direito para o qual é buscada a tutela principal e definitiva. (THEODORO JUNIOR, 2015).

A referida tutela possui um procedimento próprio, e deve ser requerida no bojo dos autos em que o autor pretende pleitear a tutela definitiva. O objetivo é de adiantar os efeitos da tutela definitiva, antes mesmo que seja formulado o pedido principal. (DIDIER JUNIOR, 2016).

Assim:

Assim, a tutela de urgência satisfativa tem utilidade em casos de ameaça não à utilidade do processo, mas ao próprio direito subjetivo material da parte, que não se acha em condições de aguardar o desfecho natural do processo ordinário. De certa forma, o juiz, em nome da tutela de urgência, antecipará, provisoriamente, os efeitos prováveis do julgamento futuro do mérito, i.e., concederá ao autor um provimento imediato que, de forma provisória, lhe assegure, no todo ou em parte, a usufruição do bem jurídico correspondente à prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 655).

2.1 Procedimento da tutela antecipada antecedente

O procedimento para a concessão da tutela provisória de urgência antecipada antecedente está previsto nos artigos 303 e 304 do Novo Código de Processo Civil.

Nos dizeres de Theodoro Junior (2015, p. 655):

A hipótese é diversa da que se protege pelas medidas conservativas ou cautelares. É tratada particularmente nos arts. 303 e 304 do NCPC, que traçam um procedimento próprio para o caso de tutela provisória satisfativa antecedente ao aforamento da demanda principal, cujas principais características são: (a) em sendo a urgência contemporânea à propositura da ação, o requerimento inicial conterà o pedido apenas de tutela de urgência satisfativa, limitando-se à simples indicação do pedido de tutela final apenas para demonstração do *fumus boni iuris*; da petição inicial constarão, ainda, (b) a exposição sumária da lide e do direito que

se busca realizar; e (c) a demonstração do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional.

Havendo a situação de urgência no momento da propositura da ação, o autor, na petição inicial, se limitará a requerer a tutela antecipada, indicando o pedido de tutela final, expondo a lide e o direito e indicando o perigo da demora e o valor da causa, deixando também explícito que pretende ser beneficiado com a concessão da tutela antecipada antecedente. (DIDIER JUNIOR, 2016).

Caso seja indeferido o pedido de tutela antecipada antecedente, o autor deverá emendar o pedido inicial, no prazo de até cinco dias, sob pena de que, se não o fizer, o processo seja extinto sem resolução de mérito. (NEVES, 2016).

Por outro lado, sendo deferida a tutela, deve o autor, no prazo de quinze dias, conforme previsão contida no art. 303 da nova lei processual, aditar a petição inicial, juntando novos documentos, complementando o pedido e confirmando o pedido de tutela definitiva. (BRASIL, 2015).

Ainda com relação ao deferimento da tutela em questão, o magistrado deverá determinar a intimação e citação do requerido para que cumpra a determinação contida na decisão que deferiu a antecipação da tutela e para que compareça à audiência de conciliação ou mediação, que nesse momento já deverá ter sido designada pelo magistrado. (DIDIER JUNIOR, 2016).

A esse respeito, oportuno trazer o ensinamento de Theodoro Júnior (2015, p. 667-668):

A citação do réu, na sistemática dos arts. 303 e 304, está prevista para ocorrer depois que o procedimento já se converteu em principal, por força do aditamento da petição inicial. A designação de audiência

de conciliação de que cogita o art. 303, § 1º, II, também, só tem cabimento depois da mesma emenda da inicial, por se tratar de diligência própria do processo principal, que não chegou a se abrir em virtude da extinção do procedimento antecipatório antes da eventualidade de sua transformação em causa definitiva. Em suma, a falta de recurso do requerido funciona como prejudicial da possibilidade de aditamento da inicial pelo requerente. Extinto o processo dessa maneira, só por ação apartada poderá ser discutida a solução definitiva (principal) da lide existente entre as partes, seja para cassar, manter ou confirmar a medida provisória estabilizada. Já tendo o autor aditado a petição inicial antes da audiência, a contestação, se houver, já vai ser contra a demanda principal, podendo, naturalmente, em preliminar, questionar a medida provisória já deferida e provavelmente executada, tendo em conta a urgência que a justificou na abertura do processo.

Não havendo autocomposição na audiência destinada para este fim, o réu deverá contestar a ação. Contudo, o prazo para oferecimento de tal peça só poderá ser contado a partir do momento em que o réu tenha ciência do aditamento da petição inicial. (DIDIER JUNIOR, 2016).

Após a apresentação da contestação, o processo seguirá os trâmites normais, e, caso o réu permaneça inerte, o processo deve seguir outros caminhos, podendo ocorrer a estabilização da tutela ou a extinção do feito. (DIDIER JUNIOR, 2016).

3 DA COISA JULGADA

Neste tópico serão traçadas considerações gerais

sobre a coisa julgada.

3.1 Conceito de coisa julgada

Nos termos do artigo 502 do Novo Código de Processo Civil, denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. (BRASIL, 2015).

Em todo o processo será proferida uma sentença, a qual torna-se imutável e indiscutível, caso contra ela não seja interposto recurso. Não havendo mais o cabimento de qualquer recurso contra a sentença, ocorre o seu trânsito em julgado e, em consequência, opera-se o fenômeno da coisa julgada. (NEVES, 2016, p. 867)

A coisa julgada, como consequência do trânsito em julgado, torna os efeitos da sentença imutáveis, tratando-se de um fenômeno relacionado à segurança jurídica, e tem por função garantir a imutabilidade dos efeitos das sentenças não, os quais tornam-se definitivos. (GONÇALVES, 2016).

Nas palavras de Theodoro Junior (2015, p. 1081/1082):

O que a coisa julgada acarreta é uma transformação qualitativa nos efeitos da sentença, efeitos esses que já poderiam estar sendo produzidos antes ou independentemente do trânsito em julgado. Uma sentença exequível provisoriamente produz, por exemplo, efeitos, sem embargo de ainda não se achar acobertada pela coisa julgada. Quando não cabe mais recurso algum, é que o decisório se torna imutável e indiscutível, revestindo-se da autoridade de coisa julgada. Não se acrescentou, portanto, efeito novo à sentença. Deu-se-lhe apenas um qualificativo e reforço, fazendo que aquilo até então discutível e

modificável se tornasse definitivo e irreversível.

3.2 Coisa julgada formal e material

Embora a coisa julgada represente um fenômeno único, não é raro dizer que ela se subdivide em duas espécies, sendo elas a formal e a material, as quais representam duas formas em que a coisa julgada pode se manifestar. (GONÇALVES, 2016).

A coisa julgada formal caracteriza-se como um fenômeno interno ao processo, e impede a modificação da sentença ou do acórdão, nos casos em que já não se cabem mais recursos. Nesse caso, o processo é encerrado, e não é mais possível executar nenhuma mudança na sentença, ou seja, o que o que ficou decidido não mais pode ser discutido naquele processo. (GONÇALVES, 2016).

Nesse sentido:

Na verdade, a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença. A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição. (THEODORO JÚNIOR, 2015 p. 1087).

Para Didier Júnior (2016, p. 531):

[...] coisa julgada formal é uma espécie de preclusão, a que se sujeita qualquer decisão- inclusive aquela que não pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada (material). Coisa julgada formal é, então, o trânsito em julgado, um dos pressupostos para a formação da coisa julgada. Essa é a acepção que mais frequentemente aparece na literatura jurídica processual, embora com críticas severas.

Por sua vez, a coisa julgada material projeta os seus efeitos externamente, impedindo que uma mesma ação já decidida definitivamente volte a ser discutida em processo diverso. Tal fato produz segurança jurídica, garantindo que o litígio seja resolvido de forma definitiva. (GONÇALVES, 2016).

Para Theodoro Júnior (2015, p. 1088), “coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente”.

Insta mencionar que, para que ocorra a coisa julgada material, é necessário que a decisão tenha apreciado o mérito. (GONÇALVES, 2016).

Nesse sentido (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1088):

No sistema do Código, a coisa julgada material só diz respeito ao julgamento do mérito, de maneira que não ocorre quando a sentença é apenas terminativa (não incide sobre o mérito da causa). Assim, não transitam em julgado, materialmente, as sentenças que anulam o processo e as que decretam sua extinção, sem cogitar da procedência ou improcedência do pedido. Tais decisórios geram apenas coisa julgada formal. Seu efeito se faz sentir

apenas nos limites do processo. Não solucionam o conflito de interesses estabelecidos entre as partes, e, por isso, não impedem que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual (art. 486).

O que se conclui é que, enquanto a coisa julgada formal limita-se ao processo extinto e não se projeta além dele, os efeitos da coisa julgada material vão além da relação processual, o que impede que seja proposta outra ação com fundamento nos mesmos elementos. (MONTENEGRO FILHO, 2016).

3.3 Limites da coisa julgada

3.3.1 Limites objetivos

Os limites objetivos da coisa julgada estão previstos no art. 503 do Código de Processo Civil, definindo o que se torna indiscutível pela coisa julgada:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o

aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Vale dizer que o artigo 504 do mesmo diploma legal, confirmando que apenas a parte dispositiva da sentença se torna imutável e indiscutível em virtude da coisa julgada material, prescreve, em seus incisos I e II, que não fazem coisa julgada: “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. (BRASIL, 2015).

Por fim, cumpre trazer a lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2016, p. 656):

As duas hipóteses são repetitivas. Ambas dizem respeito àquilo que contém a fundamentação da sentença. Por mais relevantes que as questões examinadas sejam para a apreciação do pedido, não ficam acobertadas pela coisa julgada material. Essa é uma das maiores dificuldades que, às vezes, se tem para a compreensão do tema: a possibilidade de, em outro processo, se rediscutir aquilo que o juiz examinou na fundamentação da sua sentença.

3.3.2 Limites subjetivos

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, eles referem-se às pessoas para as quais a sentença torna-se indiscutível: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. (BRASIL, 2015).

Para Daniel Amorim Assunção Neves (2016, p. 877):

Dizem respeito às pessoas para quem a sentença torna-se indiscutível. É clássica a afirmação de que “a coisa julgada faz lei

entre as partes”, assertiva que encontra respaldo no art. 506 do CPC: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Tal como escrita a regra, a coisa julgada poderá beneficiar terceiros, mas não prejudicá-los. No Código de 1973, a vedação era de que a coisa julgada prejudicasse e beneficiasse terceiros. A doutrina acertadamente ensina que todos os sujeitos – partes, terceiros interessados e terceiros desinteressados – suportam naturalmente os efeitos da decisão, mas a coisa julgada os atinge de forma diferente. As partes, inclusive o Ministério Público quando participa do processo como fiscal da ordem jurídica, estão vinculadas à coisa julgada, os terceiros interessados sofrem os efeitos jurídicos da decisão, enquanto os terceiros desinteressados sofrem os efeitos naturais da sentença, sendo que em regra nenhuma espécie de terceiro suporta a coisa julgada material.

Assim, não é possível afirmar que a sentença só é válida ou só prevalece para as partes do processo. O que prevê a nova lei processual civil é que pessoas estranhas ao processo não podem ser prejudicados pela imutabilidade e pela indiscutibilidade da sentença. (THEODORO JUNIOR, 2015).

4 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

4.1 Noções gerais

O artigo 304 do Novo Código de Processo Civil introduziu a possibilidade da tutela provisória se tornar estável, o que, para a doutrina, tornou tal dispositivo um dos mais polêmicos da nova lei processual.

(MONTENEGRO FILHO, 2016).

Assim dispõe o caput do referido dispositivo:

A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1.º No caso previsto no caput, o processo será extinto. § 2.º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. § 3.º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2.º. § 4.º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2.º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. § 5.º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2.º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1.º. § 6.º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2.º deste artigo”. (BRASIL, 2015).

Segundo Didier Júnior (2016), a estabilização da tutela provisória antecipada tem como objetivos afastar o perigo da demora e proporcionar ao autor resultados efetivos e imediatos, mesmo diante da inércia do requerido.

Para Marinoni (2017, p. 231-232):

O objetivo da regra que prevê a estabilização da tutela antecipada é, por

um lado, eliminar a necessidade de discussão de uma questão que, diante da conduta do réu, não gera mais controvérsia, e, de outro, outorgar capacidade de produzir efeitos a uma decisão interna a um processo que resulta extinto sem resolução de mérito.

Ressalta-se que a estabilização da tutela antecipada é limitada à tutela concedida de forma antecedente. Nesse sentido:

O legislador fez clara opção de limitar a possibilidade de estabilização da tutela antecipada à sua concessão antecedente, de forma que sendo concedida de forma incidental, mesmo sem a interposição do recurso da parte contrária, o processo não deve ser extinto e a tutela antecipada não se estabilizará nos termos do art. 304 do Novo CPC. Parece não haver espaço para outra conclusão diante da mera leitura do *caput* do art. 304 do Novo CPC, que ao tratar do âmbito de incidência da estabilização da tutela antecipada prevê expressamente a concessão de tal tutela provisória nos termos do art. 303 do mesmo diploma legal, que trata justamente da concessão antecedente da tutela. (NEVES, 2016, p. 525).

Quanto aos pressupostos para que ocorra a estabilização ora analisada, os mesmos serão estudados a seguir.

4.2 Pressupostos para que ocorra a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada

Para que ocorra a estabilização dos efeitos da tutela, é necessário, primeiramente, que o requerente tenha

pedido a concessão da tutela provisória antecipada em caráter antecedente, eis que, conforme já foi visto, apenas esta modalidade de tutela é capaz de se estabilizar. (DIDIER JUNIOR, 2016).

É preciso também, para que ocorra a estabilização, que o autor não tenha aditado a inicial. Isso porque, com o aditamento, o processo não será extinto e seguirá seus trâmites normais, havendo somente a manutenção da tutela concedida, até que ela seja revogada ou substituída pela sentença definitiva, não se falando, nesse caso, em estabilização. (GONÇALVES, 2016).

Nesse sentido:

Mas, se o aditamento à inicial não for feito, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2º, do CPC). Nesse caso, será necessário verificar se o réu interpôs ou não recurso de agravo de instrumento contra o deferimento da medida. Se tiver interposto, deve-se aguardar o julgamento do agravo, já que a medida não pode se tornar estável se há recurso pendente, que poderá implicar a reforma da decisão que a concedeu. Mas, se não tiver havido o aditamento da inicial, nem tenha sido interposto recurso contra o deferimento da tutela antecipada antecedente, ela tornar-se-á estável. (GONÇALVES, ANO, p.468)

Por fim, é necessário que o réu se mantenha inerte. Vale dizer que, muito embora o art. 304 da nova lei processual mencione apenas a não interposição de recurso, entende-se que é necessário que ele não tenha interposto recurso e nem impugnado a decisão por outro meio. (DIDIER JUNIOR, 2016).

Nesse sentido, vale trazer o entendimento de Montenegro Filho (2016, p. 506):

Em decorrência da norma, o réu deve interpor o recurso para evitar que a tutela antecipada se torne estável. Com a devida vênia, pensamos que o dispositivo deve ser interpretado de forma sistemática, não meramente literal. A parte (não apenas o réu) não está obrigada a interpor qualquer recurso, já que a prática desse ato é facultativa. Assim, pensamos que o dispositivo deve ser interpretado da seguinte forma: a tutela antecipada se torna estável se o réu não interpuser o recurso de agravo de instrumento e se não contestar, pois este último ato também demonstra a sua oposição em relação à concessão da tutela antecipada, na verdade, numa intensidade muito maior, quando o comparamos com o recurso de agravo de instrumento, no qual o réu apenas tenta demonstrar o não preenchimento dos requisitos relacionados no art. 300. A apresentação da contestação evita que a tutela se torne estável, evitando também a extinção do processo.

Marinoni (2017) ressalta que não é preciso que o autor requeira a estabilização dos efeitos da tutela diante da ausência de manifestação da parte requerida, uma vez que a estabilização é um efeito automático da inércia do réu.

É necessário afirmar que, de acordo com o que prevê o §5º do artigo 304 do Novo Código de Processo Civil, as partes possuem o prazo de dois anos para ajuizar outra demanda requerendo a revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido:

A norma confere às partes o direito de pedir a reforma ou invalidação da tutela antecipada. Contudo, apenas o réu pode ter interesse em se voltar contra a tutela

antecipada. O autor pode renunciar à tutela do direito, não tendo qualquer motivo para propor ação para reformá-la ou invalidá-la. Como é óbvio, se a tutela do direito é insuficiente ao autor, ele não fica impedido de propor ação para pleitear uma outra forma de tutela, outro modo de prestação da tutela ou a própria tutela de direito em maior extensão. (MARINONI, 2017, p. 240).

4.3 A estabilização da tutela antecipada antecedente e a coisa julgada

Ante a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela antecipada, com a extinção do processo sem julgamento do mérito, torna-se relevante analisar se, nesse caso, a tutela antecipada faz coisa julgada.

O artigo 304, § 6º, do Novo Código de Processo Civil prega que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mesmo que seus efeitos sejam estabilizados em razão da inércia do réu: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”. (BRASIL, 2015).

O debate doutrinário diz respeito a como deve ser qualificada a estabilidade após o transcurso do prazo de dois anos, sendo que uma parte defende que é formada coisa julgada após o referido prazo, havendo, inclusive, a possibilidade de ser proposta ação rescisória nos próximos dois anos. Outra parte afirma que a estabilização não tem a ver com a coisa julgada. (ROVER, 2017).

Não obstante a lei processual ensinar que no caso em comento não ocorre a coisa julgada, há posicionamentos doutrinários no sentido contrário, diante do que aparece o questionamento proposto no presente trabalho: decorrido o

prazo de dois anos para propositura de ação destinada a reformar, rever ou invalidar a decisão, o instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente poderia ser igualado à coisa julgada material que ocorre após o trânsito em julgado nas sentenças de mérito?

Conforme já foi visto, a coisa julgada material diz respeito ao mérito do processo e impede que seja proposta outra ação com os mesmos fundamentos, produzindo, assim, uma segurança jurídica. (MONTENEGRO FILHO, 2016).

Os doutrinadores que entendem que a estabilização da tutela antecipada antecedente não produz coisa julgada justificam tal posicionamento afirmando que, para uma decisão ser amparada pela ocorrência da coisa julgada é necessário que o mérito tenha sido analisado de forma exauriente. Assim, sendo a tutela antecipada uma decisão proferida em cognição sumária, a qual pode ser revista e tem natureza precária, ela não pode ser abrangida pelo caráter de coisa julgada. (ROVER, 2017).

Nesse sentido é o ensinamento de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 530):

Nos termos do art. 304, § 6º, do Novo CPC, a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mesmo que seus efeitos sejam estabilizados em razão da postura omissiva do réu. O dispositivo é comemorado pela melhor doutrina¹⁶⁹, que mantém tradição do direito pátrio de reservar a coisa julgada apenas a decisões proferidas mediante cognição exauriente. Afinal, não parece ter muito sentido lógico se conferir a imutabilidade e indiscutibilidade próprias da coisa julgada material a uma decisão proferida mediante cognição sumária. A certeza se torna imutável e indiscutível, a probabilidade não. Como entendo que a

coisa julgada material é resultante de uma opção de política legislativa, não vejo como impossível que se preveja expressamente decisão fundada em cognição sumária capaz de produzir coisa julgada material. Não me parecerá lógico, mas ilegal não será. Não foi, entretanto, essa a opção do legislador, como se pode notar claramente da redação do § 6º do art. 304 do Novo CPC.

Luiz Guilherme Marinoni (2017) entende que não se forma a coisa julgada, mas ocorre apenas a extinção do direito de reformar ou invalidar a tutela estabilizada.

Assim discorre o referido autor:

A impossibilidade de se pedir a revisão da decisão que concedeu a tutela antecipada para reformá-la ou invalidá-la nada tem a ver com a coisa julgada. Ora, se o legislador optou por não atribuir à decisão que concede a tutela que se estabiliza a qualidade de coisa julgada material, certamente em virtude da precariedade da cognição que está à sua base, não há razão para supor que o decurso do prazo para o exercício do direito de revê-la tenha a força de conferir à decisão não revista a autoridade de coisa julgada material. (MARINONI, 2017, p. 245).

Didier Júnior compartilha do mesmo entendimento, e assim escreve (2016, p. 625-626):

A estabilização da tutela satisfativa antecedente não se confunde com a coisa julgada. Em primeiro lugar, não se pode dizer que houve julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada. O juiz concedeu a tutela provisória e, diante da inércia do réu, o legislador houve por bem determinar a extinção do processo sem : resolução do mérito, preservando os

efeitos da decisão provisória. Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, 'rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles - a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada. Não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo da coisa julgada'³⁸. Esta é uma estabilidade processual distinta da coisa julgada'³⁹, embora também com eficácia para fora do processo

Cumpra trazer ainda o ensinamento de Theodoro Júnior (2015, p. 674):

O art. 304 dispõe que a tutela antecipada satisfativa “torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. E o art. 304, § 1º, completa que, nesse caso, o processo será extinto e a tutela de urgência continuará a produzir seus efeitos concretos. Essa decisão antecipatória, todavia, não opera a coisa julgada, ou seja, não se reveste dos efeitos da coisa julgada material, que a tornaria imutável e indiscutível, com força vinculante para todos os juízos. As partes poderão, no prazo decadencial de dois anos, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, apresentar, se lhes convier, a ação principal para discutir a matéria no mérito (art. 304, §§ 2º e 5º). A opção, *in casu*, pela não ocorrência da coisa julgada é lógica e faz sentido, pois não se poderia conferir a mesma dignidade processual a um provimento baseado em cognição sumária e a um

provimento lastreado na cognição plena.

Importa trazer à baila o seguinte julgado, oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA. MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO. CABIMENTO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. Matéria devolvida em sede de agravo. Impugnação da Fazenda considera as limitações para concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. Inteligência do art. 304 DO CPC. A estabilização não qualifica a formação da coisa julgada. A estabilização da decisão estende a chamada técnica monitoria para as tutelas de urgência porque condiciona o resultado do processo ao comportamento do réu ("secundum eventus defensionis"). Realidade compatível com o regime jurídico que rege os atos do Estado em juízo, a exemplo do que ocorre com a ação monitoria, na qual a formação do título executivo é decorrência da inércia do réu (Súmula 339 do STJ). Possibilidade de demandar o autor para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Inexistência de óbices para requerer tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública. PRAZO PARA CUMPRIMENTO E MULTA FIXADA. Ausência de elementos que justifiquem a fixação e prazo exíguo para fornecimento de medicamento não contido na lista de dispensação obrigatória por parte do Estado. Prazo majorado para 30 dias e

multa diária reduzida para R\$ 200,00, limitada a R\$ 60.000,00. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP - AI: 21292595820168260000 SP 2129259-58.2016.8.26.0000, Relator: José Maria Câmara Junior, Data de Julgamento: 28/09/2016, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/09/2016)

Em contrapartida, tem-se o posicionamento de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, que pregam que após o decurso do prazo de dois anos insculpido no § 5º do artigo 304 do Novo Código de Processo Civil ocorre a coisa julgada:

[...] em que pese ter sido a lei expressa acerca do tema (§6º), o que certamente virá a gerar enorme polêmica, entendemos que vencido o prazo decadencial de 02 (dois) anos, a sentença que estabilizou a tutela satisfativa produz coisa julgada material. Isso porque, sendo esta a única via através da qual a tutela estabilizada pode ser revista, excluída essa possibilidade, não mais terá a parte a possibilidade de modificar, através de outro processo, o que restou decidido quando da estabilização. [...] Portanto, seja lá qual for a denominação que se pretende dar a tal fenômeno, o fato é que se trata de uma imutabilidade e incontestabilidade da decisão próprios da eficácia operada pela coisa julgada material. (2015, p. 648-649).

Para Luiz Eduardo Ribeiro Mourão a estabilização da tutela antecipada deve também ser equiparada à coisa julgada:

[...] esgotado o prazo para rediscussão da

tutela antecipada antecedente, nos termos do parágrafo 2º do artigo 304 do novo CPC, concretiza-se a proibição de repetição/reprodução do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (artigo 337, parágrafo 1º e 4º do novo CPC), tornando-a indiscutível e imutável (artigo 502 do novo CPC). Essa nova situação jurídica chama-se, indiscutivelmente, coisa julgada. (MOURÃO, 2015).

Na mesma linha, Leonardo Greco sustenta que após o decurso do prazo de dois anos já referido a tutela antecipada adquire o caráter de coisa julgada:

Assim, nessa hipótese, de tutela antecipada antecedente estabilizada nos termos do artigo 305, não pode o juiz de ofício revogar a qualquer tempo a tutela provisória, não se aplicando a regra geral do artigo 297, inclusive porque, passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§ 5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada. (2014, p. 305).

Montenegro Filho defende também o posicionamento de que a estabilização da tutela antecipada produz efeitos de coisa julgada, assim discorrendo:

Embora a parte inicial do § 6.º da norma em exame preveja que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, esse dispositivo deve ser interpretado de forma conjugada não apenas com os demais parágrafos que integram o artigo, como também com o art. 502, textual em prever que denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e

indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Assim, a decisão que concede a tutela antecipada e que não é atacada por recurso ou impugnada pela contestação não produz coisa julgada material durante o prazo de que a parte dispõe para propor a ação a que se refere o § 5.º. Contudo, ultrapassado o prazo sem que o direito de ação seja exercitado, a relação de direito material é acobertada pelo manto da coisa julgada, sem que possa ser (re)discutida, ressalvada a possibilidade do ajuizamento da ação rescisória, fundada em uma das hipóteses listadas no art. 966. (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 507)

Diante de tais considerações, tem-se que a mais acertada é a que defende a não ocorrência da coisa julgada após o decurso do prazo de dois anos previsto no §6º do artigo 304 da nova lei processual.

Conforme visto, a coisa julgada deve abraçar somente as decisões de mérito, as quais são proferidas com base na cognição exauriente. Sendo a estabilização da tutela antecipada antecedente um instituto decorrente de uma decisão proferida em caráter precário, o decurso do prazo previsto para ela ser revista simplesmente extingue o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho de conclusão de curso foi o de analisar a estabilização da tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente.

O interesse pelo tema se deu em função de ser uma questão relevante, que, por ser um instituto novo, vem gerando conflitos doutrinários, diante de seu caráter inovador.

A fim de conferir uma maior compreensão do tema

proposto, de início foram tecidos os aspectos gerais das tutelas provisórias de urgência com base no Novo Código de Processo Civil. Foram analisados o seu conceito, fundamentos, espécies e demais questões concernentes ao tema, dentre elas, as diferenças entre a tutela antecedente e incidental e à tutela antecipada e cautelar.

Foi dedicado também um capítulo à tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, a qual é única que pode ser abrangida pelos efeitos da estabilização da decisão que a concede.

Tratou-se, desta forma, de descrever a tutela provisória antecipada antecedente, que conforme foi visto, garante o direito para o qual é pleiteada a tutela principal e definitiva, possuindo um procedimento próprio, cujo objetivo é antecipar os efeitos da tutela definitiva, antes de que seja feito o pedido principal.

Após, a fim de oferecer uma melhor compreensão do tema principal, foram traçadas considerações gerais sobre a coisa julgada, descrevendo o seu conceito, limites e espécies.

Por fim, foi analisado o instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente.

Foi visto que a estabilização afasta o perigo da demora e confere ao autor da ação, não obstante a inércia do requerido, resultados efetivos e imediatos.

Conforme foi estudado, a estabilização em comento se aplica apenas à tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, sendo essa limitação uma previsão expressa contida na nova lei processual civil.

Foram analisados também os pressupostos para que ocorra a comentada estabilização.

Assim, para que a decisão seja atingida pelos efeitos da estabilização, é preciso que o autor tenha sido requerida a tutela provisória antecipada antecedente. Além disso, é necessário que o processo seja extinto, e para tanto o autor não pode aditar o pedido inicial, uma vez que com o

aditamento não ocorre a extinção e o processo segue normalmente seus trâmites.

Também é pressuposto da estabilização a inércia do requerido. é preciso, assim, que ele não tenha aviado nenhum recurso, nem impugnado, por outro meio, a decisão que concedeu a antecipação de tutela.

Ocorrida a estabilização, importa mencionar que o artigo 304, §5º do Novo Código de Processo Civil concede às partes o prazo de dois anos para requerer a revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada.

Por fim, foi analisada a estabilização da tutela em face da coisa julgada.

De acordo com o que foi estudado, o § 6º do artigo 304 do Novo Código de Processo Civil prevê que a coisa julgada não atinge a decisão que concedeu a tutela antecipada cujos efeitos foram estabilizados.

Contudo, embora tal previsão esteja expressa na lei, existem doutrinadores que entendem o contrário e afirmam que após o decurso do prazo de dois anos para manejo da ação revisora, pode a estabilização da tutela ser equiparado à coisa julgada.

Tal é o questionamento presente neste trabalho.

A doutrina que defende a formação da coisa julgada prega que, decorrido o prazo de dois anos, a decisão torna-se imutável e incontestável.

Por outro lado, há quem defenda que a coisa julgada não abrange a decisão que concede a tutela provisória antecipada. Conforme se concluiu, tal posicionamento, que é que prevê expressamente a lei, é o que mais encontra respaldo.

Isto porque para que aconteça a coisa julgada, deve a decisão ter decidido o mérito. Contudo, a decisão que concede a tutela antecipada é emanada em cognição sumária, em caráter precário, não exaurindo o mérito da questão.

Diante disso, conclui-se o presente trabalho

entendendo que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada, mesmo que seja abraçada pelos efeitos da estabilização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 11. ed. Salvador: Jus Podvm, 2016. v. 2.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015.** Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual Civil. 2014. ISSN 1982-7636. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14541/15862>. Acesso em 05 out. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOURÃO, Luis Eduardo Ribeiro. **Com novo CPC a tutela antecipada antecedente faz coisa julgada.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz->

mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada. Acesso em 30 abr. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Verbatim, 2015. v. 1.

ROVER, Carla Cristina Steil. **O instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente e sua repercussão no ordenamento jurídico**. Palhoça: Universidade do Sul de Santa Catarina, 2017. Monografia.

THEODORO JUNIOR. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

DIREITO SISTÊMICO: SUA APLICAÇÃO COM ESCOPO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA RESOLUÇÃO 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Mirela Guimarães Gonçalves Couto¹¹

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar como a Constelação Familiar Sistêmica pode e deve ser utilizada pelo Poder Judiciário como forma alternativa de solução de conflitos. O tema, apesar de novo, já tem sido estudado e aplicado pelos operadores do Direito. A Constelação Familiar Sistêmica trata-se de uma sessão terapêutica em que se aborda os vínculos familiares e a forma ideal para lidar com conflitos. O sistema de Constelação criado por Bert Hellinger leva o indivíduo a avaliar seus sentimentos e a buscar a origem de seus conflitos, para então, entender como solucioná-los. Se pauta na existência de três leis que regem todo o sistema familiar: a da ordem, do equilíbrio e do pertencimento. A aplicação desse método pelo Poder Judiciário contribui para a eficácia das conciliações/acordos judiciais e possui amparo legal no Novo Código de Processo Civil e na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. O Estado tem o dever de desenvolver programas que estimulem à autocomposição e meios para que esta seja promovida. O Direito Sistêmico diz respeito à utilização das Constelações Familiares na esfera jurídica. Sua proposta é

¹¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

que as questões internas de cada indivíduo sejam reveladas através de um autoconhecimento, para assim, serem verdadeiramente resolvidas. Nessa perspectiva, a justiça se torna mais humana e promove de fato a pacificação social.

PALAVRAS-CHAVE: Constelação Familiar Sistêmica; Novo Código de Processo Civil; Conselho Nacional de Justiça; Direito Sistêmico.

INTRODUÇÃO

Os conflitos são resultados da divergência de interesses. Ocorrem quando há pretensões resistidas. Podem decorrer de diversos fatores, como por exemplo, fatores sociais, políticos e econômicos. Para solucioná-los, os indivíduos recorrem ao Poder Judiciário.

A justiça brasileira se encontra atafalhada de demandas e possui uma enorme dificuldade em solucionar os conflitos oriundos das relações sociais. Essa problemática gera reflexos negativos tais como provimentos judiciais dotados de morosidade e até mesmo, em certos casos, dotados de injustiças.

Por essa razão, os métodos alternativos de resolução de conflitos pautados nos princípios da celeridade e da economia processual, ganham ênfase no judiciário. O método de solução a ser utilizado depende das características de um conflito.

O primeiro capítulo do presente trabalho faz uma análise dos conflitos e dos mecanismos para solucioná-los. É pautada a Teoria Sociológica dos Conflitos, bem como a autotutela, a tutela jurisdicional e a autocomposição.

O segundo capítulo descreve sobre a Constelação Familiar Sistêmica e a possibilidade de sua

utilização na esfera jurídica, com destaque na relevância do Conselho Nacional de Justiça e do Novo Código de Processo Civil. Como forma de solução pacífica das controvérsias, a Constelação Familiar deve ser utilizada e regulamentada pelo Poder Judiciário.

O terceiro capítulo versa sobre o Direito Sistêmico em si e sua aplicabilidade. É demonstrado como o método utilizado pelo Poder Judiciário apresenta excelentes resultados, uma vez que houve um aumento considerável nos índices de conciliação e de acordos feitos pelas partes nas ações judiciais.

Os litígios ocorrem por causas que vão além de meros desentendimentos. São movidos por questões internas de cada indivíduo. Por essa razão, muitas vezes o direito positivado não é suficiente para solucioná-los. O Direito Sistêmico tornou-se expressivo e eficaz por basear-se nas ordens superiores que regem as relações humanas.

O Direito Sistêmico marcou a mudança de paradigmas: do paradigma da cultura do conflito para o paradigma da cultura de sua pacificação. É essencial para a busca de uma justiça caracterizada por soluções razoáveis e duradouras, que se preocupa de fato em fazer valer sua real missão.

2 CONFLITOS E MECANISMOS PARA SOLUCIONÁ-LOS

2.1 Aspectos Iniciais

Os conflitos se apresentam como divergências de interesses. Resultam das diferenças humanas. Assim definem Neto e Sampaio:

(...) um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergências entre as pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas. O choque de posições citado é fruto da conscientização de que a situação vivenciada pela pessoa a deixa desconfortável e a faz solicitar a outra a possibilidade de mudança. Mudança é toda e qualquer perspectiva dela, conduz ao conflito, ainda que nem toda mudança ocasione um conflito.¹²

Thomas Hobbes¹³ desenvolveu a teoria contratualista e explicou a necessidade da existência de um governo central para regular o convívio social. Para ele, os homens viveriam em constante guerra caso não se libertassem do seu Estado de Natureza¹⁴ e de seus sentimentos egoísticos, em nome de um grande regulador social.

A teoria contratualista¹⁵ de Hobbes explica como a liberdade individual foi sacrificada em troca de segurança. O Estado passou a assegurar aos indivíduos a paz, baseando-se no Contrato Social.

A boa convivência não é possível sem a presença de um acordo de vontades. Nesse aspecto, a ordem jurídica surgiu mediante normas de controle para harmonizar as relações sociais. A harmonia, portanto, é fruto desse sistema de controle existente há séculos. Nas palavras de Calmon:

¹²BRAGA NETO, Adolfo e CASTALDI SAMPAIO, Lia Regina. **O que é Mediação de Conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 31.

¹³ Filósofo de origem inglesa que viveu entre 1588 e 1679.

¹⁴ Conceito introduzido por Hobbes que diz respeito ao estágio em que os homens se encontravam quando se valiam do instituto da autopreservação.

¹⁵ Teoria que se pauta na existência de um Estado Forte, capaz de garantir segurança aos indivíduos, através de um Contrato Social.

A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual não somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução.¹⁶

A Teoria Sociológica dos Conflitos estabelece que os mesmos são identificados em três níveis: como latentes, emergentes ou manifestos.

O conflito latente é caracterizado por forças implícitas que não foram reveladas de forma plena e não chegaram a um conflito polarizado (exemplo: mudanças nos relacionamentos pessoais em que uma parte não tem consciência da seriedade da discórdia ocorrida [...]). O conflito emergente, que é quando a disputa em que as partes são identificadas, a disputa é reconhecida e muitas questões estão claras, entretanto não ocorreu uma negociação cooperativa ou um processo de resolução de problemas; tem, portanto, potencial para crescer [...]. O conflito manifesto é aquele em que as partes envolvidas em uma disputa ativa e contínua, começaram a negociar, mas chegaram a um impasse.¹⁷

¹⁶ CALMON, P. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. PÁGINA 25.

¹⁷ ANDRADE, Adriana. **A perspectiva sociológica da resolução de conflitos no estudo do comportamento frente às instituições**.

Disponível em:

http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-9S3JE3/a_perspectiva_sociol_gica_da_resolu_o_de_conflitos__adriana_amado_ppgs__fafich.pdf?sequence=1. Acesso em 15 out 2018.

Um conflito derivado de diferentes percepções dos indivíduos e deve ser resolvido com a adoção de medidas positivas e adequadas, capazes de satisfazer as partes litigantes.

2.2 Autotutela, Tutela Jurisdicional e Autocomposição

A autotutela foi utilizada há anos como forma de solução de conflitos. O indivíduo se valia da violência moral ou física para vencer o adversário. Não havia um terceiro com poder de decisão. Havia imposição de uma das partes sobre a outra. A autotutela não é aceita pelo ordenamento jurídico vigente.

Em um Estado Democrático de Direito, havendo pretensões resistidas, a jurisdição deve ser provocada. A tutela jurisdicional é uma solução heterocompositiva exercida mediante a imposição de um terceiro, que possui poder de forma institucionalizada. Sua decisão vincula as partes envolvidas.

Essa tradicional forma de tratar os conflitos do judiciário já não é mais vista como eficiente, uma vez que está provocando cada vez mais o agravamento dos conflitos e o distanciamento entre as partes. O fenômeno da litigiosidade contida ocorre devido à complexidade de um processo judicial.

Uma sentença quase sempre gera inconformismo de uma ou de ambas as partes. Em alguns casos, a sentença enseja interposição de recursos que retardam ainda mais a efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, mostra-se cada vez mais necessária a utilização de métodos alternativos capazes de pacificar as relações. O acúmulo de demandas, a morosidade, a onerosidade e a insatisfação impulsionam a

autocomposições viais judiciais e também nas extrajudiciais.

Na autocomposição a solução de um conflito decorre de uma decisão consensual das partes envolvidas. A autocomposição pode ser unilateral quando o atacante renuncia sua pretensão ou quando há submissão do atacado. Também pode ser bilateral quando as partes firmam acordo marcado por concessões recíprocas.

A conciliação e da mediação são formas de autocomposição.

2.2.1. Conciliação e mediação

A conciliação busca o entendimento entre as partes. Isso propicia a prevalência da justiça e a construção de um convívio mais pacífico. A apresentação de propostas e a finalidade de obter acordo são os marcos da conciliação. As propostas sugeridas devem ser viáveis e equilibradas.

Na conciliação, um terceiro imparcial sugere soluções para o conflito, estimulando as partes à realização de um acordo e mostrando os riscos da demanda ser judicializada. Não há qualquer imposição. O intermediador apenas orienta e instiga a reflexão individual de cada um, para que assim, decidam voluntariamente.

A conciliação tem incidência no curso do processo. O magistrado possui o dever legal de tentar conciliar as partes, podendo se valer de uma audiência para esse fim. Porém, também pode ser meio alternativo de solução de conflitos por vias extrajudiciais, através de profissionais independentes. Érica Barbosa e Silva traz como conceito de conciliação:

Por tudo isso, o instituto da conciliação deve ser definido como meio de resolução

de conflitos, cuja composição é triangular pela atuação de um terceiro, neutro e imparcial, que investiga os interesses e necessidades das partes, pela facilitação da comunicação entre elas com vistas à compreensão do conflito e pela aplicação de técnicas relacionadas à sua adequada transformação, com orientação facilitativa e sem objetivar o acordo, enfocando a relação intersubjetiva, quando necessário, sendo mais afeta aos conflitos unidimensionais.¹⁸

A mediação, por sua vez, diz respeito a um método técnico em que uma terceira pessoa, neutra e profissional, ensina aos mediandos a despertarem seus próprios recursos para transformarem o conflito. A mediação busca uma convivência com equilíbrio de posições, realizando justiça pela via do afeto e do sentimento.

Na mediação deve se afastar a ideia de solução de conflitos. O foco não é uma composição em si, embora essa seja desejada. O que ocorre é a compreensão do conflito. O conflito não é visto negativamente. É encarado como uma manifestação saudável para expressar a necessidade de mudanças que contribui expressamente para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, que diante novos conflitos, estarão mais preparados para enfrentá-los. A essência da mediação, portanto, consiste em olhar para além do litígio.

Pode ser um mediador qualquer profissional que estudou a origem das relações humanas. São os

¹⁸ SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação Judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Página 186.

formados em cursos de ciências humanas, como por exemplo, Sociologia e Psicologia.

Em síntese, a mediação e a conciliação são métodos voluntários de solução de conflitos, nos quais uma terceira pessoa conduz a negociação de maneira neutra. Quase sempre a mediação é conduzida nas ações complexas (como conflitos familiares) e a conciliação em processos consensuais breves (questões pontuais, como dívidas). Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmaram:

A distinção que se impõe fazer entre as duas figuras do conciliador e do mediador, que são auxiliares da justiça, inicia-se dos fatos que emergem da lide e apontam para a existência de partes em situação pontual de conflito, ou em situação potencial de permanência em conflito. O conciliador estabelece meios para a aproximação das partes e para o fim do litígio. O mediador analisa a causa do conflito em sua origem pré-processual, por causa de peculiaridades que fazem as partes permanecerem em situação de litígio (família, vizinhança, realização de negócios diferidos e etc). O mediador, por isso, é auxiliar que atua em aspecto mais amplo da litigiosidade entre as partes.¹⁹

Nas palavras de Alexandre Araújo Costa:

Conciliação e mediação são dois termos que sempre são utilizados nas teorias que tratam dos métodos de enfrentamento de conflitos que aqui chamamos de autocomposição mediada. A palavra

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Página 334. 2015. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. P. 7

mediação acentua o fato de que a autocomposição não é direta, mas que existe um terceiro que fica “no meio” das partes conflitantes e que atua de forma imparcial. A palavra conciliação acentua o objetivo típico desse terceiro, que busca promover o diálogo e o consenso. Assim, para o senso comum, não pareceria estranha a ideia de que o mediador tem como objetivo promover a conciliação, havendo mesmo muitos autores tanto brasileiros como estrangeiros que tratam esses termos como sinônimos. Porém, na tentativa de acentuar as diferenças existentes entre as várias possibilidades de autocomposição mediada, são vários os autores que buscam diferenciar conciliação de mediação, ligando significados diversos a esses termos.²⁰

O método de solução a ser utilizado depende da origem e das características de um conflito. Devem ser analisadas as peculiaridades de cada caso para que seja usada uma solução de conflitos mais eficiente.

A mediação e a conciliação podem ser realizadas com a utilização de diversas técnicas. Uma das técnicas possível de utilização é a Constelação Familiar Sistêmica.

²⁰ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudo de Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisas, 2004. Página 175.

3 A CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 Constelação Familiar Sistêmica

A Constelação Familiar Sistêmica é um método desenvolvido por Bert Hellinger²¹ na década de 1970 e possui uma abordagem da Psicoterapia Sistêmica Fenomenológica. Edmund Husserl²² foi o primeiro teórico a estudar o modelo Fenomenológico. A fenomenologia é uma corrente filosófica que estuda os fenômenos da consciência.

Ter uma atitude fenomenológica significa encarar algo sem vícios ou juízos formados. Para esse corrente filosófica o mundo sensível não é completamente óbvio à nossa consciência. A percepção com os sentidos é o que ‘parece ser’ e não necessariamente o que ‘é’.

A verdade de qualquer coisa, portanto, está na sua essência, e não no que o senso comum propaga como verdade. Para Husserl, o conhecimento da essência só é atingido quando os pressupostos estabelecidos pelo mundo externo são questionados. Este procedimento foi denominado pelo teórico de *epoché*. Epoché, portanto, nada mais é do que se opor ao dogmatismo, suspendendo juízos pré estabelecidos.

A Constelação Familiar é praticada nessa perspectiva. O facilitador, junto com o cliente, analisam comportamentos e chegam à uma visualização do que até então estava oculto. A Constelação leva à conclusão de que os indivíduos pertencem a algo. Assim, consegue trabalhar os relacionamentos, reverenciando a vida.

²¹ Psicanalista, filósofo e teólogo alemão que desenvolveu uma terapia sistêmica e familiar.

²² Filósofo alemão que estabeleceu a escola da fenomenologia.

Hellinger observou que os grupos sociais carecem da satisfação de três necessidades essenciais, que se manifestam de forma complexa e asseguram sua sobrevivência: a necessidade de pertencimento ou de vinculação a um grupo; a necessidade de ordem, estruturação do sistema em relação à função e à hierarquia; a necessidade de manter o equilíbrio de troca, entre dar e receber.

Cada uma dessas três necessidades submetem o indivíduo a forças que desafiam seus desejos e ansias pessoais, controlando, exigindo obediência e coagindo. Operando, então, como leis que limitam as vontades e expressões individuais, mas também tornam possíveis os relacionamentos íntimos com outras pessoas.²³

Concluiu, portanto, que essas três leis (da ordem, do equilíbrio e do pertencimento) regem o sistema familiar. Os indivíduos conquistam sua plenitude quando aceitam e honram o que receberam dos antepassados, independente de quem seja e do que tenha feito. Segundo Hellinger:

Quando lhes damos um lugar em nossa alma, ficamos em paz com eles. A partir do momento que estamos de posse de todos os que nos pertencem, de todos os que fazem parte do nosso sistema familiar, sentimos-nos inteiros e plenos no amor que pode fluir e crescer. Aquilo que se coloca a caminho, sem nenhuma intenção, sem

²³ HELLINGER, Bert. **Simetria oculta do amor**. Trad. Newton A. Queiroz. 6ed. São Paulo: Cultrix, 2015.

medo e sem vontade de ajudar alguém de qualquer maneira.²⁴

Para atuar como constelador é necessário ser qualificado, ter formação em Terapia e Constelações Sistêmicas. Nesse método, o constelador junto com o constelado, olham para o sistema desse último sem qualquer julgamento, apenas com amor, respeito, reverência, humildade, inclusão e compaixão.

A terapia sistêmica é realizada individualmente ou em grupo por meio de representantes. Os representantes são inseridos no processo para representar os personagens do contexto do constelado. Os representantes movimentam em um campo de força buscando a clareza do que ainda não é óbvio.

Esse campo de atuação dos representantes é chamado de Campo Morfogenético e é dele que surgem os conhecimentos necessários à solução dos conflitos. O terapeuta constelador também deve, nos movimentos das Constelações Familiares, adentrar nesse campo morfogenético. Isso o permitirá entender minuciosamente o caso que pretende solucionar.

Sobre as Constelações Familiares, Barbosa lecionou:

Os desentendimentos, principalmente no âmbito da família, tem raiz na dificuldade de comunicação, que começa pela dificuldade de identificação dos próprios sentimentos, em decorrência de não conseguirem identificar os papéis que cada um deve desempenhar no sistema familiar.²⁵

²⁴ HELLINGER, B. **O amor do espírito**. Patos de Minas: Atman, 2009, p. 34.

²⁵ BARBOSA, Á. A. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

Através da compreensão de Hellinger, pode-se apreciar que um indivíduo parte para a vida com uma autopercepção construída a partir do sistema humano do qual se originou, sua família. Por essa razão, a Constelação Familiar desenvolvida por Heliinger pode ser uma ferramenta utilizada para o êxito das mediações/conciliações e das demandas judiciais.

No atual cenário de conflitos as constelações familiares se apresentam como um modelo pacificador, um trabalho que promove a paz entre os povos. Neste trabalho a posição que cada parte assume nos processos judicializados encontra uma justificativa profunda, para ter se envolvido nele do modo como fez ou faz, seja na posição de agressor, seja na posição de vítima, seja como credor seja como devedor, como reivindicante ou reivindicado se amoldando ao sistema familiar de cada um, muitas vezes sem relação direta com a outra parte, se ajustando a um movimento estruturado pelo próprio sistema de origem.²⁶

De acordo com Luana Pereira Lacerda, Vitória Moinhos Coelho e Álvaro Telles Júnior, a ligação entre

²⁶ LACERDA, Sttela Maris Nerone. Direito Sistêmico E Direitos Humanos: A Aplicação Das Constelações Familiares Para Tratamento Dos Conflitos Judiciais. In: **II Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas. 2017**. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://sites.uepg.br/simposiocsadocs/gt6/012.pdf&ved=2ahUKEwjp9YbHlb3eAhXHHZAKHRmjCssQFjADegQICRAB&usg=AOvVaw19DeWyjk4cOdL9Ks0Fg_Sr. Acesso em: 01 nov 2018.

direito e psicologia pode contribuir expressamente na solução dos conflitos que são levados ao judiciário:

Ap princípio, valeressa flexibilidadeeaneecessidadequeopróprioDir eito nos apresenta quanto à liberdade de exercer esta ciência, por meio do processo multidisciplinar, permitindo a utilização de outros meios para alcançar o fim almejado, que, no âmbito discutido, concretiza-se com a solução de conflitos e a paz social, real sentido e interesse doDireito. É sobreessasnecessidadesqueoDireitobusca oprocessodehumanizaçãopor meiodaciênciadapsicologia,logoesteliamee ntredireitoeapsicologia pode proporcionar um tratamento adequado para os conflitos, uma vez que, analisarão os processosmentais e comportamentais do ser humano e de sua interação em certosambientes. [...] O fim último da constelação é olhar para o problema e encontrar a melhor solução. Assim, as técnicas desenvolvidas a partir do método prático, procedimento de uma constelação, pode acontecer de diversas maneiras, com o objetivo de olhar, analisar o problema e, também, as partes envolvidas. Após este exercício, que acontece de forma dinâmica, com premissas no psicodrama, acontece a compressão do problema, e, agora, os envolvidos no conflito têm consciência e possibilidade de agir naquela situação. Sabe-seque,osconflitosquechegamaoPoderJudiciário,outro nãoopuderam ser resolvidos por vontade individual das partes, ou por falta de elementos necessários para uma solução consensual. Para tanto, faz-se necessário que o problema seja levado a um terceiro habilitado para intervir e auxiliar na resolução do problema,

apresentando a solução mais célere e adequada, que proporcionará a pacificação efetiva entre as partes. Porém, diante da falta de uma cultura e uma abertura maior a essas novas técnicas, os conflitos não chegam ao Judiciário em sua integralidade. [...] Assim, faz-se necessário um novo olhar, que busca um processo de humanização e análise profunda da relação jurídica, o que pode ser possibilitado pelo processo da interdisciplinaridade, o psicodrama e a constelação.²⁷

As Constelações Familiares desolvem diálogos entre as partes envolvidas e previne futuros litígios. Para Grazielly Alessandra Baggenstoss:

A constelação pode ser definida como uma técnica que viabiliza, a partir do conhecimento sobre o sistema de pessoas, consequencialmente:

(a) o acesso a informações de um determinado campo energético-comunicacional vinculados às dinâmicas relacionais; (b) esclarecimento sobre determinadas falhas comunicacionais e ocorrências emocionais que impeçam o fluir dos relacionamentos humanos;

²⁷LACERDA, Luana Pereira; COELHO, Vitória Moinhos; TELLES JUNIOR, Álvaro. **Do Direito Sistêmico: A Constelação Como Meio De Resolução Consensual De Conflitos**. REGRAD, UNIVEM/Marília-SP, v. 11, n. 1, p 325-335, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/2643/738&ved=2ahUKewjmwJz2lr3eAhXBEJAKHcPbB28QFjAAegQIBRAB&usq=AOvVaw1vK8vnPuplCHY8ZwyBaisZ>. Acesso em: 01 nov 2018.

(c) a conscientização sobre a corresponsabilidade das pessoas participantes das dinâmicas relacionais;

(d) interrupção, pela escolha do sujeito, das ações ou omissões que estejam limitando o bom fluir da sua existência ou de seus relacionamentos e causando um movimento disfuncional à vida e às relações em questão;

(e) a assunção de uma nova postura, com a mudança do padrão comportamental.²⁸

As ferramentas utilizadas na Constelação Familiar Sistêmica estabelecem um conjunto de técnicas unidas por diversos conhecimentos. Ainda de acordo com Grazielly Alessandra Baggenstoss, a abordagem do facilitador pode utilizar dos seguintes conhecimentos:

a) Do campo psicoterapêutico: em que se compreende como as pessoas agem e por quê. As ordens do amor têm incidência aqui, as quais referem-se à lei do pertencimento (no que tange à identificação da pessoa e participação no sistema), à lei da hierarquia (ou precedência, em relação ao respeito à ordem de chegada no sistema) e a lei do equilíbrio (referindo-se à dedicação que as pessoas devem trocar entre si). Tais leis, contudo, não são as únicas a darem um balizamento para a verificação de

²⁸BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra, Conexões Entre Pensamento Sistêmico, Constelações Sistêmicas E Direito Sistêmico. In: **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. Organização Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS. 2018. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/4202/pdf>. Acesso em: 01 nov 2018.

comportamento. O importante é ter-se, também, uma postura humanista (Carl Rogers²⁹), em que observamos movimentos do sistema, mas não se avaliam positivamente ou negativamente – tão somente a orientação para o estabelecimento do posicionamento da pessoa no sistema familiar. Esse questionamento das ações não é feito na prática, mas baseiam as referências de onde o sujeito está em seu campo e qual poderia ser o movimento a ser tomado para a resolução de sua questão. Em um ponto, é o sistema que informará sobre o caminho mais adequado a ser seguido, a partir de suas próprias regras comunicacionais e teleológicas, considerando que todo sistema tem sua linguagem própria;

b) Do campo físico-quântico: em que são utilizadas referências relativas de tempo e de espaço, tendo em vista que se considera que o que for observado no sistema não está necessariamente transcrito em uma ordem cronológica;

c) Do campo biológico-médico: a somatização das emoções e de disfunções biológicas são explicadas como não só resultado e/ou potencializações de afetos individuais mal resolvidos, mas também como possíveis questões não tratadas do próprio sistema;

d) Do campo físico-energético: a energia do ser humano [...] É importante destacar que comunicação/informação e energia geram “entidades” (concentração de energia) e atuam no movimento ou na estagnação do ser humano.³⁰

²⁹Psicólogo estadunidense que viveu entre 1902-1987 reconhecido por sua psicologia humanista.

³⁰BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra, Conexões Entre Pensamento Sistêmico, Constelações Sistêmicas E Direito Sistêmico.

Sobre a aplicação das Constelações Familiares no judiciário, escreveu o Procurador de Justiça Amilton Plácido da Rosa:

Constelação familiar, na melhor tentativa de explicá-la cientificamente, é uma das formas de acessar o campo energético-informacional familiar de uma pessoa, campo esse que Rupert Sheldrake chamou de campo morfogenético, onde estão, no caso, todas as informações daquela família. Ao acessar referidas informações, traz-se como diz o terapeuta constelador Antônio Carlos Dornellas de Abre, “à luz os sistemas familiares e seus emaranhamentos, que podem ser os causadores de muitas doenças, dificuldades, fracassos, depressões e etc”. E continua ele, “quando membros de uma geração da família deixam situações por resolver, membros das gerações posteriores podem inconscientemente assumir a responsabilidade de reestabelecer a ordem nesta família, trazendo à tona problemas e dificuldades pelos quais não são responsáveis. Através da Constelação é possível que os emaranhamentos apareçam e também as soluções”.³¹

In: **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. Organização Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS. 2018. Disponível em:

<http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/4202/pdf>. Acesso em: 01 nov 2018.

³¹ROSA, Amilton Plácido da. **Direito Sistêmico: A Justiça Curativa, de Soluções profundas e Duradouras**. In: Revista MPE Especial. 2014. Disponível em:

https://issuu.com/mthayssa/docs/revista_final_site2/50. Acesso em: 15 out 2018.

Uma controvérsia encontra melhor desfecho quando solucionada de fato pelas pessoas envolvidas. A Constelação Familiar Sistêmica possibilita o autoconhecimento e o amadurecimento emocional do indivíduo.

Os conhecimentos tradicionais do Direito não são suficientes para resolver conflitos movidos pelos emaranhamentos existentes no sistema familiar das partes em um processo judicial. A introdução da ciência de Hellinger no judiciário pode contribuir expressamente para a solução dos conflitos.

3.2 A Constituição Federal

O direito de acesso à justiça, direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, implica necessariamente à ordem jurídica justa. O “acesso à Justiça” supera seu sentido literal, significando também o direito ao devido processo, com julgamento equitativo e em tempo eficaz.

Portanto, torna-se necessário estabelecer uma política de incentivo e melhoramento dos mecanismos utilizados na resolução de conflitos. Consta no preâmbulo da Carta Magna de 1988:

Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a **solução pacífica das**

controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Federativa do Brasil.³² (Grifos nossos).

A utilização da Constelação Familiar Sistêmica no judiciário é ato constitucional. Como forma de solução pacífica dos conflitos, deve ser instituída e regulamentada pelo Poder Judiciário.

3.3 A Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125/2010 que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça foi instituída para regulamentar as formas de solução de conflitos.

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.” (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)
Parágrafo único. **Aos órgãos judiciários incumbe**, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de

³²BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição Da República Federativa Do Brasil. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm. Acesso em: 03 out 2018.

Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).³³ (Grifos nossos)

A mediação e a conciliação podem ser realizadas com a utilização de diversas técnicas. Algumas dessas técnicas são detalhadas no Manual de Mediação Judicial publicado pelo CNJ e vêm sendo difundidas como parte da política estabelecida pela Resolução nº 125/2010.

Mas o referido manual não é exaustivo. A ciência jurídica continua se desenvolvendo e encontrando novos métodos capazes de favorecer a obtenção da conciliação nos conflitos. Logo, é plenamente possível que centros judiciários de solução de conflitos junto com os mediadores, conciliadores ou facilitadores, utilizem do método da Constelação Familiar.

A Resolução trouxe incentivo a uma nova cultura jurídica e gerou uma transformação no modo de pensar o conflito e de buscar sua solução. Fomentou a autocomposição e direcionou os servidores, advogados, defensores, promotores, procuradores e magistrados a possuírem uma postura mais positiva e apaziguadora.

O Conselho Nacional de Justiça defende a necessidade de consolidar uma política pública para o incentivo e aperfeiçoamento de instrumentos consensuais de solução de litígios no Poder Judiciário. Para Fabiano

³³BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 125 de 29/11/2010, In: **CNJ**. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 28 set 2018.

Oldoni, Márcia Surubbi Lippmann e Maria Fernanda Gugelmin Girardi:

Os objetivos da Resolução nº 125 do CNJ são: I) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); II) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); III) Reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º).³⁴

Em outubro de 2016, o CNJ pronunciou que a utilização das técnicas da Constelação Familiar estaria em conformidade com a Resolução nº 125/2010, tendo em vista que a referida Resolução estimula práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos de interesse do judiciário.³⁵

O artigo 1º da Resolução nº 125/2010 do CNJ é claro ao expressar que incube aos órgãos judiciários oferecer mecanismos de soluções de conflitos, em especial os chamados meios consensuais. Nessa perspectiva, a Constelação Familiar Sistêmica se apresenta como um forte mecanismo para a promoção da pacificação social.

3.4 Novo Código de Processo Civil

³⁴OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Surubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito Sistêmico: **Aplicação das Leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 1 edição. 2017. Manuscritos Editora.

³⁵BANDEIRA, Regina. **Constelação familiar ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário**. In: CNJ. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>. Acesso em: 16 out 2018.

O Novo Código de Processo Civil possui como uma de suas principais mudanças, a instigação à autocomposição. O artigo 334, caput, do NCPC prescreve a obrigatoriedade da mediação e da conciliação na etapa inicial do processo.

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.³⁶

Se o repúdio ao procedimento de conciliação não for declarado por todas as partes envolvidas no litígio trazido a juízo, a audiência de conciliação é obrigatória. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça.

O artigo 3º, § 2º e § 3º do Novo Código, não só ampliou o entendimento de métodos de solução consensual de conflitos para além da conciliação e da mediação, como também instituiu como dever do Estado a promoção de soluções consensuais dos conflitos. Depreende-se, portanto, que técnicas alternativas para solução de conflitos devem ser usadas pelo judiciário tanto na conciliação/mediação para uma maior facilitação, como também em outros métodos que levam à autocomposição.

[...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a **solução consensual dos**

³⁶BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2018.

conflitos; § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.³⁷ (Grifos nossos).

Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade de Nery:

Este dispositivo é muito mais amplo do que a referência feita pelo artigo 125, IV, do CPC/73 ao dever do juiz tentar, a qualquer tempo, a conciliação das partes. A solução consensual passa a ser dever de Estado- logo, o Estado também deverá tomar medidas que criem nos litigantes a necessidade de tentar a conciliação.³⁸

A autocomposição pode ser promovida a qualquer tempo. Nos termos do artigo 139 do CPC: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; [...]”³⁹

O artigo 165 do NCPC não possui correspondência legislativa com o antigo CPC. O

³⁷BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 03 out 2018.

³⁸NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Página 334. 2015. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. P. 192.

³⁹BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2018.

dispositivo também possui o intento de incentivar o desenvolvimento de políticas destinadas a orientar e estimular a autocomposição.

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de **programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.**⁴⁰ (Grifos nossos).

Na sequência, o § 3º do art. 166 do NCPC dispõe que “Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo **de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.**”⁴¹ (Grifos nossos).

As ações de família ganharam uma atenção ainda maior com o novo CPC. Os meios consensuais autocompositivos possuem o condão de promover a restauração dos laços afetivos. Dispõe o artigo 694 do CPC:

Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de **profissionais**

⁴⁰BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2018.

⁴¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2018.

de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.⁴² (Grifos nossos).

Os artigos supramencionados ilustram como o NCPC estimula os métodos alternativos de solução de conflitos, amplamente considerados. Portanto, a Constelação Familiar Sistêmica possui amparo legal para ser utilizada no judiciário.

As partes envolvidas no processo, inclusive juízes e advogados, devem estar focados na gestão dos conflitos com humanidade. Os conflitos, sempre que possível, devem ser resolvidos de forma amistosa e coerente.

4 UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO SISTÊMICO

4.1 Direito Sistêmico

O Direito Sistêmico é um direito entendido sob a ótica das ordens superiores que regem as relações humanas. Baseia-se na utilização dos métodos das Constelações Familiares na esfera jurídica.

O termo ‘Direito Sistêmico’ foi introduzido pelo juiz Sami Storch. No que se refere a nomenclatura, Grazielly Alessandra Baggenstoss expressou:

⁴²BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 out 2018.

Direito, etimologicamente, refere-se à observância, obediência de regras. Contemporaneamente, tem-se como, agrossomodo, um conjunto de normas jurídicas, em sua máxima expressão, que são impostas pelo Estado para a regulação da vida em sociedade. São normas que apascentam as expectativas dos sujeitos de um Estado, como diria Luhmann. Assim, também, o direito, como um todo, pode ser contemplado como um sistema jurídico. Qualquer qualificação a ser acrescida contemplará uma especialização do Direito. Por exemplo, direito penal; direito civil; direito administrativo. Em tal senda de classificação jurídica, a concepção do que seria *Direito Sistêmico* caracterizaria o significado “conjunto de normas que regulamentam o âmbito dos sistemas”. A questão é: as normas dos sistemas não são jurídicas, não são determinadas pelo Estado, não são Direito propriamente dito. A partir de tal categorização, portanto, é incorreta tal nomenclatura. É viável, no entanto, adotar a compreensão apresentada por Sami Storch de que o Direito Sistêmico é a abordagem sistêmica do Direito, enquanto uma “análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações familiares sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger.”⁴³

⁴³ BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra, Conexões Entre Pensamento Sistêmico, Constelações Sistêmicas E Direito Sistêmico. In: **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. Organização Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS. 2018. Disponível em:

Os conflitos ocorrem por causas que vão além de meros desentendimentos. O Direito Sistêmico permite que as questões internas de cada indivíduo sejam reveladas através de um autoconhecimento. Assim, serão verdadeiramente resolvidas. Essa é a proposta do Direito Sistêmico.

Segundo o magistrado Sami Storch:

Uma das bases do direito sistêmico é a consideração pela pessoa e pela bagagem que ela traz (família). Um indivíduo não pode ser tratado isolado, ele tem que ser encarado como um sistema, formado por ele próprio, pelo pai e pela mãe. Se queremos conhecer alguém ou a nós mesmos nós precisamos assimilar a origem desse ser. Todos gostam de ser reconhecidos. Muitas pessoas ingressam com processos na Justiça por conta de um motivo, mas quando é feita a análise mais profunda, é possível verificar que o problema maior é que elas foram desconsideradas pelo outro ou sofreram um gesto de não reconhecimento.⁴⁴

Para Stella Marins Nerone Lacerda:

A expressão “direito sistêmico” compreende uma forma inovadora de se olhar, sentir e elaborar os conflitos judiciais por meio de uma abordagem terapêutica, responsabilizadora e

<http://www.indexlaw.org/index.php/acessojustica/article/view/4202/pdf>. Acesso em: 01 nov 2018.

⁴⁴ MARESSA, Keila. **Curso de Direito Sistêmico para magistrados e servidores do TJMT**. 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/02/21/curso-de-direito-sistemico-para-magistrados-e-servidores-do-tjmt/>. Acesso em: 10 out 2018.

reflexiva que permite contato com dinâmicas invisíveis que motivam os conflitos e vinculam os comportamentos atuais, sugerindo passos direcionados a harmonização das relações familiares, sociais e empresariais por meio do equilíbrio, da ordem e do pertencimento. Direito sistêmico é um conjunto de ações, intervenções, exercícios e práticas sensoriais direcionadas a ampliar o olhar das partes litigantes para além do conflito e do processo judicializado, conduzidas nessa experiência por um operador do sistema devidamente capacitado a contemplar e integrar realidades não visíveis que estão para além do processo conflituoso, conduzindo-as a uma solução que produza paz para todo o sistema familiar.⁴⁵

Uma solução judicial pode até trazer fim a um processo, mas não gera verdadeiras soluções. Tem-se, como exemplo, uma ação de divórcio com filhos menores. A sentença poderá definir qual dos pais ficará com as crianças, bem como o valor da pensão. Mas essa decisão em nada será proveitosa se os pais continuarem se atacando e os filhos se sentirem alvos dos ataques. Dessa forma, o conflito interno vivenciado só aumentará.

⁴⁵ LACERDA, Sttela Maris Nerone. Direito Sistêmico E Direitos Humanos: A Aplicação Das Constelações Familiares Para Tratamento Dos Conflitos Judiciais. In: **II Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas**. 2017. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://sites.uepg.br/simposiocsadocs/gt6/012.pdf&ved=2ahUKEwjp9YbHlb3eAhXHHZAKHRmjCssQFjADegQICRAB&usg=AOvVaw19DeWyjk4cOdL9Ks0Fg_Sr. Acesso em: 01 nov 2018.

O juiz deve utilizar a força do seu cargo para auxiliar na busca de soluções que não apenas terminem o processo judicial, mas que realmente resolvam os conflitos. Nas palavras do juiz Sami Storch:

Uma pessoa atormentada por motivos de origem familiar pode desenvolver um psicose, tornar-se violenta e agredir outras pessoas. Quem tem a ver com isso? Todos. Toda a sociedade. Adianta simplesmente encarcerar esse indivíduo problemático ou mesmo matá-lo (como defendem alguns?) Não. Se ele tiver filhos que, com as mesmas raízes familiares, apresentam os mesmos transtornos, o problema social persistirá.⁴⁶

O juiz deve considerar toda a realidade e deve decidir sem julgamentos de qualquer tipo. Assim, já estará indiretamente facilitando uma conciliação entre as partes. Consequentemente, a solução por ele imposta, será mais bem recebida pelos litigantes.

O magistrado, portanto, deve solucionar um conflito valendo-se da empatia sistêmica. Preceitua o Dr. Sami Storch:

Quando uma das partes chega para fazer audiência você precisa conversar com ela, enxergar a situação além da pessoa e realmente entender o problema que ela está passando [...] Uma das bases do direito sistêmico é a consideração pela pessoa e pela bagagem que ela traz (família). Um indivíduo não pode ser tratado isolado, ele tem que ser encarado como um sistema, formado por ele próprio, pelo pai e pela mãe. Se queremos

⁴⁶ STORCH, Sami. **O Direito Sistêmico**. 2013. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/>

conhecer alguém ou a nós mesmos nós precisamos assimilar a origem desse ser. Todos gostam de ser reconhecidos.⁴⁷

Os relacionamentos humanos nem sempre se orientam pelas leis positivadas. Os conflitos entre indivíduos têm origem em questões mais profundas e complexas do que os fatos trazidos aos autos de um processo. O Direito Sistêmico se propõe a encontrar uma verdadeira solução, baseando-se na origem familiar do indivíduo, ou seja, no seu sistema familiar.

Assim, o Direito Sistêmico nos propõe a busca de uma solução, não mais focada apenas na ótica competitiva, mas sim cooperativa e pacífica, o que vem perfeitamente ao encontro da necessidade de pacificação social e se distancia salutarmente da visão opositiva, até então perpetrada pelos construtores do Direito.⁴⁸

Stella Lacerda correlacionou Direito Sistêmico com Direitos Humanos:

O movimento do direito sistêmico ganha força num cenário potencializado por sentimentos, merecendo destaque o sentimento de injustiça, onde as pessoas integrantes dos processos judiciais dificilmente ficam satisfeitas com as

⁴⁷MARESSA, Keila. **Curso de Direito Sistêmico para magistrados e servidores do TJMT**. 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/02/21/curso-de-direito-sistemico-para-magistrados-e-servidores-do-tjmt/>. Acesso em: 10 out 2018.

⁴⁸OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Surubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico: Aplicação das Leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 1 edição. 2017. Manuscritos Editora.

decisões judiciais e delas sempre recorrem eternizando o processo que nunca chega ao seu fim. Neste cenário, permanece latente outro sentimento o de que o direito positivado é insuficiente para defender os direitos humanos e ou maximizar a realização de suas garantias [...]O direito sistêmico traduz a tomada de consciência de um novo direito que está sendo construído também a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. É um direito comprometido estruturalmente com a liberdade, solidariedade, tolerância, com o pluralismo, a diversidade cultural e essencialmente com o respeito ao outro, em plena conexão com os direitos humanos eis que assegura os direitos fundamentais dos humanos, se encontrando totalmente alinhado com os direitos humanos.⁴⁹

O Direito Sistêmico não se restringi ao âmbito das conciliações e da atuação dos juízes. A terapia deve ser aplicada na ciência jurídica amplamente considerada, inclusive, desde a etapa de elaboração das leis. Segundo Barbosa, nem todos os profissionais conhecem o método:

Todo conflito familiar e todos os sujeitos de direito são adequados para a mediação, cujo limite é apenas a existência de situação de risco para algum familiar. É da

⁴⁹LACERDA, Sttela Maris Nerone. Direito Sistêmico E Direitos Humanos: A Aplicação Das Constelações Familiares Para Tratamento Dos Conflitos Judiciais. In: **II Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas**. 2017. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://sites.uepg.br/simposiocsa/docs/gt6/012.pdf&ved=2ahUKEwjp9YbHlb3eAhXHHZAKHRmjCssQFjADegQICRAB&usq=AOvVaw19DeWvjK4cOdL9Ks0Fg_Sr. Acesso em: 01 nov 2018.

natureza humana regular os conflitos pela comunicação, portanto, qualquer pessoa está predisposta a aceitar essa maneira nobre de enfrentar o sofrimento. O que ocorre é que nem os jurisdicionados, nem os profissionais que os acolhem, conhecem a possibilidade deste caminho. O que costuma ocorrer, com frequência, é que o sujeito de direito entende mediação como tentativa de reconciliação, colocando-se em posição de resistência a sua prática, como mecanismo de defesa, pois tem medo inconsciente da rejeição.⁵⁰

Muito se discute sobre a aplicação do Direito Sistêmico por parte de um advogado. O conhecimento das leis sistêmicas para a pacificação dos conflitos pode mudar a maneira de como os advogados lidam com as questões que lhes são apresentadas. Para o magistrado Sami Storch:

Quem está emaranhado pode ser um terapeuta dedicado, um advogado combativo [...]Mas, sem perceber, ele reforça o padrão do cliente – de vítima, de revolta, de dependência. O cliente ganha a indenização, porém se torna ainda mais infeliz e insatisfeito. O advogado emaranhado sistemicamente pode ganhar a causa e assim ajudar seu cliente no nível daquilo para o qual foi contratado – livrá-lo da prisão ou colocar alguém nela, ganhar a guarda do filho, obter a indenização por uma injustiça sofrida ou se livrar de um pagamento, etc. Mas não é uma ajuda real, pois é limitada e deturpada pelo emaranhamento do cliente e do próprio advogado que com ele se identifica. Na verdade, ajuda o cliente a se

⁵⁰BARBOSA, Á. A. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 65.

tornar mais vítima, mais insatisfeito, mais reclamão, mais acusador.⁵¹

Alguns advogados já utilizam o nome advocacia sistêmica para designar o trabalho jurídico sob a abordagem sistêmica. A Ordem dos Advogados do Brasil de diversos estados já possuem uma Comissão de Direito Sistêmico, como por exemplo, a OAB/MG, a OAB/SP, a OAB/SC e a OAB/PR. Prescrevem Fabiano Oldoni, Márcia Sarubbi Lippman e Maria Fernanda Gugelmin Girardi:

Munido dessa nova forma de perceber seu papel no sistema, o advogado, não mais como um fomentador do conflito, mas sim como um pacificador- empático, adota uma postura respeitosa, sistêmica e fenomenológica, levando em conta as três leis inconscientes que regem todos os sistemas vivos, no exercício da advocacia.⁵²

Nesse sentido, expressa Stella Marins Nerone Lacerda:

O direito sistêmico é um direito vivo que emerge das relações em movimento, nascido das observações e dos sentimentos captados na amplitude de um novo olhar direcionado para as relações judiciais que refletem as relações conflituosas humanas e que pulsam no ritmo da vida. Nasce da

⁵¹STORCH, Sami. **A Missão**. 2018. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2018/04/19/a-missao/> Acesso em 10 out 2018.

⁵²OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Surubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico: Aplicação das Leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 1 edição. 2017. Manuscritos Editora. P. 49.

experiência pessoal e concreta daqueles que se submetem a olhar e ver para além das divergências inseridas no enfrentamento judicial. **Destaque-se que essa vivência se renova com toda sua potencialidade quando um dos operadores ou integrantes do sistema judicial, seja o juiz, o advogado, o promotor, o defensor público, o procurador ou os auxiliares do juízo, entre outros facilitadores, se colocam nessa dimensão triangular e a partir de suas posições incluem as partes em conflito e seus respectivos sistemas familiares** contemplando os fatos para além do processo, acolhendo distintas possibilidades, ampliando horizontes para acolher as imagens de solução, trazendo-as para a realidade presente.⁵³ (Grifos nossos)

As Constelações Familiares ajudam os profissionais do direito a se posicionarem de uma forma mais humana, à medida que considera o vínculo sistêmico de cada um. O Dr. Décio Fábio de Oliveira Jr. já afirmou sobre o tema:

Supostamente a ação da Justiça deveria (...) encontrar uma solução que fosse justa para ambas as partes, que trouxesse a reconciliação. (...) Onde o juiz atua de maneira a conseguir de fato uma

⁵³ LACERDA, Sttela Maris Nerone. Direito Sistêmico E Direitos Humanos: A Aplicação Das Constelações Familiares Para Tratamento Dos Conflitos Judiciais. In: **II Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas**. 2017. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://sites.uepg.br/simposiocsadocs/gt6/012.pdf&ved=2ahUKEwjp9YbH1b3eAhXHHZAKHRmjCssQFjADegQICRAB&usg=AOvVaw19DeWjyk4cOdL9Ks0Fg_Sr. Acesso em: 01 nov 2018.

conciliação verdadeira, do coração das duas partes, então, efetivamente, nós temos uma solução duradoura. Quando ele apenas julga, mas o conflito continua no coração das pessoas, o que acontece é que mais adiante terá que julgar de novo uma nova situação e o conflito permanece, perpetua-se. Então eu diria que é muito louvável esse movimento que busca uma reconciliação, contanto que ela seja verdadeira, que vem do coração (...) Este é o verdadeiro papel do Judiciário na sociedade.⁵⁴

O Direito Sistêmico não é um novo direito. Trata-se do mesmo direito, porém interpretado e aplicado de uma nova forma hermenêutica. Só há direito quando a solução traz paz e equilíbrio. Nas palavras de Fabiano Oldoni, Márcia Sarubbi Lippman e Maria Fernanda Gugelmin Girardir:

Sempre, faz-se necessário ver além do aparente, buscar soluções construtivas e trabalhar como uma grande equipe, pois todos nós, construtores do Direito, compomos um sistema, e cada um de nós é peça chave para que o movimento que promove a JUSTIÇA, ocorra com respeito à ordem, à hierarquia e ao equilíbrio, enfim, de forma harmoniosa.⁵⁵

⁵⁴ ROSA, Amilton Plácido da. Direito Sistêmico: A Justiça Curativa, de Soluções profundas e Duradouras. In: **Revista MPE Especial**. 2014. Disponível em: https://issuu.com/mthayssa/docs/revista_final_site2/50. Acesso em: 15 out 2018.

⁵⁵ OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Surubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito Sistêmico: **Aplicação das Leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 1 edição. 2017. Manuscritos Editora. P 61.

4.2 Aplicabilidade

O método da Constelação Familiar Sistêmica já vem sendo utilizado para solução de conflitos do judiciário. A intenção da utilização da técnica no judiciário é revelar para as partes o que há por trás do conflito que gerou o processo judicial.

Existem duas formas de se aplicar o Direito Sistêmico. A primeira diz respeito a postura dos operadores do direito, que devem analisar a situação através de uma abordagem sistêmica. Os próprios advogados e promotores de justiça, quando recebem as pessoas, devem estar dispostos a agir e devem analisar toda situação e as partes do conflito.

A segunda forma de aplicar esse direito é utilizar de fato das técnicas específicas das Constelações Familiares. Com a aplicação das técnicas, as partes têm demonstrado maior respeito e consideração em relação à outra parte envolvida, além de uma maior vontade em conciliar.

O magistrado Sami Storch introduziu as constelações no judiciário em 2012 e desde então vem inspirando a utilização da prática em diversos lugares. Ele foi o precursor do Direito Sistêmico no Brasil. O Procurador de Justiça Amilton Plácido da Rosa afirmou:

O Juiz Sami S. possui formação específica nessa área e vem aplicando algumas dessas técnicas nas audiências em geral, obtendo índices bastante expressivos de conciliações nas audiências, inclusive em casos tidos como de difícil solução (inventários de mais de 10 anos e outros envolvendo questões familiares antigas e

complexas). Em ações da Vara de Família, os acordos chegam a 90%.⁵⁶

Sami Storch, em 2012, na comarca de Castro Alves/BA, ministrou palestra cujo tema era “Separação de casais, filhos e o vínculo que nunca se desfaz” para os envolvidos em ações judiciais na área de família. Após a palestra, foram realizadas conciliações. Das 90 audiências nas quais pelo menos uma das partes participou da vivência de constelações, o índice de conciliação foi de 91%. Nos processos em que ambas as partes participaram da vivência de constelações, o resultado foi 100% positivo.⁵⁷

Com o fim das conciliações, foram aplicados questionários em 80 pessoas que haviam participado das vivências no primeiro semestre de 2013. Adele Speck Rendón Céspedes transcreveu de forma pontual e objetiva os resultados que foram obtidos:

59% dos jurisdicionados relataram perceber, após a participação das vivências de constelação, mudança de comportamento da outra parte e, que tal mudança melhorou o relacionamento entre si. Dentre esses 28,9% declararam que essa mudança foi significativa ou ótima;

⁵⁶ROSA, Amilton Plácido da. Direito Sistêmico: A Justiça Curativa, de Soluções profundas e Duradouras. In: **Revista MPE Especial**. 2014. Disponível em: https://issuu.com/mthayssa/docs/revista_final_site2/50. Acesso em: 15 out 2018.

⁵⁷BANDEIRA, Regina. Constelação familiar ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. In: **CNJ**. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>
<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2> Acesso em: 16 out 2018.

59% admitiram que as palestras auxiliaram na conciliação e no acordo em audiência, para 27% ajudou consideravelmente e para 20,9% que ajudou muito;

77% responderam que as vivências beneficiaram os diálogos em relação à guarda, ao dinheiro, e demais necessidades para atender os filhos. Desses, 41% percebeu essa ajuda como considerável e 15,5% entendeu que ajudou muito;

71% declararam que ocorreu melhora na relação com a outra parte, após a palestra. Sendo que, 26,8% perceberam melhora considerável e 12,2% muita melhora.

94% declararam que o relacionamento com o filho melhorou; para 48,8% a melhora foi muita e para 30,4% foi considerável. 4,8% (quatro pessoas) não perceberam melhora.

76,8% das partes perceberam melhora no relacionamento do outro com o filho. Para 41,5% a melhora foi considerável, para 9,8% a melhora foi muita.

Outras consequências, pelas participações nas palestras e vivências de constelação familiar, apontadas pelas pessoas foram: mais tranquilidade para tratar do assunto, para 55%; diminuição da mágoa, para 45%; melhora para o diálogo com o outro, para 33%; aumento do respeito e da compreensão das dificuldades do outro, para 36%; e percepção de ser mais respeitada pela outra parte, para 24%.⁵⁸

⁵⁸ CÉSPEDES, Adele Speek Rendón. **A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação**. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177310/A%20Constela%C3%A7%C3%A3o%20Familiar%20aplicada%20ao%20Dir>

Em Goiás, o Projeto Mediação Familiar do 3º Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania da comarca de Goiânia, rendeu para o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) o primeiro lugar no ‘V Prêmio Conciliar é Legal’. De acordo com o juiz Paulo César Alves das Neves, o índice de solução de conflitos com auxílio da técnica corresponde a aproximadamente 94% das demandas.⁵⁹

Em Mato Grosso, o Direito Sistêmico também foi aplicado e apresenta bons resultados. Em 2016, a gestora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, Rita Medeiros, afirmou:

Desde julho de 2015 o direito sistêmico é utilizado para resolver vários tipos de problemas na comarca, inclusive com resultados nítidos. Nós já tivemos casos em que casais estavam travando briga em processo de divórcio e depois da constelação eles conseguiram se entender quanto aos alimentos, guarda de filhos e convivência pacífica. Em alguns dos casos os casais voltaram a viver juntos depois de constelar, porque eles conseguiram entender o lado do parceiro e reconhecer a história de vida.⁶⁰

eito%20Brasileiro%20a%20partir%20da%20Lei%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o..pdf?sequence=3.Acesso em: 17 out 2018.

⁵⁹ BANDEIRA, Regina. Constelação familiar ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. In: **CNJ**. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>. Acesso em: 16 out 2018.

⁶⁰ MARESSA, Keila. **Curso de Direito Sistêmico para magistrados e servidores do TJMT**. 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/02/21/curso-de-direito-sistemico-para-magistrados-e-servidores-do-tjmt/>. Acesso em: 10 out 2018.

Um estudo mostrou o impacto da Constelação Familiar Sistêmica nas audiências de conciliação da 6ª Vara da Família da Comarca de Natal/RN realizadas entre os meses de abril e outubro de 2015. Ao todo, foram realizadas 59 audiências. Foi constatado que 47% das pessoas consideraram que a Constelação foi eficaz e 41% disseram que ajudou em parte. Ou seja, 88% reconheceram a ajuda da técnica.⁶¹

Em 2016, 11 estados (Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá) e o Distrito Federal já utilizavam a dinâmica da Constelação Familiar para ajudar a solucionar conflitos na justiça brasileira.

O método utilizado pelo Poder Judiciário apresenta excelentes resultados. O Direito Sistêmico é um direito em construção e essencial para a busca de uma justiça curativa e de soluções duradouras.

5 CONCLUSÃO

Nas interações sociais, cada ação de um indivíduo não deve ser entendida em sua singularidade. Cada ser humano constitui uma consciência de grupo e familiar que o estimula a desenvolver suas manifestações. Suas expressões estão em consonância com o padrão estabelecido em seu sistema. Logo, um ato nunca deve ser compreendido isoladamente. É necessário que seja realizada uma análise sistêmica.

⁶¹ CHIQUETTI, Taciana; CRUZ, Carlos Henrique Souza da. **As constelações Sistêmicas Familiares na justiça do RN: uma interface entre a psicologia e o direito.** Disponível em: <http://artpsi.com.br/wp-content/uploads/2016/09/artigo-constelac%CC%A7o%CC%83es-na-justica-do-rn-FINAL-artpsi.pdf> Acesso em 17 out 2018.

A verdade de algo só é alcançada através de uma análise sistêmica de determinado caso. O conhecimento da essência, portanto, só é atingido quando as ideias preestabelecidas forem questionadas.

Sob essa ótica, as Constelações Familiares Sistêmicas são importantes para a análise e solução de um conflito. Suas técnicas permitem que a origem de um determinado conflito seja descoberta. Assim sendo, torna-se mais fácil de resolvê-lo.

O Direito Sistêmico promove a aplicação das técnicas das Constelações Familiares no judiciário. Se apresenta como um direito em construção, capaz de resolver os litígios oriundos das relações humanas de forma pacífica e de desenvolver soluções duradouras.

Em suma, o Direito Sistêmico compreende a utilização de uma abordagem terapêutica capaz de desenvolver a harmonização nas relações sociais por meio das leis do equilíbrio, da ordem e do pertencimento. É movido por práticas direcionadas a ampliar o olhar das partes litigantes para além do processo judicializado.

No presente trabalho restou demonstrado que a utilização das Constelações Familiares no Poder Judiciário tem gerado resultados positivos, promovendo soluções verdadeiras para os conflitos. A justiça, assim, atingi seu objetivo de realizar a pacificação social.

É necessário que seja estabelecida uma política pública de tratamento adequado dos conflitos. Também é imprescindível uma maior participação dos operadores do direito na aplicação do Direito Sistêmico. O judiciário deve buscar formas de se tornar cada vez mais eficaz e célere.

O Código de Processo Civil e a resolução nº 125/2010 do CNJ expressamente instigam à autocomposição e as formas alternativas de solução de conflitos. O Direito Sistêmico tem escopo nas referidos

diplomas legais e se apresenta como um direito humanitário e justo.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriana. **A perspectiva sociológica da resolução de conflitos no estudo do comportamento frente às instituições.** Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-9S3JE3/a_perspectiva_sociol_gica_da_resolu_o_de_conf_litos__adriana_amado_ppgs__fafich.pdf?sequence=1. Acesso em 15 out 2018. Acesso em 01 nov. 2018
- BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra, Conexões Entre Pensamento Sistêmico, Constelações Sistêmicas E Direito Sistêmico. In: **Revista Cidadania e Acesso à Justiça.** Organização Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS. 2018. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/4202/pdf>. Acesso em 01 nov 2018.
- BANDEIRA, Regina. Constelação familiar ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. In: **CNJ.** 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>. Acesso em: 16 out 2018.
- BARBOSA, Á. A. **Mediação Familiar Interdisciplinar.** São Paulo: Atlas, 2015.

BRAGA NETO, Adolfo e CASTALDI SAMPAIO, Lia Regina. **O que é Mediação de Conflitos.** São Paulo: Brasiliense, 2007. PÁGINA 31.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução N° 125 de 29/11/2010, In: **CNJ.** 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 28 set 2018.

CALMON, P. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007. PÁGINA 25.

CÉSPEDES, Adele Speek Rendón. **A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação.** 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177310/A%20Constela%C3%A7%C3%A3o%20Familiar%20aplicada%20ao%20Direito%20Brasileiro%20a%20partir%20da%20Lei%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o..pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 out 2018.

CHIQUETTI, Taciana; CRUZ, Carlos Henrique Souza da. **As constelações Sistêmicas Familiares na justiça do RN: uma interface entre a psicologia e o direito.** Disponível em: <http://artpsi.com.br/wp-content/uploads/2016/09/artigo-constelac%CC%A7o%CC%83es-na-justica-do-rn-FINAL-artpsi.pdf> Acesso em 17 out 2018.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: **AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudo de Arbitragem, Mediação e Negociação.** Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisas, 2004. Página 175.

HELLINGER, Bert. **Simetria oculta do amor**. Trad. Newton A. Queiroz. 6ed. São Paulo: Cultrix, 2015. 320p.

HELLINGER, B. **O amor do espírito**. Patos de Minas: Atman, 2009.

LACERDA, Luana Pereira; COELHO, Vitória Moinhos; TELLES JUNIOR, Álvaro. Do Direito Sistêmico: **A Constelação Como Meio De Resolução Consensual De Conflitos**. REGRAD, UNIVEM/Marília-SP, v. 11, n. 1, p 325-335, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/2643/738&ved=2ahUKEwjmwJz2lr3eAhXBEJAKHcPbB28QFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw1vK8vnPuplCHY8ZwyBaisZ>. Acesso em 01 nov 2018.

LACERDA, Sttela Maris Nerone. Direito Sistêmico E Direitos Humanos: A Aplicação Das Constelações Familiares Para Tratamento Dos Conflitos Judiciais. In: **II Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas**. 2017. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://sites.uepg.br/simposiocsadocs/gt6/012.pdf&ved=2ahUKEwj9YbHlb3eAhXHHZAKHRmjCssQFjADegQICRAB&usg=AOvVaw19DeWjy4cOdL9Ks0Fg_Sr. Acesso em: 01 nov 2018.

MARESSA, Keila. **Curso de Direito Sistêmico para magistrados e servidores do TJMT**. 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/02/21/curso-de-direito-sistemico-para-magistrados-e-servidores-do-tjmt/> Acesso em: 10 out 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil** . Página 334. 2015. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Surubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito Sistêmico: **Aplicação das Leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 1 edição. 2017. Manuscritos Editora.

ROSA, Amilton Plácido da. Direito Sistêmico: **A Justiça Curativa, de Soluções profundas e Duradouras**. In: Revista MPE Especial. 2014. Disponível em: https://issuu.com/mthayssa/docs/revista_final_site2/50. Acesso em: 15 out 2018.

SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação Judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Página 186.

STORCH, Sami. **O Direito Sistêmico**. 2013. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/>.

(IM) PENHORABILIDADE DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS AO LONGO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

*Rafaela Ribeiro Silva*⁶²

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade conscientizar as pessoas de que os animais são seres sencientes e que não são meras “coisas” como o Código Civil de 2002 os classifica, e por isso não são passíveis de penhora no processo de execução. Para chegar a esse fim, primeiramente é exibido o contexto histórico da relação do homem para com os animais, desde os tempos pré-históricos. Nesse mesmo sentido, é demonstrado a diferença entre os animais semoventes e os seres sencientes, dando ênfase ao fato de que os animais domésticos possuem capacidade de sentir. Em seguida, é exposto os trâmites do processo de execução, comentando os princípios mais corroborados. Posteriormente, tem o comentário dos bens que são passíveis de penhora e os bens impenhoráveis. Por fim, é apresentada a problemática jurídica da penhora dos animais domésticos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito dos Animais; Processo Civil; Processo de execução; Penhora.

⁶²Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se a medida excessiva de penhora dos animais domésticos no processo de execução é legal ou não perante a lei e seus princípios. Tem como objetivos específicos demonstrar a evolução histórica dos animais desde a época pré-histórica e a relação dos mesmos com os seres humanos ao longo da história da humanidade, é abordado também as teorias de proteção dos animais domésticos, as propostas legislativas, os princípios que regem o processo de execução, entre outros assuntos pertinentes.

A penhora dos animais domésticos constitui-se num tema de grande importância. O ordenamento jurídico brasileiro ainda não tem uma posição exata sobre esse ponto. O fato é que não é possível ignorar todos os pontos jurídicos relacionados a esse assunto.

No presente trabalho, como foco principal, serão abordados os aspectos essenciais desta questão, tais como: o animal doméstico é considerado ser senciente ou animal semovente? O processo de execução permite a penhora dos animais domésticos? É constitucional a penhora dos animais domésticos no ordenamento jurídico brasileiro?

Para tanto, principia-se além dos apontamentos teóricos das leis de proteção dos animais domésticos, como eles são tratados perante as leis vigentes no Brasil e as doutrinas e projetos de legislações que regem o assunto.

Diante da divergência sobre a condição da (im)penhorabilidade do animal doméstico, sobre o seu status jurídico, impõem-se como necessárias a elaboração de claras e precisas considerações sobre o posicionamento jurídico. O primeiro ponto a se observar diz respeito a como o animal doméstico é visto pelas leis brasileiras.

Tal discussão é fundamental, pois a partir dela que será possível discutir os direitos de proteção ao animal

doméstico e sua conseqüente inserção o sistema jurídico atual.

Depois de feitas esses breves comentários acerca do tema trabalho, será exposto o que cada tópico vai abordar.

O segundo item traz o contexto histórico da relação entre os seres humanos e os animais desde o início da civilização, mostrando a mudança de visão da humanidade para com os animais. Ademais, também é comentado sobre a teoria senciente, o que seria animal semovente e o qual a natureza jurídica dos animais domésticos, analisando também as propostas legislativas de revisitação da natureza jurídica dos animais domésticos não mais como coisas.

No terceiro tópico, é demonstrado o que acontece para que ocorra a hipótese de penhora dos animais domésticos. Apontando a finalidade de uma execução, os princípios que regem esse tipo de processo, citando os bens penhoráveis e impenhoráveis, relativizado todos os pontos com a problematização da penhora dos animais domésticos.

Por fim, esse trabalho tem a finalidade de demonstrar que a penhora dos animais domésticos ao longo do processo de execução afeta diretamente o executado, o animal, além de infringir diretamente princípios e leis do processo civil, será desenvolvido toda a problemática da penhora, apresentando por fim, a conclusão do tema abordado.

2 COMPREENSÃO JUS FILOSÓFICA DA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS

A compreensão de proteção dos animais domésticos começou a vir atona, somente nas décadas atuais, com a evolução dos pensamentos humanos, deixado de ser antropocêntrico, e passando a ser biocêntrico.

Nos séculos passados, os animais só eram vistos como parte da cadeia alimentar: as plantas serviam para os animais, e estes, que não possuem raciocínio, existiam para servir aos homens.

Até mesmo grandes filósofos e renomados santos da igreja católica entendiam que a única relação do homem para com o animal, era de domínio.

Aristóteles por exemplo afirmava que os animais não estavam na mesma escala natural do homem; alegando que os animais seriam irracionais, ele até mesmo os colocava como meros instrumentos para a busca da satisfação do homem.

Durante séculos, o conceito de direito animal era ignorado pelos intelectuais, até que em 1.641 surgiu uma reflexão, que embora pequena, foi de extrema importância para o início das ideias sobre os direitos dos animais. Essa inovadora ideia veio do filósofo René Descartes, que a partir de sua obra “meditações”, muitas ideias próprias sobre os animais fizeram as pessoas refletirem sobre o assunto.

Descartes propôs uma teoria mecanista do universo, que propunha que o mundo poderia ser entendido sem se partir. Sua teoria foi estendida à questão da consciência animal.

Ao mesmo tempo em que as ‘meditações’ de Descartes foram publicadas, estava sendo aprovado na Colônia da Baía de Massachusetts o primeiro código legal que protegia os animais domésticos na América. E nesse código, tinha um artigo que dizia “Nenhum homem exercerá qualquer tirania ou crueldade contra qualquer criatura bruta que seja mantida para o uso humano”.

Depois dessas revoluções, os puritanos na Inglaterra, também aprovaram leis de proteção animal, foram proibidas as brigas de galo, de cachorros e as touradas.

Já Voltaire, fez uma crítica ao posicionamento de Descartes sobre os animais. Em sua obra “DictionnairePhilosophique”, publicada em 1.764, o filósofo argumenta:

Que ingenuidade, que pobreza de espírito, dizer que os animais são máquinas privadas de conhecimento e sentimento, que procedem sempre da mesma maneira, que nada aprendem, nada aperfeiçoam! Será porque falo que julgas que tenho sentimento, memória, ideias? Pois bem, calo-me. Vês-me entrar em casa aflito, procurar um papel com inquietude, abrir a escrivaninha, onde me lembra tê-lo guardado, encontrá-lo, lê-lo com alegria. Percebes que experimentei os sentimentos de aflição e prazer, que tenho memória e conhecimento. Vê com os mesmo olhos esse cão que perdeu o amo e procura-o por toda parte com ganidos dolorosos, entra em casa agitado, inquieto, desce e sobe e vai de aposento em aposento e enfim encontra no gabinete o ente amado, a quem manifesta sua alegria pela ternura dos ladridos, com saltos e carícias. Bárbaros agarram esse cão, que tão prodigiosamente vence o homem em amizade, pregam-no em cima de uma mesa e dissecam-no vivo para mostrarem-te suas veias mesentéricas. Descobres nele todos os mesmos órgãos de sentimentos de que te gabas. Responda-me maquinista, teria a natureza entrosado nesse animal todos os órgãos do sentimento sem objetivo algum? Terá nervos para ser insensível? Não inquires à natureza tão impertinente contradição
(VOLTAIRE,1978, p. 232).

No século XIX teve um árduo crescimento no interesse de proteção animal, em especial na Inglaterra. Os

estudiosos passaram a se preocupar cada vez mais com os direitos dos idosos, dos necessitados, das crianças e dos portadores de deficiência mental. Automaticamente, essa preocupação de estendeu aos animais. Nessa mesma época foram criadas sociedades por membros do parlamento inglês, que visavam à proteção dos animais.

Ainda no início do século XIX, tivemos o primeiro interesse direto na ideia que considerava os animais como merecedores de direito naturais e/ou legais. Lewis Gompertz que publicou “Moral InquiriesontheSituationof Man andofBrutes”, onde defendia que toda criatura viva, humana ou não humana, tem mais direito de usar seu próprio corpo do que qualquer outro ser, e é nosso dever promover a felicidade e igualdade a todos os seres.

Portanto, conclui-se que desses tempos antigos até os dias de hoje, houve um significativo crescimento na área de direitos animais, tanto por parte dos governos, quanto por parte da população em si. Exemplo disso é que várias pessoa aderiram ao vegetarianismo e veganismo por convicções próprias de respeito com os animais.

2.1 A construção histórica dos ideais do antropocentrismo como meio de subserviência dos animais ao homem.

A relação entre o homem e os animais existe desde os tempos pré-históricos, é uma relação de co-dependência.

Da época da pré-história aos dias atuais, muita coisa evoluiu, principalmente essa relação do homem com o animal.

Muitos pesquisadores e filósofos tentam explicar/entender a relação que o homem tinha com o animal nos tempos antigos. Temos hoje em dia algumas explicações para tal relação. A ideia de o animal ter sido usado para comida, para fabricação de roupas, forma de

lazer e outros, pode ser explicada primeiramente pela ideia de que existia uma hierarquia divina, baseada no domínio, pelo dom que Deus concedeu para os homens, pra eles “mandarem”, vindo da citação de Gênesis (1:20-28), onde Deus disse a Adão: “Frutificai, e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra”.

Dessa mesma forma, também existe o ideal de que os animais são submissos por não serem racionais, por não falarem e exporem nada. Por esse fato, do animal não possuir uma identidade moral, ficou o homem com o cargo de exercer essa responsabilidade.

Desde a época da bíblia, os animais eram completamente ignorados, servindo apenas para serventia do homem, é importante ressaltar o pensamento de três filósofos eclesiásticos: Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e São Francisco de Assis.

Santo Agostinho foi um escritor e grande poeta, que chegou a tornar-se bispo em Hipona, doutor e santo da Igreja Católica. Seus pensamentos influenciaram muito sua era, e influenciam muitos até os dias de hoje. Era um homem que acreditava na dualística que divide tudo entre o bem e o mal. Apesar de ter como crença e até mesmo ter escrito livros a partir dessa crença, como a obra *Livre-arbítrio*, onde afirma que Deus é sempre bom, não sendo responsável pelo mal existente no mundo, deixando essa responsabilidade apenas para o homem, mas que o mesmo tinha o livre-arbítrio de escolher entre o bem (Deus) e o mal (ausência de Deus), santo Agostinho foi um intérprete somente teleológico, que acreditava apenas na intenção do escritor ao escrever uma obra, e não na literalidade das palavras. Dessa mesma forma, é fácil explicar várias passagens metafóricas dos ensinamentos bíblicos, pois apesar do grande espiritualismo que pregava, e um extenso sentimento de espalhar, pregar o bem acima do mal, santo

Agostinho se declarou um nato antropocêntrico, pois o mesmo “privou” os animais de emoções e/ou qualquer capacidade de raciocínio. Em seu entendimento, o homem era sempre superior a qualquer outra espécie, e apesar de conhecer que o animal irracional é possível de sentir, somente o humano possuía alma.

São Tomás de Aquino, considerado grande escritor, filósofo, doutor em teologia, um padre renomado da época e aprendiz de Aristóteles, era uma pessoa de extrema bondade para com os outros, através de suas teorias mostrou ao mundo que não há diferença entre teologia (fé) e filosofia (razão), podendo ambas caminhar lado a lado.

São Tomás foi considerado o mais importante filósofo da escolástica, que influenciou os pensamentos das pessoas da Idade Média. São Tomás tinha o entendimento que o mandamento bíblico “*Não matarás*”, se dirigia única e exclusivamente aos humanos, reafirmando o pensamento de Aristóteles sobre a hierarquia do homem sobre os animais, e que era direito do homem, caçá-los para se alimentarem.

Por fim, São Francisco de Assis, apresentou um pensamento totalmente diferenciado dos outros filósofos que foram citados acima, São Francisco foi um homem que dedicou sua vida aos pobres e doentes, tratando com respeito e igualdade tanto os humanos, como os animais. Ele era visto por todos como uma pessoa alegre, feliz com a vida e simpático, pode-se perceber isso em todas as pinturas que temos da imagem de São Francisco, e do seu jeito para com todos.

Existem relatos de que São Francisco de Assis chamava os animais de irmãos, maneira nem um pouco individual de visão com a humanidade. Essas atitudes fizeram de São Francisco um homem além do seu tempo, desprendendo das raízes antropocêntricas de seu tempo. Mas como é possível observar, o pensamento de São Francisco era minoritário.

Destaca-se o entendimento que a construção histórica dos ideais humanos foi baseada no antropocentrismo, com o pensamento de que os animais existiam apenas para satisfazer a vontade do homem.

2.2 A concepção biocêntrica como superação do antropocentrismo

O antropocentrismo em suma, é o pensamento que reconhece que o homem é o centro do universo, sendo gestor e usufrutuário único do nosso planeta.

O que deu ensejo à era antropocêntrica foi a máxima de Protágoras “*O Homem é medida de todas as coisas*”, já que depois dessa frase, os seres humanos tomaram conta do planeta, como senhor absoluto. Segundo Levai, foi a partir dos sofistas que os gregos aderiram ao antropocentrismo e entenderam que o homem era superior a tudo que existe. Em consequência a este entendimento, o homem deixou de ter a ligação de respeito e gratidão que antes tinha com a natureza.

Infelizmente, até hoje o pensamento majoritário que existe é o antropocentrismo. Muitas pessoas acreditam que direitos só existem para os animais humanos. Entendendo ainda que os demais animais não merecem sequer nossa consideração.

Já a perspectiva biocêntrica leva em conta o bem próprio do animal, bem como, o dever ético que devemos ter para com eles. E quando mencionamos o bem próprio do animal, não é considerado apenas o estado físico ou mental, o bem próprio deve ser interpretado de maneira ampla, incluindo a totalidade da expressão da vida animal e orgânica, ainda que o animal não seja dotado de razão nem de sensibilidade, que resulta na posse de uma mente como é definido anatômico e fisiológico.

Na concepção biocêntrica de Paul W. Taylor:

todo animal e planta tem um valor inerente, por ter um bem próprio que ninguém deve destruir (TAYLOR, 1998, p.71).

Obiocentrismo, também chamado de ecologismo por alguns, vem com uma proposta de inovação e evolução de pensamentos. Onde passamos a observar a situação de maneira mais ética, pelo bem de todos os tipos de vida na terra. E que surgiu nas últimas décadas com o intuito de protestar o antropocentrismo.

Para alguns doutrinadores o biocentrismo surgiu a partir da teoria da ecologia profunda.

Segundo o doutrinador Prada, a proposta do novo paradigma biocêntrico ou ecocêntrico, surgiu devida:

[...] a necessidade de mudanças no sentido de valorizar não apenas o bem estar do homem, mas também das outras formas de seres vivos, implicando nisso o bem comum, o bem de todo o planeta. Como podemos perceber, para a referida autora, a nova proposta visa interagir com a natureza e harmonizar-se com ela (PRADA, 2008, p.39).

Segundo o doutrinador Levai:

[...] contrários à ideia de que apenas os seres humanos são titulares de direito, os biocentristas sustentam que o ambiente também possui importância jurídica própria. Eles também incluem os animais no nosso leque de preocupações morais, porque o animal merece consideração pelo que é, pelo caráter ímpar de sua existência e pelo fato de simplesmente estar no mundo (LEVAI, 2010, p. 129).

É possível notar com os entendimentos desses doutrinadores que existe uma necessidade de modificar o pensamento das pessoas, de que somente o animal humano que importa, não dando importância aos outros seres vivos.

Conforme mencionado acima, a ecologia profunda teve início no começo do século de 1970, com o filósofo Arne Naess, que muito se preocupava com o meio ambiente, e começou a desenvolver pensamentos objetivando a mudança de paradigmas, afirmando que os seres sensientes tem valor e direito a vida.

É importante ressaltar que a teoria da ecologia é dividida em ecologia rasa e ecologia profunda. A ecologia rasa tem origem do antropocentrismo, focando no ser humano e na natureza, como recurso sem fim. Já a ecologia profunda, trata de forma geral, onde o ser humano é apenas parte do universo, e não o senhor absoluto.

Nos ensinamentos de Capra:

A ecologia rasa vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de 'uso' a natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos ou qualquer outra coisa do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes (CAPRA, 2013, p.25).

É nítido perceber que precisamos com urgência adotar de forma rápida a ideia do biocentrismo pela quantidade de problemas globais que estamos enfrentando atualmente.

Em especial quanto aos animais. Hoje em dia, os homens tem o pensamento de que os animais servem apenas para satisfazer as vontades e desejos humanos. O

cruel mercado de carne bovina e leite são um claro exemplo desse desrespeito.

Por fim, fica claro o entendimento de que o biocentrismo é a ideia de compreensão e conscientização do jeito que pensamos e vivemos, mudando o pensamento de que o homem é o senhor absoluto do mundo natural para o pensamento de que todos os seres vivos merecem nosso respeito e consideração.

2.3 Breves apontamentos sobre a distinção teórica entre animais domésticos e animais silvestres

A distinção entre os animais domésticos e os animais silvestres se dá pela breve explicação de que os animais domésticos são todos aqueles animais que não vivem mais por algum motivo, em seu ambiente de origem natural, que tiveram seu comportamento alterado pelo convívio com os seres humanos, e se relacionam com os mesmos com uma dependência mútua.

Dessa forma, os animais domésticos são aqueles que estão acostumados a viver com o homem. Eles possuem características físicas e biológicas adaptadas a esse conceito, exemplos de animais domésticos são: cachorros, gatos, galinhas, marreco, dentre outros.

É importante comentar que mesmo que o animal seja de origem nativa da fauna brasileira, ele pode ser considerado como doméstico quando for criado pelo homem.

Já os animais silvestres são todos os animais que vivem ou nascem dentro de um ecossistema natural, como por exemplo, em florestas, oceanos, rios, entre outros ecossistemas. Ou seja, animais silvestres são aqueles vindos de uma espécie nativa, e que quando tirados da natureza, reagem a presença do ser humano, muitas vezes de maneira agressiva, exemplos de alguns animais

silvestres são: lobo-guará, onça-pintada, mico-leão-dourado e capivara.

Entretanto, existem também os animais que são criados em ambiente doméstico, mas que são considerados animais silvestres e não convencionados, como por exemplo, *hamster*, porquinho da índia, *calopsita*, coelho e papagaio.

Por fim, uma curiosidade importante sobre os animais silvestres, que quase ninguém tem o conhecimento é de que o Brasil é um dos países que mais exporta animais silvestres, e de forma ilegal. É um negócio, escuso, que movimenta cerca de bilhões de dólares. Em outros números, o país comercializa aproximadamente 12 milhões de animais anualmente.

Tal fato tem sido uma das maiores ameaças a natureza, e deve ser considerada uma aberração! Pois como comentado no presente trabalho, animais não poderiam ser considerados como objeto de valor.

2.4 Os animais vistos como semoventes para o direito brasileiro

Inicialmente, cumpre ressaltar que os animais semoventes são aqueles animais de bando, como bovinos, ovinos, suínos, caprinos, equinos, etc, que constituem patrimônio, aqueles que são considerados propriedades, e por serem uma propriedade são passíveis de serem objeto das transações realizadas como o patrimônio em geral, como por exemplo, venda ou execução judicial, penhora, entre outros.

Conforme dispõe o Código Civil brasileiro, animais semoventes:

São bens móveis que possuem movimento próprio, tal como animais selvagens, domésticos ou domesticados. Além destes

também podem ser considerados bens móveis os suscetíveis de remoção por força alheia, desde que não altere a substância ou destinação econômico-social da coisa, sendo que a estes dá-se o nome de bens móveis propriamente ditos. Por fim, cumpre ressaltar que os bens também podem ser considerados móveis por determinação legal (energia, por exemplo) ou por antecipação (árvores que são plantadas justamente para serem cortadas no futuro) (BRASIL, 2002, p. 139).

O direito brasileiro admite sim a possibilidade de penhora de bens semoventes, conforme disposto no artigo 835, VII, do NCPC:

Art. 835.A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado; III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; IV - veículos de via terrestre; V - bens imóveis; VI - bens móveis em geral; VII - semoventes; VIII - navios e aeronaves; IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias; X - percentual do faturamento de empresa devedora; XI - pedras e metais preciosos; XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; XIII - outros direitos. § 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo

com as circunstâncias do caso concreto.

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

§ 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora (BRASIL, 2015, p. 376).

Insta salienta que por fatores culturais e por motivos resultantes de pensamentos antropocêntricos que vem sendo repassados de geração para geração, tornou-se comum a penhora de vaca, boi, cavalos, porcos, já que esses animais são vistos na maioria das vezes como fonte de pecúnia e, conseqüentemente, podem resultar em uma satisfação parcial e até mesmo total do crédito executivo, entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza a expressão semovente de um jeito genérico, não contendo na lei qualquer distinção quando à qual animal que poderá ser ou não penhorado.

Em que pese a lei deixar claro o entendimento de que os animais semoventes (não especificando quais seriam esses animais) podem ser penhorados, é mais claro ainda perceber que os animais domésticos que possuem uma relação de estima, amor, lealdade, carinho e amor com seu dono, não se enquadram em animais semoventes, eles se enquadram na definição de animais senscientes, que sentem, sofrem, amam, dentre outros sentimentos.

Resultando então, na percepção que os animais domésticos por não serem considerados animais semoventes para o ordenamento jurídico brasileiro, os mesmo não podem ser penhorados e muitos menos serem considerados objetos de trocas.

2.5 A teoria da senciência como superação do ideal de coisificação dos animais para a ciência do direito

Inicialmente, cumpre ressaltar que a senciência é a teoria que os animais têm a capacidade de sentir, sentir dor, prazer, alegria, medo, sofrimento, e dos demais sentimentos.

A maioria das pessoas que são defensoras dos direitos dos animais acolheram o princípio da senciência, como forma de reconhecimento dos direitos morais dos animais.

Interessante a definição que o dicionário constituiu para palavra senciente, como “ser que sente”, dessa forma, podemos entender que todo ser senciente possui consciência.

Muitos criticam essa teoria, necessitando de até mesmo prova científica para provar o sentimento e a capacidade de consciência dos animais. Mas, ninguém nunca conseguiu essa prova.

Segundo um dos maiores estudiosos da consciência animal, Donald Griffin:

[...] a comunidade científica parece exigir maiores evidências para aceitar os sentimentos dos animais que em outras áreas do conhecimento. Porque as experiências subjetivas são assuntos privados, residindo no cérebro de cada um e inacessíveis aos outros, torna-se fácil aos céticos afirmar que jamais teremos certeza dos sentimentos dos animais e, por este motivo, declarar o assunto encerrado[...] (GRIFFIN, 2004, p.18).

Nos dizeres de Maria de Lourdes Campos Costa:

Ao interpretarmos a dignidade para além do humano, e mais uma vez, consciente da

condição dos animais como seres sencientes, têm que os seres penhorados como coisas, os animais também sofrerão das mesmas angústias que seu tutor. Assim, a execução de um animal doméstico além de causar sérios danos ao executado, por consequência, afetará também o animal, que provavelmente se arrematado em leilão ou adjudicado pelo exequente, será forçadamente inserido em ambiente diverso do que aquele em que já estava habituado.

Portanto, não só, priorizando o direito humano, devemos ir além, e questionar também a condição animal, que dificilmente é dada a devida importância, sendo tratados como meros objetos de proveito humano. A capacidade senciente do animal, neste contexto, torna-se relevante ao analisarmos não só a possível perda sofrida pelo humano em eventual penhora e posterior adjudicação ou leilão de seu animal de estimação, mas também a consequência que o procedimento acarretaria para aquele animal, já que como possuidor da capacidade de sentir dor e prazer, o animal sofreria e sentiria tanto quanto seu dono (COSTA, 2016, p. 07).

Pode-se concluir então que a teoria da senciência em conjunto com o biocentrismo vem mudando o pensamento antropocêntrico de nossos antepassados de que os animais além de serem considerados coisas, só existiam para serventia do humano, podendo dizer que hoje, além dos animais sentirem as emoções iguais aos humanos, eles não são considerados mais coisas e nem podem ser tratados como objeto de valor material.

2.6 Análise das propostas legislativas de revisitação da natureza jurídica dos animais domésticos não mais como coisas

As leis que tem uma proposta legislativa de revisão da natureza jurídica dos animais domésticos não mais como coisas ainda é uma novidade para muitas pessoas em nosso país.

O Brasil deu pouca atenção aos animais, pois os legisladores entendiam que eles por serem seres irracionais não tinham direito à liberdade.

Em nosso ordenamento jurídico, o primeiro registro de uma norma a proteger os animais de quaisquer abusos, foi o Código de Posturas de 06 de outubro de 1886, de São Paulo, em que o artigo 220 previa que os cocheiros, condutores de carroça, estavam proibidos de maltratar animais com castigos, prevendo multa como punição.

Várias leis e projetos de leis foram criados para proteção de maus tratos contra os animais, mas lei de revisitação da natureza jurídica dos animais domésticos não mais como coisas são poucas.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 1, VII, reconheceu que a sociedade deve preservar o meio ambiente e sua fauna, vedando toda e qualquer prática que submeta os animais a crueldade humana ou científica.

Percebe-se que a natureza jurídica dos animais em nossa legislação constitui um grande obstáculo para um raciocínio diverso daquele que está arraigado na consciência popular de que o animal é disponível.

Nos dizeres de Maria de Lourdes Campos Costa:

[...] existe o Projeto de Lei nº. 351/15, em tramitação no Senado Federal, de autoria do Senador Antônio Augusto Anastasia, tal projeto, se aprovado, prevê que os animais deixariam de ser considerados

coisas e passariam a constar no nosso ordenamento jurídico, precisamente no Código Civil, salvo outras leis especiais, com o status de bens. A principal diferença é que coisa só tem valor econômico, já os bens podem ter valores imateriais, assim como a vida e a liberdade. Vê-se o referido projeto como um passo para a uma mudança substancial de paradigma jurídico em relação aos animais(COSTA, 2016, p. 09).

Esse projeto de lei se caso aprovado será uma revolução para o direito dos animais, ele junto com os princípios da menor onerosidade do credor, da dignidade da pessoa humana, da dignidade da vida dos animais não humanos, bem como dos ideias do bem de família, resultará no indeferimento total do pedido de penhora dos animais domésticos no processo de execução.

3 A PROBLEMÁTICA JURÍDICA DA PENHORA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS

A problemática jurídica da penhora dos animais domésticos vai muito além do que muitas pessoas podem imaginar. É necessário fazer uma interpretação mais a fundo da objetividade do instituto da penhora.

Os exequentes pensam que podem penhorar qualquer objeto, coisa, bem de valor do executado a fim de satisfazer a dívida exequenda, muitas vezes ofendendo os princípios que regem o processo de execução.

Muito está se discutindo sobre as medidas excessivas do processo de execução. Quando se esgotam os meios legais(BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD, PESQUISA CNIB), muitos advogados estão entendendo por direito pedir a suspensão da CNH, a apreensão do passaporte e até mesmo a medida mais absurda, o pedido

de penhora dos animais domésticos, medidas estas chamadas de medidas excessivas do processo de execução.

Eles entendem que se o exequente deve um valor, e possui em casa um cachorro que custa um valor considerável, é certo que se defira o pedido de penhora do animal para amortização da dívida.

Mas, como tirar de uma pessoa, um animal sensiente, que não tem nada haver com a dívida discutida nos autos? Como tirar de uma pessoa um animal que possui uma relação onde há estima, carinho e amor? É inadmissível a penhora desse animal inserido no âmbito e convívio familiar.

No entendimento de Maria de Lourdes Campos Costa:

[...] para se falar em justiça e direito dos animais, a sociedade e conseqüentemente a legislação que por essa é criada, haveria de rever conceitos e o que culturalmente e historicamente lhe foi imposto, como modo de tratamento dos animais. Não só pensando nos inúmeros episódios de sofrimento e tortura que os animais passaram e passam, segundo o filósofo Karl Marx, no capitalismo, os indivíduos procuram apresentar bens materiais, muitas vezes supérfluos, para serem aceitos em determinada sociedade e vê-se atualmente utilizam-se dos animais como forma de aquisição de status [...](COSTA, 2016, p. 04).

Mesmo que cada um tenha uma particularidade sobre o termo justo, justiça, certo ou incerto, justamente por ser um conceito de várias interpretações, temos que nos atentar para não voltarmos a ter um pensamento antropocentrico, e começarmos a pensar cada vez mais de uma forma biocentrica.

Analisando mais a fundo a possibilidade jurídica da penhora de animais domésticos é fácil perceber o objetivo do instituto da penhora, entretanto é necessário fazer uma interpretação mais extensiva do ordenamento jurídico brasileiro, o que pode-se verificar com casos concretos, não esquecendo de observar quem figura como polo passivo da execução (o executado) e se o mesmo utiliza seu animal doméstico como instrumento econômico, com fins lucrativos ou se nutre amor e estima pelo animal.

Dessa forma, pode haver famílias que utilizam o animal como forma de proveito pecuniário, o que em tese não justificaria sua impenhorabilidade, ou, em outro caso distinto, existem famílias que possuem a estima, carinho e amor pelo animal, tornando inadmissível a penhora do mesmo.

Noutro giro, para se falar em justiça e direito dos animais, a sociedade como um todo e consequentemente a legislação brasileira teria de rever conceitos e o que foi imposto como modo de tratamento dos animais.

Conclui-se portanto, que a penhora dos animais domésticos é um assunto tratado com extrema delicadeza pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois ao mesmo tempo em que o exequente tem o direito de procurar por medidas para receber o que lhe é devido, a penhora dos animais domésticos vai contra totalmente os princípios constitucionais e ferem diretamente os direitos dos próprios animais.

3.1 Finalidade do processo de execução e a indispensabilidade do título executivo

O processo de execução está pré-estabelecido no art. 771 do NCPC em por finalidade, de maneira geral, a composição da lide.

Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva. Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial (BRASIL, 2015, p. 369).

Nos dizeres de Liebman:

[...] não se pode falar em tal objetivo no processo de execução, porque inexistiria uma lide a ser composta pelo juiz, eis que a composição já se realizou no processo de conhecimento e não caberia, então, ao juízo executivo, qualquer novo pronunciamento do mérito[...] (LIEBMAN, 1946, p. 95).

Para Carnelutti:

[...] é demonstrado que mesmo na execução, a finalidade do processo continua sendo a lide, entendida ela como “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”. Essa resistência, configuradora da lide – para o grande mestre peninsular – pode apresentar-se sob duas modalidades: a contestação (“pretesacontestata”) ou a insatisfação da pretensão (“pretesainsoddisfatta”). Quando a pretensão é contestada, compõe-se a lide pelo progresso de cognição; quando o caso é de pretensão apenas insatisfeita, soluciona-se a lide pelo

processo de execução [...] (CARNELUTTI, 2000, p.212)

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

O título executivo por excelência é a sentença condenatória. Com essa afirmação, pode-se concluir que deverão ser considerados títulos executivos judiciais os títulos provenientes de processo, que tenham o escopo de garantir o poder coercitivo da sentença, consoante o doutrinador, “a autoridade da coisa julgada (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 63).

Existem princípios que regem a execução, um deles é que toda execução é real, esse princípio está definido no art. 789 do NCPC:

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei(BRASIL, 2015, p. 371).

Existem alguns bens que são estão sujeitos ao processo de execução, e eles estão situados no art. 832 e 833 do CPC:

Art. 832. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.Art. 833. São impenhoráveis:I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades

comuns correspondentes a um médio padrão de vida;III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;VI - o seguro de vida;VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias

excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. § 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária (BRASIL, 2015, p. 375).

Insta salientar que o processo de execução tem por finalidade a satisfação da dívida exequenda, proporcionando ao exequente a oportunidade de receber o que lhe é devido.

3.2 Princípio da execução menos gravosa para a pessoa do devedor

O princípio da execução menos gravosa para a pessoa do devedor, também chamado de princípio da menor onerosidade para o executado, está pré-estabelecido no artigo 805 do NCPC:

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados (BRASIL, 2015, p. 373).

Esse princípio diz respeito ao modo de proporção que será aplicado no processo de execução, ao mesmo tempo que busca garantir a efetividade da tutela e a certeza que o patrimônio do executado será preservado contra atos completamente invasivos. A medida que será escolhida na execução deve ser necessária e adequada para os devidos fins.

Por isso,

[...] o princípio da menor onerosidade não pode ser analisado isoladamente. Ao lado dele, há outros princípios informativos do processo de execução, dentre eles, o da máxima utilidade da execução, que visa a plena satisfação do exequente. Cumpre, portanto, encontrar um equilíbrio entre essas forças, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, com vistas a buscar uma execução equilibrada, proporcional[...] (WMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2015, p. 1159)

Então, havendo várias opções para realizar a execução, o juiz optará pela opção que seja menos gravosa para o executado.

Existe, ainda, um entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que estabelece que “a opção pelo meio menos gravosa pressupõe que os diversos meios considerados, sejam igualmente eficazes”. Tal entendimento diz que ainda que se reconheça que a execução deve ser realizada de forma menos onerosa ao executado, não se pode esquecer também do exequente e do interesse que o mesmo busca de satisfação do crédito ora executado.

Tal princípio ainda é muito comentado por doutrinadores, vejamos alguns entendimentos:

Humberto Theodoro o classifica como um princípio informativo,

[...] cuja inteligência é de inquestionável importância para a compreensão do sistema e, principalmente, para interpretação do sentido particular de cada norma, que haverá de ser buscado sempre de forma a harmonizá-lo com os vetores correspondentes à inspiração maior e final do instituto jurídico-normativo [...] (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 63).

Já Arakende Assis, de forma interessante, o denominou de princípio do resultado:

[...] Estatuindo que a execução é econômica, evitando maiores sacrifícios ao devedor que os exigidos pelo resultado, o relacionado artigo apenas enuncia princípio que governa a intimidade dos meios executórios (ARAKEN, 2002, p. 603).

Também muito importante os ensinamentos de Teori Albino Zavascki. Vejamos:

O preceituado no artigo 805 do Código é representação paradigmática da linha humanizadora do sistema de execução, a que se faz referência. Trata-se de típica regra de sobre direito, cuja função não é a de disciplinar situação concreta, e sim a de orientar a aplicação das demais normas do processo de execução, com a nítida finalidade de evitar atos executivos desnecessariamente onerosos ao devedor (ZAVASCKI, 2000, p.421-422).

Por último, mas não menos importante, temos os dizeres de Marcelo Abelha:

Este princípio – sim, é um princípio – previsto no artigo 805 do NCPC é voltado francamente à proteção do executado, e, não obstante o seu campo de incidência exigir a sua análise de ofício pelo magistrado ao longo de toda a execução civil, é claro que o devedor poderá invocá-lo sempre que a execução civil estiver sendo realizada por meio mais gravoso ao executado, isto é, por meio dispensável ou que ultrapasse os limites do indispensável (ABELHA, 2015, p. 712).

Por fim, fica claro o entendimento de que o mencionado princípio visa uma proteção maior ao executado, para evitar que aconteçam situações em que o exequente se utilize de meios mais danosos para obter o pagamento da dívida exequenda, pois não é devido ver o processo de execução como um meio punitivo do devedor executado.

3.3 O princípio da dignidade humana no contexto do processo de execução

O princípio da dignidade humana está pré-estabelecido nas doutrinas, nas jurisprudências brasileiras e na CF/88, tem o intuito de preservar a dignidade humana do executado. Ou seja, os resultados da execução, não podem deixar o executado e sua família passando fome, sem casa, sem a mínima condição digna de viver.

Portando, o citado princípio vem proteger o executado para que a dívida não atinja sua dignidade e seu meio de sobrevivência, assumindo assim, grande importância, devendo orientar o ordenamento jurídico como um todo.

Dispõe o artigo 1º, inciso III, da CF/88 que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988, p. 4)

Tal princípio também está pré-estabelecido no NCPC, conforme determinado no art. 8º, caput:

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 2015, p. 298).

Ingo Wolfgang Sarlet, bem define a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicado, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida

saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 1988, p. 60).

Muitos doutrinadores falam que a dignidade da pessoa humana não é dada pela constituição, uma vez que todos os seres humanos possuem dignidade, o que a constituição faz é determinar que o ordenamento jurídico proteja e promova os meios necessários a uma existência digna.

Dessa forma, se trata de um normativo que visa efetivar a correta interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, a fim de garantir um rol mínimo de direitos a pessoa, em face de uma suposta oposição do estado.

Nesse contexto, Humberto Ávila, diz que:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objetos da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao poder público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao interprete e ao aplicador do direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas (ÁVILA, 2011, p. 271).

No mesmo sentido, Edilson Pereira de Faria, descreve que:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Dessarte o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da [constituição federal](#) de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (art. 6º ao 11) ou dos direitos políticos (art. 14 a 17). Ademais, aquele princípio funcionará como uma ‘cláusula aberta’ no sentido de respaldar o surgimento de ‘direitos novos’ não expressos na [constituição](#) de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtudes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando assim, o disposto no art. 5º, § 2º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional (FARIA, 1996, p.54).

É nesse sentido também o magistrado Bernardo Gonçalves Fernandes, diz que:

[...] a dignidade da pessoa humana (art. 1, III da CR/88) é erigida à condição de

meta-princípio (sic). Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesmo, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou interesses de terceiros (FERNANDES, 2013, p.281).

Afirma Sarlet, ainda, que de modo todo especial:

O princípio da dignidade da pessoa humana acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo de criação e desenvolvimento do Direito (SARLET, 1988, p.77).

Na mesma direção é o magistério de Daniel Sarmento:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico [...] pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado. [...] reiteramos nosso entendimento de que nenhuma ponderação de bens pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem (SARMENTO, 200, p.)

Vê-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana reveste-se de função essencialmente integradora e hermenêutica, de modo que sua essência serve de substrato para a “aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”.

3.4A penhora como medida satisfativa no processo de execução

A penhora possui previsão expressa no artigo 831 e seguintes do NCPC, o artigo 831 estabelece que:

Art. 831. A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios (BRASIL, 2015, p. 375).

A penhora é considerada ato processual de expropriação de bens, e este ato é praticado pelo juiz, por meio de deferimento do pedido do exequente.

Nos dizeres de Araken de Assis:

A penhora é ato executivo e não compartilha a natureza do penhor e do arresto. Ela não extrai o poder de disposição do executado (ARAKEN, 2002, p. 603).

Também, Liebman define:

A penhora é o ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato, determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exequente. Tem, pois, natureza de ato executório (LIEBMAN, 1946, p. 95).

Da mesma forma, Humberto Theodoro Júnior defende que:

A penhora é o primeiro ato oficial por meio de que o Estado põe em prática o processo de expropriação executiva. Tem ela a função de ‘individualizar el bien sobre el cual el oficio ejecutivo deberá proceder para satisfacer a los acreedores, y someterlo materialmente a la transferencia coactiva’. É a penhora, portanto, o primeiro ato executório e coativo do processo de execução por quanti certa (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 63).

Sobre a questão, fica-se com o conceito de penhora trazido por BARBOSA MOREIRA:

[...] denomina-se penhora o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo. Podem constituir objeto da penhora bens pertencentes ao próprio devedor ou, por exceção, pertencentes a terceiros, quando suportem a responsabilidade executiva (MOREIRA, 1997, p. xx)

Pode-se verificar então que a penhora é um instituto próprio da fase inicial da expropriação de bens no processo de execução. Esse ato processual visa principalmente a individualização do bem sobre o qual recairá a satisfação do crédito.

Nesse sentido, podemos afirmar que a natureza jurídica da penhora é de ato executório, não podendo confundir com natureza cautelar, ou seja, para que ocorra a penhora, tem que ter a execução do devedor para satisfação do credor.

A penhora se caracteriza pelo requerimento do pedido de penhora por parte do exequente, podendo ser deferido ou indeferido pelo juiz. O executado/devedor não possui qualquer participação ativa no procedimento da penhora. Se o pedido de penhora for deferido, tem-se recolhimento do bem penhorado por força do Estado, para satisfazer parcialmente ou integralmente a dívida exequenda.

3.4.1 Bens impenhoráveis e bens penhoráveis

Nos termos das leis vigentes no direito brasileiro, existem bens impenhoráveis e bens penhoráveis.

Os bens impenhoráveis estão pré-estabelecidos no artigo 833 do NCPC:

Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da

profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. § 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição. § 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. § 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária (BRASIL, 2015, p. 375).

Como é possível ver com a citação do artigo mencionado acima, nem todos os bens são passíveis de penhora.

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior:

A inalienabilidade importa necessariamente a impenhorabilidade, de maneira que “não podem ser objeto de execução, e portanto não podem ser penhorados, os bens ou direitos que não podem ser transmitidos. Embora a impenhorabilidade seja fato de natureza processual, pode a causa situar-se tanto no direito material como no processual. A impenhorabilidade substancial, isto é, a que decorre do direito material, pode ser absoluta, quando os bens se apresentam absolutamente intransmissíveis, e relativa quando apenas não são sujeitos à transmissão forçada, como, por exemplo, se dá nas cláusulas de testamento e doação que imponham apenas a impenhorabilidade dos bens, sem declará-los inalienáveis (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 63).

De acordo com Reis (2000) por fim, insta salientar que também “não devem ser penhorados os bens que se encontrem em poder ou em casa do executado, mas que pertençam realmente à outra pessoa”.

Em relação aos bens penhoráveis, os mesmos se encontram situados em alguns artigos do NCPC:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado; III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; IV - veículos de via terrestre; V - bens imóveis; VI - bens móveis em geral; VII - semoventes; VIII - navios e aeronaves; IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias; X - percentual do faturamento

de empresa devedora; XI - pedras e metais preciosos; XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; XIII - outros direitos. § 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto. § 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento. § 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora. Art. 840. Serão preferencialmente depositados: I - as quantias em dinheiro, os papéis de crédito e as pedras e os metais preciosos, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado, ou, na falta desses estabelecimentos, em qualquer instituição de crédito designada pelo juiz; II - os móveis, os semoventes, os imóveis urbanos e os direitos aquisitivos sobre imóveis urbanos, em poder do depositário judicial; III - os imóveis rurais, os direitos aquisitivos sobre imóveis rurais, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis à atividade agrícola, mediante caução idônea, em poder do executado. 1º No caso do inciso II do caput, se não houver depositário judicial, os bens ficarão em poder do exequente.

§ 2º Os bens poderão ser depositados em poder do executado nos casos de difícil remoção ou quando anuir o exequente. § 3º As joias, as pedras e os objetos preciosos

deverão ser depositados com registro do valor estimado de resgate (BRASIL, 2015, p. 376).

Conforme entendimento majoritário a penhora poderá atingir os bens do devedor que se encontre em posse e/ou poder de terceiros, desde que seja obrigado a sua entrega, como depositário.

No entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

[...] São penhoráveis, tanto os bens corpóreos (dinheiro, pedras e metais preciosos, móveis e semoventes, imóveis, navios e aeronaves), como os incorpóreos (títulos de dívida pública, títulos de crédito cotados em bolsa, direitos e ações) [...] (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 63).

Os bens penhoráveis, se caso forem requeridos pelo exequente e o juiz deferir o pedido, serão utilizados para liquidar a dívida exequenda, parcialmente ou em sua integralidade. Os bens impenhoráveis que estão pré-estabelecidos no artigo acima citado, estão bem especificados justamente para que não haja ofensa aos princípios da menor onerosidade e o princípio da dignidade humana no processo de execução.

3.4 Natureza jurídica dos animais domésticos: bens semoventes ou seres sencientes?

Em relação à natureza jurídica dos animais domésticos, os mesmos ainda são considerados pelo Código Civil como coisas, bens de uso comum, ou seja, “bens semoventes”. Portanto, é fácil notar que apesar de muitas pessoas já pensarem de forma biocêntrica, os animais ainda são considerados meros objetos, não possuindo nenhuma segurança jurídica.

Contudo, as leis e propostas de leis vêm se alterando, uma vez que o Direito Ambiental trouxe a ideia de proteção a todos os seres, em especial aos animais domésticos. Então verificou-se a necessidade de alteração da situação jurídica dos animais.

Nos dias de hoje existe uma proposta esperada julgamento que altera a natureza jurídica dos animais domésticos. Se essa proposta for aceita, os animais deixarão de ser considerados coisas, e passarão a ser bens móveis. Ou seja, aprovada essa mudança, os animais passam a ser considerados seres sencientes, capazes de sentir alegria, raiva, dor, tristeza e não serão mais considerados meros objetos.

O argumento negativo à questão da sensibilidade e emotividade dos animais é o de que os animais não possuem qualquer tipo de sentimento por não demonstrarem ou mesmo terem consciência sobre a existência deles.

Todavia, os próprios seres humanos muitas vezes desconhecem seus sentimentos ou não sabem como demonstrá-los e, por outro lado, não se questiona a existência ou não de sua capacidade emocional.

Nesse sentido, alguns pesquisadores certificaram que a maioria dos sentimentos característicos dos seres humanos também podem ser visualizados nos animais.

Assim, da mesma forma que os sentimentos mostram-se semelhantes em culturas diferentes, é razoável que se aceite que também podem ser observados em espécies diferentes.

Conforme o comentário acima é possível visualizar a comparação dos sentimentos dos animais com os dos seres humanos, e faz a crítica aos que falam que animais não demonstram sentimentos.

Ora, só porque para alguns animais não demonstram sentimentos, eles não sentem? E os seres humanos que também não demonstram? Só por não

demonstrarem deveriam ser considerados seres semoventes?

3.4.1 A problemática jurídica da penhora dos animais domésticos no processo de execução

A problemática jurídica da penhora dos animais domésticos no processo de execução engloba várias situações delicadas. Pois como cada parte entende de uma maneira diferente, é notável que uma parte poderá ser a favor da penhora dos animais domésticos e a outra completamente contra.

Por um lado, o exequente a fim de receber a dívida que está executando e não logrando êxito por meio das medidas legais do processo de execução, restará como última alternativa, a opção das medidas excessivas, sendo uma última opção para tentar receber o que lhe é devido, então, na maioria das vezes a parte exequente será a favor da penhora dos animais domésticos.

De outro lado, temos a parte executada, estando a mesma protegida de várias maneiras sobre a penhora dos animais.

Exemplo dessa proteção seria que a penhora do animal doméstico é uma violação ao princípio da menor onerosidade, pois, tal princípio disserta que toda execução deverá ser o menos lesiva possível a pessoa do devedor, não podendo ser usado como meio punitivo ao executado, prevalecendo uma cobrança devida e proporcional. Então, a penhora dos animais domésticos considerados parte da família, o amor e carinho que envolvem esta relação vai além de qualquer mensuração de tirar esse animal do seu lar, para amortização de dívida discutida nos autos.

Outro princípio que também seria violado com a penhora dos animais domésticos é o princípio da dignidade humana, o mesmo disserta que é proibido que o devedor executado sofra consequências psicológicas, pois bem, se

caso ocorra a penhora do animal doméstico que o executado tenha grade amor, estima, cuidado e que o mesmo seja considerado membro da família, a penhora do animal causará irreparáveis danos a vida do executado e de sua família, dano este que viola por completo a dignidade humana.

Outro ponto que é importante destacar é a dignidade da vida dos animais não humanos, ressaltando a condição dos animais como seres sencientes e não semoventes. Considerando então os animais como seres sencientes, se caso os mesmo forem penhorados, e retirados a força de seu ambiente de convívio, eles também sofrerão com essa situação. Dessa forma, a penhora de um animal doméstico, além de causar sérios danos ao executado, diretamente causará danos ao animal.

Por isso, deve-se ir além do pensamento da situação apenas do humano, tem que pensar também na condição do animal, que não tem tanta importância.

Insta salientar que retirar um animal doméstico de seu ambiente, e adaptá-lo a outro determinado local, representaria a prática inequívoca de maus-tratos aos animais, pré-estabelecido pela Lei 9.605/98, que também tipifica a conduta como infração penal em seu artigo 32.

É importante ressaltar que os maus tratos não são apenas agressões físicas, danos emocionais ocasionados pela penhora dos animais, também deverão ser considerados. Esse fato é considerado em especial pela teoria da sensiência, que conforme já mencionado, defende a capacidade dos animais sentirem. Assim, mesmo que o animal doméstico tenha um valor elevado no mercado, e por consequência possa resultar na satisfação do débito, a retirada do mesmo de seu lar, de forma forçada, além dos danos para o dono do animal, traria diversos danos ao próprio animal.

Por fim, mas não menos importante, existem teorias hoje em dia que os animais domésticos podem ser

considerados bem de família, o que se presume que como bens de família, eles são impenhoráveis. Considerando que bem de família é um direito, não se confundindo com o imóvel sobre o qual a pessoa reside.

CONCLUSÃO

Depois de vários meses pesquisando sobre a problemática da im (penhorabilidade) dos animais domésticos, pode-se concluir que a mesma vai contra os princípios do processo de execução, as leis e projetos de leis brasileiras. Como foi abordado ao longo do trabalho, caso deferido uma penhora de animal doméstico, vários princípios constitucionais seriam violados. E não seriam apenas princípios que seriam violados, a dignidade do homem e do animal também estariam sendo colocadas em jogo.

Como foi demonstrado em grande parte do trabalho, a relação do homem com o animal sempre foi de extrema falta de respeito. O homem sempre se achou dono do mundo e usava os animais como meros objetos para satisfação de suas vontades.

A luta dos direitos dos animais começou há anos atrás e perdura até os dias de hoje, mas graças à evolução dos pensamentos humanos, deixando e pensar de uma forma antropocêntrica e passando a pensar de forma mais biocêntrica, essa luta passou a ter mais aliados e com a chegada de mais aliados, conseqüentemente teve uma exposição maior dos ideais dos direitos dos animais, ensejando uma conscientização maior dos seres humanos.

Ademais, por mais que hoje em dia os animais não sejam vistos apenas como objetos de saciedade humana, eles ainda são considerados coisas, eles ainda são vistos perante o Código Civil Brasileiro como objetos, ou seja, seres semoventes.

Considerações absurdas, pois quem tem um cachorro, um gato ou qualquer outro animal doméstico em casa sabe que os mesmos, possuem vários sentimentos sendo uma situação nítida de se perceber. Os animais ficam tristes, alegres, com raiva, exaltados, sentimentos que me atrevo a dizer que são parecidos com os dos seres humanos.

É importante dar ênfase ao tema porque precisamos nos tornar pessoas melhores, com pensamentos evoluídos, deixando os pensamentos pré-históricos de lado.

Mas, o que os animais domésticos têm haver com o processo de execução? Bom, no processo de execução existem medidas legais para tentativa de satisfazer a dívida exequenda. Se caso esgotadas as medidas legais e as mesmas restarem infrutíferas, existem algumas medidas excessivas que podem os advogados optarem para tentativa de satisfação do débito.

A penhora dos animais domésticos se enquadra nessas medidas excessivas. A parte executada visando uma possibilidade de receber o que lhe é devido e verificando que a parte exequenda possui um animal doméstico que além de ter sido comprado por um valor considerável, tem um custo mensal alto, entende ser devido a penhora, pois presume que não é certo a pessoa dever e ter gastos “supérfluos” com “coisas desnecessárias”.

Só que em momento algum, foram observados os direitos e sentimentos dos animais, como seres que sentem. Seria crueldade retirar um animal de seu convívio, de sua família por uma dívida que ele não tem nada haver, sem contar o fato de que seria configurado maus tratos tentar introduzir o animal em outro ambiente.

O pedido de penhora dos animais domésticos é totalmente inconstitucional, pois fere diretamente os princípios que regem o processo civil e as leis de proteção ao animal.

O próprio princípio da dignidade humana estabelece que em nenhuma execução as medidas finais poderá causar danos psicológicos ao executado, imaginem, retirar um animal doméstico de seu dono, sendo que tal animal possui uma relação de amor, carinho e é considerado parte da família, não causaria danos ao executado? E mais, não causaria danos ao próprio animal também?

Uma maneira de evitar a possibilidade desse pedido de penhora seria que nossos legisladores aprovassem o projeto de lei que mudaria de vez e por completo a natureza jurídica dos animais, para que eles deixassem de ser considerados seres semoventes e passassem a ser seres sencientes, impossibilitando qualquer tipo de possibilidade de utilizar os animais como objetos sem consciência e sem sentimentos.

Se caso tal projeto fosse aceito e a lei entrasse em vigor, seria possível e ainda mais provável uma evolução futura da pesquisa sobre o assunto abordado, pois mais pessoas ficariam cientes dos meios de proteção do animal e quanto mais pessoas cientes do assunto, mais pessoas ajudariam nessa “luta”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Luís Morales. **Como ocorre a proteção animal em legislações internacionais – EUA, União Europeia e China**, 2010. Disponível em: <<https://www.anda.jor/2010/11/a-evolucao-da-consciencia-humanda-sobre-a-perspectiva-animal/>>. Acesso em: set/2018.

ARAKEN, Assis. **Manual do processo de execução**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 603.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 12 ed, 2011, p. 271

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

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13510, de 24 e novembro de 2017**. 1. ed. Brasília: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Brasília: Revista dos Tribunais, 1990.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Brasília: Revista dos Tribunais, 1998.

CAPRA, F. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. 13.ed. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 25.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 1 ed. São Paulo: Classic, 2000, p. 212

FARIA, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 1. ed. Porto Alegre: Safe, 1996, p. 54.

FELIPE, Sônia T. Antropocentrismo, sencientismo e biocentrismo: Perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto dos animais não humanos. **Revista Páginas de Filosofia**, v. 1, n. 1, p. 13, jul. 2009.

FELIPE, Sônia T. Da considerabilidade moral dos seres vivos: a bioética ambiental de Kenneth E. Goodpaster. **Revista Internacional de Filosofia da Moral**, Florianópolis, v. 5, n.3, p. 105-118, jul. 2006.

FELIPE, Sônia T. **Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2007, p. 32.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 281-306.

GRIFFIN, DR & Speck, GB. **New evidence of animal consciousness**. 7ed. Animal Cognition. 2004, p. 18.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Processo de execução**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1946, n. 56, p. 95.

LEVAI, L. F. **Ética ambiental biocêntrica: pensamento compassivo e respeito à vida**. In: **ANDRADE, S (org.). Visão abolicionista: ética e direitos animais**. 1. ed. São Paulo: Libra Três, 2010, p. 124-129.

NOGUEIRA, Vânia Márcia damasceno. **Direitos fundamentais dos animais**. 1. ed. São Paulo: Arraes, 2012.

PRADA, Irvênia Luiza de Santis. Os animais são seres sencientes. In: **Instrumento animal: o uso prejudicial de animais no ensino superior**, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. 5. ed. 2015, p. 712.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. 2001, p. 60.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TEODORO, Júnior Humberto. **Manual do Processo de Execução**. 23.ed. São Paulo: Leud, 2005, p.332-336.

VOLTAIRE, François Marie Arouet de. **Os pensadores: dicionário filosófico**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1159.

ZAVASKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil: processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 421-422.

O CONTROLE DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

*Lúrya Júlia Gomes Santos*⁶³

RESUMO

O ato administrativo é a forma de a Administração Pública exteriorizar suas vontades, ou melhor dizendo, para que haja o liame entre o Estado e o administrado é necessário que os atos se manifestem para que possa ser gerido a máquina pública em favor dos interesses da sociedade. Esta exteriorização dos atos administrativos são praticados pelos agentes públicos de forma a poderem fazer apenas o que prever a lei. Assim, somente existirá um ato administrativo válido se a lei assim dispuser, caso contrário, poderá ser considerado o ato nulo, e por isso, passível de correção pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário. Existe, por sua vez, a possibilidade do ato administrativo ser discricionário, considerando que alguns tipos de atos podem ser realizados pelo agente público através de uma maior liberdade, porém, com limites constitucionais que devem ser respeitados. Destarte, apesar dos atos discricionários possuírem em sua essência certa liberalidade, o administrador deve optar sempre em gerir em favor da sociedade, garantindo uma melhor eficiência, oportunidade e justiça. Entretanto, nem sempre estes requisitos são respeitados pelo administrador, ocasionando em confronto com a Constituição Federal, motivo que o Poder Judiciário

⁶³ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

poderá realizar um controle de mérito dos atos administrativos. Pode-se dizer, portanto, que quando o ato discricionário praticado pelo agente público ser considerado ilegal, ilícito, imoral ou em desrespeito aos princípios e normas jurídicas, o Poder Judiciário poderá ser acionado para fazer o controle dos atos administrativos, mesmo sendo para decidir sobre o mérito daquele ato. Por seu turno, atualmente existem inúmeras ações na Justiça relatando condutas de agentes públicos, tendo em vista que respectivos atos não se encontram dentro da legalidade. Daí indaga-se: como deve ser o controle do Poder Judiciário quanto ao mérito do ato administrativo? O presente trabalho visa, justamente, analisar o ato administrativo perante o controle de mérito do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Ato administrativo. Controle. Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como análise principal o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Situa-se na questão da separação dos Poderes, considerando que um Poder é autônomo e independente do outro.

Porém, insurge a questão sobre a possibilidade de algum Poder não atuar em conformidade à lei e aos ditames constitucionais. Neste caso, fica a dúvida de como realizar este controle jurisdicional, considerando que alguns atos praticados decorrem da discricionariedade.

Assim, o que será analisado nos capítulos a seguir são as questões do ato administrativo, controle jurisdicional e possibilidade de se fazer o controle pelo Poder Judiciário por atos praticados por outro Poder.

Também serão apresentados casos práticos, além de jurisprudências sobre o assunto, para melhor visualização do problema proposto.

Deixa-se claro, no entanto, que esta possibilidade de controle jurisdicional deve ser sempre analisada no caso concreto, pois, vigora o princípio da separação dos Poderes, ou seja, um Poder tem autonomia para melhor gerir sua atividade típica ou atípica, na qual a lei lhe conferiu.

Com efeito, no primeiro capítulo, serão apresentadas as disposições do ato administrativo, apresentando a diferenciação entre ato vinculado e ato discricionário, e ainda, será analisado o conceito, abrangência e justificção.

Já no segundo capítulo, será analisada a questão do controle jurisdicional, fazendo um estudo sobre seu conceito, classificação e transcrevendo jurisprudências para melhor entendimento do assunto.

Por fim, no terceiro capítulo, será realizado um estudo de como funciona o controle jurisdicional na prática, apresentando recentes casos em que se realizou o controle do ato administrativo discricionário em virtude da não observância das normas jurídicas em vigor.

Como objetivo principal, o trabalho pretende demonstrar sobre a abrangência do controle jurisdicional no caso concreto, onde ao final se concluirá sobre a possibilidade de se fazer esse controle, mas apenas no que consiste nas hipóteses em que é desrespeitada a lei ou os princípios constitucionais vigentes.

Como metodologia, será utilizada através do desenvolvimento bibliográfico de consultas a livros, documentos jurídicos, publicações pela internet e em revistas científicas e eletrônicas, códigos, além de doutrinas e jurisprudências referentes ao tema.

2 ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo é um meio que serve para a Administração Pública exteriorizar suas vontades em relação a critérios de gestão, sendo a forma de levar a administração a toda à sociedade.

Este é o meio encontrado pela lei para que as ações praticadas pelo gestor público alcance a sociedade, criando um vínculo entre o administrador e o administrado.

Segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro citado por Carlos Barbosa (2016, *online*), o ato administrativo é: “[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público”.

Observe-se que neste conceito apresentado acima já determina o controle pelo Poder Público. Significa que todos os atos praticados pela Administração Pública são passíveis de controle, motivo que a finalidade do ato deve encontrar com alicerce à lei. (DI PIETRO, 2003).

Por falar em finalidade, trata-se da essência do ato administrativo, ou seja, somente alcançará a finalidade caso o interesse público esteja preservado. É o que explica Maria Silvia Zanella Di Pietro (2003, *online*):

A finalidade é o resultado do ato administrativo, só que, enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato, a finalidade é o resultado mediato que se quer alcançar. Quer-se alcançar a disciplina, quer-se alcançar a boa ordem, quer-se alcançar uma série de coisas, fundamentalmente, quer-se alcançar o interesse público. Mas a palavra finalidade também é vista em dois sentidos. Por exemplo, no livro do Helly Lopes Meirelles, é dito que a finalidade de todo ato administrativo é o

interesse público; nesse caso, a finalidade é considerada em sentido amplo; qualquer ato que seja contrário ao interesse público é ilegal.

Por exemplo, uma desapropriação que seja feita, não porque a administração necessita daquele bem, mas porque está querendo prejudicar, aborrecer um inimigo político, não está sendo feita para atender o interesse público.

Maria Silvia Zanella Di Pietro (2003, *online*) ainda apresenta outro sentido da finalidade do ato administrativo, diferente do interesse público:

[...] existe um outro sentido para a palavra finalidade que é o resultado específico que cada ato deve produzir em decorrência da lei. Para cada finalidade que a Administração quer alcançar, existe um ato adequado para atingi-la. Se a Administração quer expulsar dos quadros do funcionalismo um funcionário que praticou uma falta muito grave, a única medida, o único ato possível é a demissão. Ela não pode usar, com essa finalidade punitiva, um ato que não tem finalidade punitiva, ela não pode exonerar, por exemplo, ainda que seja um funcionário em comissão, que praticou uma infração; se ela está exonerando com a intenção de punir, o ato é ilegal, quanto à finalidade, porque a exoneração não tem caráter punitivo; isto caracteriza um vício de finalidade, conhecido como desvio de poder.

Um exemplo muito comum: remover o funcionário “ex-officio”, a título de punição; isto é muito comum, o funcionário é mandado para o outro lado

do fim do mundo, a título de punição. Então, ao invés de se instaurar um processo e aplicar a penalidade adequada, usa-se a remoção, com caráter punitivo, quando ela não tem uma finalidade punitiva; isso é um vício relativo à finalidade.

Observe-se que Di Pietro (2017) apresenta dois sentidos importantes para a finalidade do ato administrativo: um no sentido do interesse público, e outro no sentido de um resultado específico. Como exemplo, cita punições contra agentes públicos que se tratam, na verdade, de atos ilegais, pois a Administração Pública pratica um ato contrário à lei ao remover para outra localidade, enquanto deveria abrir processo administrativo para investigar e punir a conduta do agente.

Neste caso em concreto, o Poder Judiciário poderá ser acionado para adentrar no mérito do ato administrativo, pois, caso fique demonstrado que o ato de remover o agente público trata-se, na verdade, de uma punição, o judiciário anulará o ato. (DI PIETRO, 2017).

Importante destacar que o ato de remoção do agente público é um ato discricionário a ser praticado pela Administração Pública em razão de sua conveniência e oportunidade. Inclusive, o Estado do Rio de Janeiro, em objeto de Recurso Extraordinário com Agravo junto ao Supremo Tribunal Federal, fez assim transparecer ao mencionar sobre essa conveniência e oportunidade para a remoção de agente público, citando inclusive, princípios constitucionais:

Todo e qualquer ato administrativo goza da presunção de legalidade e legitimidade em razão dos princípios que direcionam as práticas dos entes públicos. Para que reste tal ficção afastada, indispensável se faz a apresentação de elementos que atraiam a

dúvida acima do razoável ao mesmo. No que toca ao caso em tela, a remoção de servidor público é ação discricionária da Administração Pública. Ou seja, é realizada de acordo com a sua conveniência e oportunidade. Cabe a ela livremente decidir sobre a permanência e do exercício deste ou daquele funcionário em suas unidades de atuação local, de acordo com as necessidades de serviço. Ao optar pela remoção do impetrante, fê-lo porque seus dotes, mormente sua experiência, eram necessários em outra unidade da Secretaria de Fazenda. Trata-se, como bem ressaltado nas informações, de prática usual, uma vez que para os servidores em regra não existe – nem poderia existir ante as premências do interesse público envolvido – a garantia de inamovibilidade. (STF. Recurso Extraordinário com Agravo nº. 695.185 / RJ. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 26 jun. 2012. Data de publicação: 07 ago. 2012). (BRASIL, 2012, *online*)

No caso em apreço, mesmo sob o argumento da conveniência e oportunidade, o Poder Judiciário poderá fazer o controle deste ato administrativo caso seja abusivo e ilegal. Neste aspecto, a Relatora Ministra Cármen Lúcia transcreve a decisão do Tribunal *a quo* no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo:

Como se sabe, é lícito à Administração Pública proceder a lotação e remoção de seus servidores dentro de sua conveniência e oportunidade. Assim agindo, atua no âmbito de seu poder discricionário, sendo, em princípio, vedado ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito de tais decisões administrativas.

No entanto, em se verificando ilegalidade em tais decisões, ocorrendo violação à lei ou aos princípios norteadores de toda a atividade oriunda da Administração Pública, pode aquele Poder, uma vez provocado, anular o ato administrativo. (...) No caso concreto, o impetrante, Auditor Fiscal da Receita Estadual há quase 45 anos, tendo sido investido no cargo em 25/06/1965, nos termos da Certidão de fls. 35, foi removido de sua lotação originária no Departamento Geral de Administração e Finanças, localizado no Centro da Cidade do Rio de Janeiro, para a Inspeção Regional de Fiscalização na Cidade de Resende. E a alegação de necessidade de serviço não é suficiente, por si só, para fundamentar a remoção do servidor, principalmente quando, como na espécie, se trata de servidor em fim de carreira, que atuou durante mais de 45 anos de serviço. A simples menção à expressão ‘necessidade de serviço’ pode mascarar interesses outros e perseguições várias, de molde que a fundamentação deve ser específica em cada caso, sendo demonstrado o motivo pelo qual aquele servidor foi escolhido. (STF. Recurso Extraordinário com Agravo nº. 695.185 / RJ. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 26 jun. 2012. Data de publicação: 07 ago. 2012). (BRASIL, 2012, *online*)

Neste caso em específico, fica claro que a Administração Pública poderá utilizar de sua conveniência e oportunidade para gerir a máquina pública, inclusive, removendo agentes públicos para outras localidades que necessitar dos serviços.

Entretanto, o que não pode é deixar de se fundamentar pela lei. Decisões administrativas que apenas

mascam a lei, conforme citado na decisão acima, são passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Inclusive, existe precedente do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de controle do Poder Judiciário nos casos de conviniência e oportunidade dos atos administrativos praticados pela Administração Pública:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LOTAÇÃO INICIAL EM CIDADE DO INTERIOR, CONFORME EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO. REMOÇÃO, A PEDIDO, PARA A CAPITAL DO ESTADO. FUNDAMENTOS. PRESERVAÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR. INTEGRIDADE DA SAÚDE. NECESSIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. DEFERIMENTO JUDICIAL. PRETENSÃO DE REFORMA NA VIA EXTRAORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DOS ENUNCIADOS 279, 288 E 636 DA SÚMULA/STF. Segundo a jurisprudência desta Corte, o artigo 226 da Lei Maior, por si só, não garante ao agente público o direito de exercer sua função no local de domicílio da sua família, quando prevista, no regulamento do concurso público, a possibilidade de lotação inicial em regiões diversas. Todavia, o ato administrativo de indeferimento da remoção pleiteada, mesmo quando praticado no exercício de competência discricionária, sujeita-se ao controle judicial de lisura e legalidade. Não se mostra viável a reforma de acórdão que, fundamentado na teleologia do art. 36 da Lei 8.112/90, aponta circunstâncias fáticas relevantes para o deferimento da remoção e desconsideradas pelo

administrador competente, tais como a ocorrência de danos concretos à saúde dos membros da família e a real necessidade do serviço, nos termos de manifestação escrita da própria Administração. Aplicam-se os óbices dos enunciados 279, 288 e 636 da Súmula/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. AI 643344 AgR / RS. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 04 out. 2011. Data de publicação: 24 out. 2011). (BRASIL, 2011, *online*)

Assim, fica claro que apesar do ato administrativo ser uma forma de exteriorizar a vontade da Administração Pública, deve ser praticada em razão da lei, e ainda, deve atingir a finalidade, que como já citado por Di Pietro (BRASIL, 2017), deve-se alcançar além do interesse público, um resultado específico.

Aliás, este tipo de controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário não tem o condão de contrariar o princípio da separação dos poderes. Neste sentido, os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ABUSIVOS E ILEGAIS. DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR PARA EXERCÍCIO DE CARGO DIVERSO DAQUELE DE QUE É TITULAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-

PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. II – Consoante jurisprudência deste Tribunal, é inválido o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele de que é titular. III - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. IV - Agravo regimental improvido. (STF. RE 559114 AgR / DF. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 23 mar. 2011. Data de publicação: 14 abr. 2011). (BRASIL, 2011, *online*)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. É incabível o

Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático-probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental improvido. (STF. AI 777502 AgR / RS. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 28 set. 2010. Data de publicação: 25 out. 2010). (BRASIL, 2010, *online*)

Assim, pode-se dizer que o ato administrativo é a forma da Administração Pública exteriorizar sua forma de gestão, possuindo natureza e efeitos jurídicos, de modo a serem determinantes para gerir a máquina pública.

Isto posto, pode-se dizer que tudo que engloba a gestão da Administração Pública se exterioriza através do ato administrativo, dentre eles: obras, realizações de governos, investimentos, decisões administrativas, expedições de normas, decretos etc. Possuem como finalidade, portanto, o interesse público, que é quem obterá o alcance das normas e atos exteriorizados pelo administrador público. (CARVALHO FILHO, 2004).

Por sua vez, não é somente a Administração Pública que exterioriza seus atos através dos atos administrativos. Outros poderes como, legislativo e judiciário também praticam tais atos em suas respectivas funções administrativas. (MOREIRA, 2009).

Sobre o tema, explica Alexandre Magno Fernandes Moreira (2009, *online*):

Atos administrativos: espécie de negócio jurídico, em que obrigações são impostas aos particulares pela Administração Pública. São unilaterais, pois sua existência depende apenas da manifestação da vontade da Administração Pública. Os atos

administrativos geralmente são praticados pelo Poder Executivo (órgãos e entidades da Administração Direta e da Administração Indireta), mas os outros Poderes podem praticá-los também, desde que no exercício de uma função administrativa. Ex: provimento de um Tribunal de Justiça, que regula o funcionamento dos serviços internos. Além disso, os atos administrativos podem ser realizados por particulares que executam serviços públicos delegados pela Administração Pública, mediante concessão, permissão ou autorização. Nesses casos, os atos administrativos não são considerados espécies de atos da Administração.

Destaca-se que, independente de quem expedir os atos administrativos, deverão fazê-lo de acordo com a lei, indo de encontro ao princípio da legalidade. (MORAES, 2009).

Sobre o tema, bem preconiza Alexandre de Moraes (2009, p. 77): “Administrar é aplicar a lei de ofício”. Assim, a submissão do ato administrativo ao princípio da legalidade (ou juridicidade), constitucionalmente previsto no artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é dever, não podendo o administrador adotar outras providências para se afastar da finalidade pública. (MORAES, 2009).

Por isso, diga-se que os atos administrativos devem estar revestidos de validade, forma, motivo, competência e finalidade. Na falta de qualquer desses requisitos o ato administrativo poderá ser considerado nulo, pois encontrará vício em sua exteriorização. (CARVALHO FILHO, 2004).

Por outro lado, adentrando na forma de exteriorização do ato administrativo, será realizado através de agente público da própria Administração ou desde que

esteja dotado desta prerrogativa. (CARVALHO FILHO, 2004).

Sobre a questão, existem duas formas apresentadas pela doutrina de como proceder à exteriorização dos atos administrativos: uma no sentido formal e outra no sentido materiais. É o que explica José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 183):

[...] nos atos formais, por exemplo, pode a Administração Pública expedir decretos, resoluções, deliberações, instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimentos, avisos, alvarás, ofícios, pareceres, certidões, atestados, declarações e despachos.

[...] nos atos materiais, que são a forma de seu conteúdo, a Administração Pública se exterioriza através de licença, permissão, autorização, admissão, aprovação, homologação, visto, atos sancionatórios e atos funcionais, podendo estes ser, dependendo de sua natureza, caracterizar-se como vinculados ou discricionários, que irá conferir aos interessados um consentimento da Administração Pública direta para desempenhar certas atividades de seu interesse.

Assim, quando o administrado faz um pedido junto a Administração Pública para requerer licença para construir, por exemplo, o agente público iniciará o processo administrativo, para depois, deferir ou não a licença, criando assim uma decisão que possuirá efeitos jurídicos concretos. (CARVALHO FILHO, 2004).

Desta decisão, existirá a validade, a forma, o motivo, a competência e a finalidade. Em relação à validade, possui aspecto de legalidade. Isto porque, se a autoridade pública deferir ou indeferir o pedido do administrado, deve fazê-lo de forma a garantir o fim

público, e ainda, em estrita observância a legalidade para evitar qualquer tipo de lesão. (CARVALHO FILHO, 2004).

Deixa-se claro que todo o ato administrativo poderá ser levado ao Poder Judiciário, sendo uma garantia que se encontra previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desta forma, se o administrado eventualmente tiver seu pedido de licença indeferido junto a Administração Pública e não concordar com o resultado obtido, poderá acionar o Poder Judiciário para anular o processo administrativo em virtude de alguma invalidade ou ilegalidade. Como exemplo, cita-se a decisão extraída do Tribunal de Justiça de São Paulo:

PELAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – Indeferimento de alvará de licença para construção, sob o fundamento de "irregularidade do loteamento" - Ordem concedida - Preliminar de ilegitimidade de parte afastada – Pretensão de inversão do julgamento - Possibilidade – Pendência de ação judicial a discutir justamente a regularidade do loteamento, que é requisito para a obtenção da licença pretendida - Controvérsia de alta complexidade e dependente de ampla produção probatória - Competência municipal para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano – Artigo 30, VIII, da CF – Direito de construir do proprietário que não é absoluto – Inteligência do artigo 1.299 do CC – Ausência de demonstração de direito líquido e certo da impetrante – Sentença

reformada – Inversão das disposições sucumbenciais – Rejeição de matéria preliminar - Apelação do Município e reexame necessário providos. (TJSP. Processo APL 00021459020128260654 SP 0002145-90.2012.8.26.0654. Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público. Relatora Ministra Maria Olívia Alves. Data de julgamento: 27 jul. 2015. Data de publicação: 29 jul. 2015). (SÃO PAULO, 2015, *online*)

No caso em apreço, a Administração Pública se pautou por uma decisão de cunho legal, pois, vinculou o pedido de licença com a lei que dispõe sobre o adequado ordenamento territorial para solo urbano, e por isso, indeferiu o pedido do administrado. Por isso, pode-se dizer que o ato administrativo que exteriorizou o indeferimento do pedido de licença para construir foi legal e substanciado pela legalidade.

Por outro lado, caso o administrado seguir todos os critérios legais para obter uma licença, e mesmo assim, a Administração Pública não a concede, estará o ato administrativo viciado de ilegalidade, motivo que o Poder Judiciário poderá anulá-lo após ser provocado, conforme exemplo a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA DE TRIBUTOS MEDIANTE INDEFERIMENTO DE ALVARÁ DE LICENÇA E LOCALIZAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. ILEGALIDADE. LIMINAR DEFERIDA NA INSTÂNCIA 'A QUO'. VIABILIDADE. DECISÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. A licença para funcionamento de uma atividade comercial é ato vinculado e sendo assim, uma vez

preenchidos os requisitos legais deve ser concedida. (TJPR. Processo AI 1545091 PR Agravo de Instrumento - 0154509-1. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Wanderlei Resende. Data de julgamento: 12 mai. 2004. Data de publicação: 07 jun. 2004). (PARANÁ, 2004, *online*)

Desta feita, pode-se dizer que o ato administrativo sempre estará vinculado a sua validade, podendo o Poder Judiciário anular os que estiverem contrários.

Outro requisito para detectar se o ato administrativo encontra-se em sua esteira validade é no que condiz a forma. José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 99) explica sobre a forma que o ato administrativo deve ser:

A forma do ato administrativo na Administração Pública se reveste conforme a existência jurídica, isto é, a forma será o meio pelo qual se exterioriza a vontade do agente que reside na mente como elemento de caráter meramente psíquico, interno. Todo o ato administrativo da Administração Pública deverá conter uma forma para sua validade, e sua inexistência acarretará nulidade.

Sobre essa questão, é necessário visualizar o ato com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente como força jurídica, ou seja, deve ser praticado nos termos em que a lei estabeleceu. (CARVALHO FILHO, 2004).

Como exemplo, pode-se citar a desapropriação por utilidade pública, sendo que o artigo 6º do Decreto-Lei nº. 3.365/41 (BRASIL, 1941, *online*) assim dispõe: “A declaração de utilidade pública far-se-à por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou

Prefeito”.

Observando o que dita a lei, somente poderá haver a desapropriação por utilidade pública se for precedida de declaração por decreto. Portanto, a forma que se extrai do ato administrativo para obter seus corretos efeitos jurídicos é em conformidade com que emana da lei, e no caso da desapropriação por utilidade pública, será através de decreto.

Por ter essa natureza, o ato administrativo da Administração Pública estará condicionado à validade da forma, caso contrário, o procedimento administrativo será inócuo, pois não terá observado o princípio da legalidade. (MEIRELLES, 2006).

Salienta Hely Lopes Meirelles (2006, p. 135) que: “[...] não se pode confundir simples defeito material da forma com a relegação a própria forma, o primeiro é corrigível e não anula o ato, o segundo é insuprível e a sua inobservância gera a nulidade do ato”.

Também neste aspecto, é o que demonstra Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 213):

[...] é preciso reconhecer que a análise da adequação da forma à lei exige carga de comedimento e razoabilidade por parte do intérprete. Em consequência, haverá hipóteses em que o vício de forma constitui, em última instância, mera irregularidade sanável, sem afetar a órbita jurídica de quem quer que seja. Em tais casos não precisará haver anulação, mas simples correção, o que se pode formalizar pelo instituto da convolidação do ato.

Contudo, na falta de previsão da forma a ser adotada para a produção do ato administrativo na Administração Pública, o agente deverá adotar aquela que apresente, no mínimo, o teor do ato, a finalidade a ser alcançada e as consequências que acarretará à

Administração diante de algum vício na forma. (MELLO, 2008).

Ressalta-se que a forma é elemento vinculado do ato administrativo da Administração Pública e dela não pode prescindir o agente conforme lhe convier. (MEIRELLES, 2006).

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 136) faz a distinção entre forma do ato e procedimento administrativo nos seguintes dizeres: “[...] a forma é o revestimento material do ato; o procedimento é o conjunto de operações exigidas para sua perfeição. O procedimento é dinâmico e a forma é estática”.

Assim, deve o agente da Administração Pública observar a forma de seus atos, sob pena de torná-los inválidos e conseqüentemente, ilegais, afrontando os princípios que norteiam o direito administrativo público.

Outro requisito importante para alcançar a validade do ato administrativo é o motivo. Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 101):

Motivo é a situação que determina a realização do ato administrativo, sendo portanto exterior ao ato. Toda vontade emitida por agente da Administração Pública resultará da impulsão de certos fatores fáticos ou jurídicos. Significa que é inaceitável, em sede de ato administrativo da Administração Pública, a prática de ato administrativo sem que seu autor tenha tido, para tanto, razões de fato ou de direito responsáveis pela extorsão da vontade.

Salienta Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 58) que: “[...] o motivo de interdição de uma fábrica poluidora de atmosfera é a existência real da poluição causada por ela”. Pode-se, assim, conceituar o motivo como a situação de fato ou de direito que gera a vontade

do agente quando pratica o ato administrativo.

Insta ressaltar que motivo e motivação não se confundem, sendo que motivo é a situação de fato por meio da qual se deflagra a manifestação da vontade administrativa, e motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato existiram. Neste sentido, ensina Hely Lopes Meirelles (2006, p. 136):

[...] o motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado a critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.

Afirma, ainda, Caio Tácito citado por Dmitri Saramago de Araujo Publiese (2017, *online*):

[...] se inexistir o motivo, ou dele o administrador extraiu conseqüências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito, como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo.

No que se refere à motivação, como regra, a obrigatoriedade inexistir. A motivação, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 175): “[...] constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado quanto à própria Administração”.

Já José Cretella Júnior (2000, p. 310) define a motivação como:

[...] a justificação do pronunciamento tomado, o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é

precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato. Em outras palavras: a motivação exprime de modo expreso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade.

Pela teoria dos motivos determinantes, o ato só será válido se os motivos forem verdadeiros. José Cretella Júnior (2000, p. 312) classifica motivo de direito e motivo de fato, realizando a seguinte ponderação:

[...] o motivo ainda pode ser classificado como em motivo de direito e motivo de fato. Motivo de direito é a situação de fato eleita pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa. Motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal.

Sem dúvida, é preciso dizer que o agente da Administração Pública, sempre que pode, deve fundamentar e expor sobre a transparência do ato, para que haja uma correta interpretação para que possa possibilitar seu controle. (CRETELLA JÚNIOR, 2000).

Outro requisito para a validade do ato administrativo é a competência, que é o círculo definido em lei do qual podem os agentes exercer suas funções públicas. Daí a expressão de Caio Tácito (2002, p. 27) quando diz: “[...] não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito”.

A competência resultará sempre da lei, se tornando, portanto, elemento vinculado do ato administrativo, não podendo ser modificada ou transferida segundo a vontade do administrador. (CRETELLA JÚNIOR, 2000)

Na Administração Pública, além das condições normais necessárias à capacidade, atua o sujeito de vontade dentro da esfera que a lei traçou. Como o Estado

possui personalidade jurídica, fica a necessidade de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente. (CRETELLA JÚNIOR, 2000).

Como exemplo, se realizado um ato por um agente incompetente ou que tenha ultrapassado os limites de sua competência, este ato será tido como inválido, eis que não incluído nas atribuições legais do agente que o praticou. (CARVALHO FILHO, 2004).

Como requisito de ordem pública, a competência é intransferível e improrrogável pela vontade dos agentes, contudo, pode ser delegada e avocada, desde que as normas que a regulamentam assim prevejam. (TÁCITO, 2002).

Por fim, existe também a finalidade dos atos administrativos, que como já dito, repercute no interesse público. Não se admite atividade da Administração Pública fora da lei, não se aceitando ato administrativo que não vise o interesse público. (CARVALHO FILHO, 2004).

Destarte, em qualquer tipo de ato administrativo da Administração Pública, seja ela vinculada ou discricionária, existirá a finalidade, ou seja, o fim e interesse público. (CARVALHO FILHO, 2004).

E por falar em ato vinculado e discricionário, pertinente destacá-los separadamente, conforme se apresenta no tópico a seguir.

2.1 Discricionariedade e vinculação

Para que seja realizado o controle do Poder Judiciário dos atos administrativos, em primeiro lugar, deve-se estabelecer a diferenciação entre um ato discricionário do ato vinculado.

Inicialmente pelo ato administrativo discricionário, pode-se dizer que é aquele ato praticado de forma mais liberal, ou seja, sem existir uma forma expressa. Trata-se de um ato de conveniência e oportunidade.

Conforme apresentado alhures através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a remoção de agente público é um ato discricionário, sendo que a Administração Pública poderá fazê-lo de acordo com a sua conveniência e oportunidade, desde que estejam presentes os requisitos de validade do ato, sendo eles: validade, forma, motivo, competência e finalidade.

Sobre essa conveniência e oportunidade do administrador público, explica Diogenes Gasparini (2009, p. 97):

Há conveniência sempre que o ato interessa, convêm ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais bem ilustra a situação do ato discricionário:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO
ORDINÁRIA. DIREITO
ADMINISTRATIVO. SERVIDOR
PÚBLICO DO MAGISTÉRIO DO

ESTADO DE MINAS GERAIS. PEDIDO DE REMOÇÃO. INDEFERIMENTO. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 72 DA LEI ESTADUAL 7.109/77. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGAS. LEGALIDADE DO ATO. PREFERÊNCIA SOBRE OS PROFESSORES DESIGNADOS BENEFICIADOS PELA LC Nº 100/07. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

- O instituto da remoção, consistente no deslocamento do servidor a pedido ou de ofício, é ato discricionário que deve ser sopesado pela Administração Pública, embasada nos critérios de utilidade e conveniência, devendo prevalecer a supremacia do interesse público sobre o privado.

- O controle jurisdicional do ato discricionário está adstrito à verificação de sua legalidade.

- Não logrando êxito o servidor em demonstrar a existência de vagas na escola estadual da cidade para a qual pretendia ser removido, conforme expressamente disposto no art. 72 da Lei Estadual 7.109/77, não há que se falar em ilegalidade do ato de indeferimento do pedido de remoção por ele formulado, e, conseqüentemente, em procedência do pedido inicial neste ponto.

- A inexistência de vaga na escola objeto da pretensão da parte é suficiente para fulminar o pedido de remoção desta, sendo irrelevante a circunstância de o seu preenchimento ocorrido em virtude da efetivação de professores designados, que ali prestavam serviços. (TJMG. Apelação Cível 1.0480.14.012210-6/002 0122106-54.2014.8.13.0480 (1). Órgão Julgador: 5ª

Câmara Cível. Relator Desembargador Moacyr Lobato. Data de julgamento: 26 abr. 2018. Data de publicação: 02 mai. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*)

Observe-se pela jurisprudência acima que o ato de remoção de servidor público é um ato sujeito à motivação, sendo que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 197):

Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

Ou seja, se o ato discricionário é motivado, como no caso da remoção do servidor público, torna o ato vinculado as causas determinantes, sujeitando-se ao controle de legalidade e validade.

Nesta esteira, como bem enfatizado pelo Desembargador Moacyr Lobato, na qual originou a jurisprudência acima transcrita:

É cediço que a remoção é ato discricionário da Administração Pública, não cabendo ao Poder Judiciário avaliar os seus critérios de conveniência e oportunidade, vez que são de competência exclusiva da Administração. Ao Poder Judiciário incumbe, tão somente, aferir a pertinência de tais critérios com as normais legais, posto que o Poder Público sob o pretexto de ser discricionário o ato, não pode exercê-lo contrariamente ao que impõe a lei e/ou o interesse público. (TJMG. Apelação Cível

1.0480.14.012210-6/002 0122106-54.2014.8.13.0480 (1). Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Moacyr Lobato. Data de julgamento: 26 abr. 2018. Data de publicação: 02 mai. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*)

De tal modo, pode-se dizer que a discricionariedade, conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 395):

[...] é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: 'A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal'. Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente.

Ainda a respeito da discricionariedade em razão da conveniência e oportunidade da Administração Pública, cita-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais onde demonstra a remoção de professor para zona rural para fins de interesse público:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO - REMOÇÃO, DE OFÍCIO, DE SERVIDOR - INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO - ATO DISCRICIONÁRIO - MOTIVAÇÃO. 1- A remoção de servidor

público é questão de oportunidade e conveniência, no exercício do poder discricionário do Administrador Público, desde que o faça segundo o interesse público e motivada a necessidade do serviço; 2- No exercício do poder discricionário, observada a conveniência do serviço, em decisão motivada, cabe à Administração Pública, observados os critérios de oportunidade e conveniência, remover o servidor detentor de cargo público, através de ato motivado, no interesse do serviço público e dentro do quadro a que pertence; 3- Configura-se interesse público a remoção de professor para escola municipal da zona rural, visando a melhor qualidade de ensino; 4- A atuação do Poder Judiciário se limita à análise da legalidade do ato, não lhe cabendo a apreciação do mérito. (TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0718.17.001860-7/001 0697347-54.2017.8.13.0000 (1). Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Renato Dresch. Data de julgamento: 08 fev. 2018. Data de publicação: 16 fev. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*)

No caso acima, está a Administração Pública pautando-se pelo interesse público, sendo que a remoção ocorreu para possa existir melhor qualidade de ensino na zona rural.

Daí pode-se dizer, nas palavras de José Cretella Júnior (2001, p. 213): “Se em qualquer operação administrativa, ocorre injustiça, inoportunidade, irrazoabilidade, inconveniência, nada pode fazer o Judiciário, mas se o defeito é formal, impõe-se a imediata correção”.

José Cretella Júnior (2001, p. 246) ainda acrescenta:

[...] deve acentuar que o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública incide só nos aspectos da ilegalidade e do abuso de poder das autoridades, ficando fora, totalmente, daquele controle o terreno do mérito do ato administrativo, imune à apreciação do Poder Judiciário, precisamente por tratar-se da discricionariedade administrativa, campo reservado à Administração, único juiz da oportunidade e da conveniência das medidas a serem tomadas, mas interdito a qualquer ingerência de outros Poderes.

Por outro lado, existe o ato administrativo vinculado, sendo que diferentemente do discricionário, a própria lei é que diz sobre quais são e como serão os atos a serem praticados pelo administrador público. Quer dizer que a lei não deixará escolha para a exteriorização do ato pelo administrador. (CARVALHO FILHO, 2004).

Como exemplo, enquanto a Administração Pública pode remover professor para zona rural para melhoria do ensino, de acordo com a sua conveniência e oportunidade, no ato vinculado é a lei quem diz sobre o que pode e não pode fazer.

Como ato administrativo vinculado existe a aposentadoria compulsória. O artigo 40, § 1º, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) assim dispõe:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que

preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) [...]

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015)

Observa-se que a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) delimita a idade para que o servidor público venha a se aposentar compulsoriamente, sendo com 70 ou 75 anos de idade.

Sendo assim, o administrador público não possui prerrogativa de escolher outra idade senão aquela que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabeleceu. Logo, a Lei Complementar nº. 152/15 (BRASIL, 2015, *online*), ao regular sobre a aposentadoria compulsória por idade, traz em seu artigo 2º quem serão aposentados compulsoriamente com 75 anos:

Art. 2º Serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade:

I - os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações;

II - os membros do Poder Judiciário;

III - os membros do Ministério Público;

IV - os membros das Defensorias

Públicas;

V - os membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas.

Parágrafo único. Aos servidores do Serviço Exterior Brasileiro, regidos pela Lei nº 11.440, de 29 de dezembro de 2006, o disposto neste artigo será aplicado progressivamente à razão de 1 (um) ano adicional de limite para aposentadoria compulsória ao fim de cada 2 (dois) anos, a partir da vigência desta Lei Complementar, até o limite de 75 (setenta e cinco) anos previsto no caput.

E para ilustrar o que é essa aposentadoria compulsória, segundo Ivan Kertzman (2017, *online*), é: “[...] a passagem obrigatória do servidor da atividade para a inatividade, por ter completado 70 anos, independente do sexo”. Embora o autor tenha dito que a aposentadoria compulsória é automática depois de completado 70 anos de idade, a Emenda Constituição nº. 88 (BRASIL, 2015), de 07 de maio de 2015, alterou essa idade para 75 anos.

Destarte, quando o servidor público em geral, conforme estabelece o artigo 2º da Lei Complementar nº. 152/15 (BRASIL, 2015), completar 75 anos de idade, ele não terá outra escolha senão aposentar, e seus ganhos serão calculados de forma proporcional ao tempo de contribuição.

Por isso, no caso do exemplo da aposentadoria compulsória, o administrador público não poderá decidir no sentido do servidor público continuar trabalhando após completar os 75 anos de idade, justamente porque a lei impõe essa aposentadoria a ele, independente da vontade do administrador.

Chama-se, portanto, de ato administrativo vinculado, pois, a forma de exteriorizar o ato encontra-se presente na lei. E, como o administrador público somente poderá fazer o que constar na lei, deverá respeitar a regra

do ato vinculado, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. (CARVALHO FILHO, 2004).

Outro exemplo é no caso do município quando o indivíduo cumpre todos os requisitos exigidos pela Administração Pública para construir. Quando isto ocorre, deverá ser expedido o alvará de licença para construção, não podendo o administrador vinculá-lo a qualquer outro requisito, também sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. (CARVALHO FILHO, 2004).

Assim, realizadas essas análises preliminares de ato discricionário e vinculado, passa-se a aprofundar mais sobre o tema, de forma a apresentar seus conceitos de acordo com a doutrina, sua abrangência e justificação, conforme tópicos a seguir.

2.2 Conceito

No ato administrativo discricionário, o administrador poderá atuar através de sua conveniência e oportunidade, desde que obedecidos os ditames da lei e princípios administrativos.

Nesta seara, a doutrina conceitua a discricionariedade no sentido de permitir ao administrador uma atuação livre, porém, de acordo com o interesse público. É o que explica Diomar Ackel Filho (1990, p. 657):

Em sendo assim, torna-se visível a evolução dinâmica do Direito, contemplando a discricionariedade na sua devida posição, não como potestas impenetrável do titular do poder, mas como dever jurídico orientado pela legalidade e princípios basilares que direcionam toda a atividade administrativa no rumo das exigências éticas dos administrados, traduzidos em obrigações

de moralidade, racionalidade, justiça e plena adequação da conduta pública ao bem comum.

O ato discricionário também é definido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 267) como sendo: “[...] os atos que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”.

Significa que o administrador deve fazer um juízo de valor voltado para o interesse público, para que seja possível a aplicação de um ato administrativo observando a norma abstrata para um determinado fato concreto. (MELLO, 2002).

E como afirma Hely Lopes Meirelles (2003, p. 104):

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. Em tal hipótese, executa a lei vinculadamente, quanto aos elementos que ela discrimina, e discricionariamente, quanto aos aspectos em que ela admite opção.

Ao contrário da discricionariedade é o ato administrativo vinculado, que restringe a impossibilidade

do administrador em adotar seu critério de escolha, a não ser o que se encontra na lei. (DI PIETRO, 2008).

Conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 212):

[...] ao administrador não é conferida qualquer possibilidade de avaliação subjetiva, devendo ele se ater aos termos da prescrição legal. A atuação vinculada caracteriza pela existência de uma única solução possível diante de determinada situação de fato. A lei fixa todos os requisitos, os quais a Administração deve tão somente constatar, aplicando o comando normativo, sem qualquer margem de apreciação.

E Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 339) assim define os atos vinculados como:

[...] aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato.

Portanto, deve existir essa diferenciação entre ato discricionário e ato vinculado, sendo que em ambos poderá existir o controle pelo Poder Judiciário, caso não sejam respeitados os limites impostos pela lei.

2.2 Abrangência

Quanto à abrangência dos atos discricionários e vinculados, podem ser de forma interna ou externa.

Quando se fala em interna, quer dizer que é uma decisão administrativa voltada para o próprio órgão que se encontra lotado administrador. (CUNHA, 2014).

Como exemplo, cita-se a explicação de Douglas Cunha (2014, *online*): “Internos: destinados a produzir seus efeitos no âmbito interno da Administração Pública, não atingindo terceiros, como as circulares e pareceres”.

Já a externa, compreende de atos administrativos discricionários ou vinculados que geram efeitos a terceiros, ou seja, para os administrados. Neste sentido, demonstra Douglas Cunha (2014, *online*):

Externo: tem como destinatárias pessoas além da Administração Pública, e, portanto, necessitam de publicidade para que produzam adequadamente seus efeitos. São exemplos a fixação do horário de atendimento e a ocupação de bem privado pela Administração Pública.

Portanto, a abrangência destes atos é interna ou externa, dependendo do nível de decisão tomada pelo administrador. Salienta-se que em ambos os casos existem decisões voltadas para a discricionariedade ou vinculação.

2.3 Justificação

Por fim, fala-se em justificação, também conhecida como motivação. Na verdade, trata-se de um princípio do Direito Administrativo que consiste na: “[...] exposição dos elementos que ensejaram a prática do ato administrativo, mais especificamente com a indicação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a justificação do processo de tomada de decisão”. (PESSOA, 2012, *online*)

Por sua vez, não se confunde a motivação com o motivo. Conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro

(2001, p. 195): “Motivo é elemento do ato administrativo e pode ser conceituado como o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo”.

De tal forma, o motivo será sempre obrigatório para o ato administrativo, pois sem ele não existe a legalidade.

Para melhor entendimento sobre o motivo, pertinente as palavras de Luiz Flávio Gomes (2010, *online*), que além de explicar, exemplifica:

Motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo é a situação de fato ou de direito que serve de fundamento para a prática do ato. A situação de direito é aquela, descrita na lei, enquanto que a situação de fato corresponde ao conjunto de circunstâncias que levam a Administração a praticar o ato.

Exemplificando: na concessão de licença paternidade, o motivo será sempre o nascimento do filho do servidor; na punição do servidor, o motivo é a infração por ele cometida; no tombamento, é o valor histórico do bem etc.

Já a motivação, existe entendimento de que não é obrigatório para todos os atos administrativos, daí pode-se falar que não é obrigatória para os atos discricionários. É o que alude Luiz Flávio Gomes (2010, *online*):

A motivação, por sua vez, vem a ser a exposição dos motivos que determinam a prática do ato, a exteriorização dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato. É a demonstração por escrito, de que os pressupostos autorizadores da prática do ato realmente

aconteceram. A motivação representa a exteriorização por escrito das razões que levaram à prática do ato, portanto, ela não é obrigatória para todo o tipo de ato administrativo.

Não há dúvidas, por sua vez, que nos atos vinculados o ato administrativo sempre deverá ser motivado, pois enfoca justamente o âmbito da lei.

Entretanto, em que pese a não obrigatoriedade da motivação para os atos discricionários, José Cretella Júnior (2001, p. 156) defende que:

[...] o ato administrativo discricionário é insuscetível de revisão pelo poder judiciário quanto aos motivos, não havendo o dever de motivar, mas, uma vez motivado, o ato submete-se à apreciação judicial: Em suma, tratando-se de ato discricionário, a motivação é dispensável. No entanto, se o administrador motiva o ato, o motivo deve conformar-se à lei, porque, do contrário, a motivação ilegal, eivada de abuso, excesso ou desvio de poder, torna o ato discricionário suscetível de revisão judicial.

Existem, pois, outras correntes doutrinárias sobre o assunto. O entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 383), por exemplo, é de que:

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipótese de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente por estar implícita a motivação. Naqueles outros, todavia, em que existe

discricionariiedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 82) defende a tese da motivação em todos os atos, independente de serem discricionários ou vinculados:

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de sua decisões. [...] A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos.

Para justificar este dever de motivar todos os atos administrativos, atrela-se a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o Estado Democrático de Direito, onde todos os atos públicos devem ser motivados para fins de verificar as razões daquele ato e se estão compatíveis com os princípios da administração pública e da própria lei. (PESSOA, 2006).

Sobre o tema, disserta Flávia Moreira Guimarães Pessoa (2006, *online*):

O dever de motivar os atos administrativos encontra-se exposto em diversos princípios e dispositivos insertos na Constituição, especificamente nos artigos 1º “caput”, inciso II e parágrafo único, 5º XXXV e LIV e 93 X.

A teor do art. 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, este entendido como a união dos conceitos de

Estado de Direito e Estado Democrático que, fundidos, geram um conceito novo, que supera a mera justaposição dos elementos que o formam.

O Estado Democrático de Direito é aquele em que, além de serem observados os princípios do primado da lei e da Constituição, também se verifica a submissão à soberania popular. Ou seja, o povo participa não só da formação da vontade estatal como também no controle direto ou indireto dos atos administrativos.

Para assegurar a participação e controle popular, indispensável é a fundamentação do ato administrativo, único meio viabilizador de fiscalização. De se ressaltar que, ao lado da motivação do ato, deve haver a publicidade da mesma, para que se possibilite a efetiva participação do cidadão no controle da juridicidade dos atos emanados do poder público.

O dever de motivar os atos administrativos pode ainda ser extraído do princípio republicano, inserido também do art. 1º da Constituição de 1988, que institui: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Por República entende-se não apenas a oposição à Monarquia, mas, principalmente, o regime político em que os exercentes de funções políticas representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o mediante mandatos renováveis periodicamente.

A partir do conceito exposto, verifica-se

que o administrador, ao expedir seus atos, atua no âmbito da “res publicae” e deve arcar com as responsabilidades de seu ato. Tendo em vista tal responsabilização, a motivação do ato surge como essencial, pois permite ao administrado identificar a existência dos motivos, sua correspondência com a realidade, o móvel do agente, sua destinação a uma finalidade pública etc, dentre outras circunstâncias exigidas pela ordem jurídica.

Extrai-se da exposição acima que a motivação de qualquer ato administrativo se justifica pela razão da sociedade fiscalizar e responsabilizar o administrador, de forma a percorrer pela legalidade de seus atos. (PESSOA, 2006).

Trata-se, pois, do princípio do Estado Democrático de Direito, onde o governante sempre deve tornar público seus atos, caso contrário, estará se assemelhando com Estado monárquico. (PESSOA, 2006).

No sentido de justificar todo e qualquer ato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO - RECURSO PROVIDO. 1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação. 2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários,

dependem de motivação, como requisito indispensável de validade. 3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário. 4. Recurso provido. (STJ. RMS 15459/MG 2002/0143588-5. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Medina. Data de julgamento: 19 abr. 2005. Data de publicação: 16 mai. 2005). (BRASIL, 2005, *online*)

Porquanto, em que pese haver o entendimento de que o ato discricionário, em regra, não é obrigatório à motivação, justamente por ser um ato cujo aspecto é de mais liberdade ao administrador, para evitar qualquer tipo de abuso, a jurisprudência vem se pacificando no sentido de todo e qualquer ato administrativo, seja discricionário ou não, dever ser acompanhado da motivação, visualizando assim os critérios definidos pelo administrador para praticar o ato.

3 O CONTROLE DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O controle dos atos administrativos se situa na fiscalização que um Poder exerce sobre o outro. O Estado Democrático de Direito existe sobre o fundamento de que não poderá haver um imperialismo, absolutismo ou totalitarismo, sendo que no Brasil, o regime jurídico que prevalece é o democrático. (CARVALHO FILHO, 2004).

Por isso, poderá haver um controle de um Poder para com o outro, evitando assim abusos das autoridades contra os administrados. Frisa-se que a organização política-administrativa encontra-se prevista no artigo 18 da

Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Neste passo, o Poder Executivo e o Poder Legislativo são poderes que fazem parte da estrutura política-administrativa do Estado, na qual são eleitos pelo povo. Importante pontuar que conforme artigo 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), faz transparecer a existe de outro poder, que é o Poder Judiciário. Todos eles, por sua vez, são: “[...] independentes e harmônicos entre si [...]”.

Ademais, embora apenas se vote democraticamente para os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário não fica isento de escolha. Veja-se, por exemplo, que quem escolhe os integrantes do Supremo Tribunal Federal é o Presidente da República, desde que aprovada a escolha pelo Poder Legislativo através do Senado Federal, conforme previsto no artigo 101 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Destarte, pode-se dizer que existe uma escolha indireta pelo povo para o Supremo Tribunal Federal, que é o órgão mais elevado do Poder Judiciário. Ou seja, o povo escolhe o Presidente da República, e o Presidente escolhe

os ministros da mais alta Corte do país. (CARVALHO FILHO, 2004).

Consoante a lição de Rodrigo Leventi Guimarães (2005, *online*):

A composição do STF é uma clara evidência de equilíbrio institucional, visto que demonstra a sensibilidade do princípio da harmonia dos três poderes em face das delicadas competências pertencentes a um Tribunal Constitucional. Torna-se uma necessidade do sistema de freios e contrapesos, sendo imprescindível à participação do Legislativo e Executivo nesse processo.

Assim, não há dúvidas que existe um equilíbrio entre os Três Poderes, considerando que o Poder Legislativo também é escolhido pelo povo, através do voto para deputado e senadores, que compõem o Congresso Nacional, e que detém competência para decidir sobre os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal. (CARVALHO FILHO, 2004).

No que tange ao Poder Executivo estadual e municipal, serão escolhidos pelo povo, no entanto, somente existem os Três Poderes (executivo, legislativo e judiciário) no âmbito federal e estadual, não existindo no ente municipal, que somente possui o legislativo e executivo. (CARVALHO FILHO, 2004).

Com relação a este equilíbrio entre os Poderes, existe a teoria da harmonia e equilíbrio entre os Poderes, que é atribuída a Charles de Montesquieu (1748), onde evitar restringir um único Poder de forma exclusiva. Por isso, a essência do equilíbrio e harmonia é que todos os Poderes devem fiscalizar um ao outro, de forma a não criar nenhum Poder absoluto, mas sim, ser livre de ser fiscalizado. (SOUSA, 2017).

Rainer Gonçalves Sousa (2017, *online*) explica

sobre essa teoria de Montesquieu (1748):

[...] Charles de Montesquieu se debruçou no legado de seu predecessor britânico e do filósofo grego Aristóteles para criar a obra “O Espírito das Leis”. Neste livro, o referido pensador francês aborda um meio de reformulação das instituições políticas através da chamada “teoria dos três poderes”. Segundo tal hipótese, a divisão tripartite poderia se colocar como uma solução frente aos desmandos comumente observados no regime absolutista. Mesmo propondo a divisão entre os poderes, Montesquieu aponta que cada um destes deveriam se equilibrar entre a autonomia e a intervenção nos demais poderes. Dessa forma, cada poder não poderia ser desrespeitado nas funções que deveria cumprir. Ao mesmo tempo, quando um deles se mostrava excessivamente autoritário ou extrapolava suas designações, os demais poderes teriam o direito de intervir contra tal situação desarmônica. Neste sistema observamos a existência dos seguintes poderes: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. O Poder Executivo teria como função observar as demandas da esfera pública e garantir os meios cabíveis para que as necessidades da coletividade sejam atendidas no interior daquilo que é determinado pela lei. Dessa forma, mesmo tendo várias atribuições administrativas em seu bojo, os membros do executivo não podem extrapolar o limite das leis criadas.

Com essa teoria de Montesquieu (1748) é que a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) se alinhou, pelo que se pode perceber através de seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o

Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essa teoria é também denominada de Sistema de Freios e Contrapesos, conforme afirma Rodrigo Leventi Guimarães (2005, *online*):

A Constituição Federal de 1988, assegurando em nível de cláusula pétreia, e visando, principalmente, evitar que um dos Poderes usurpe as funções de outro, consolidou a “separação” dos Poderes do Estado, tornando-os independentes e harmônicos entre si (Artigo 2º, CF/88), é o que chamamos de “Sistema de Freios e Contrapesos”.

Já o artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), faz referência sobre a importância da independência dos Poderes, sendo que nem mesmo uma proposta de emenda à Constituição fará com que essa separação de Poderes seja abolida:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
[...]
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
[...]
III - a separação dos Poderes;

E é justamente com a existência dos Três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, é que cada um deles passou a atuar de forma a melhor gerir o Estado em favor do interesse público. (CARVALHO FILHO, 2004).

Por outro lado, um faz controle sobre o outro, no aspecto de fiscalizar e garantir que não haverá nenhum governo autoritário, e ainda, se há o liame entre o ato administrativo produzido e sua validade. Isto não significa que os Poderes não deverão fazer seu controle internamente. Neste caso, a própria Constituição Federal

(BRASIL, 1988, *online*) prevê sobre o controle interno dos Poderes, conforme artigo 74:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Observa-se, em especial, o § 2º acima transcrito que o cidadão também poderá adentrar no controle dos Poderes, podendo denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas da União.

Noutro norte, sob o fundamentando dos Três Poderes, pertinente destacar ainda suas funções típicas e atípicas, sendo que esta última possui como um de seus

objetivos fiscalizar os demais Poderes. É o que explica Rodrigo Leventi Guimarães (2005, *online*):

[...] o Poder Legislativo tem a função típica de legislar, ou seja, de traduzir, através de leis, o sentimento social, é a vox populi, um fato ocorrido em sociedade que tenha elevado valor e traga uma mudança social que necessita de normatização, e tem como função atípica, a de fiscalizar se os outros dois poderes, se estão cumprindo essas normas e administrar a própria casa de leis. O Poder Judiciário tem a função típica de aplicar o direito no caso concreto, exerce uma jurisdição complementar em relação ao Poder Legislativo, visto que, enquanto este elabora a lei visando um caso abstrato, aquele aplica a lei no caso concreto, e tem a função atípica de legislar, em face de ser competente em elaborar seu regimento interno e administrativo. O Poder Executivo tem a função precípua de administrar, sempre de acordo com o ordenamento legislativo, sob pena do ato administrativo “nascer” nulo. E tem por função atípica o ato de legislar através dos atos normativos, quais sejam, as Medidas Provisórias, Leis Delegadas, Decretos e Portarias. Para tanto, a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se teoria dos freios e contra pesos.

Tem-se, portanto, que quando o Poder Executivo escolhe os ministros do órgão do Poder Judiciário, o faz para manter o equilíbrio entre os Poderes, e quando o Poder Judiciário julga os atos administrativos do Poder

Executivo, também o faz para obter o controle do sistema democrático de Direito. Assim, um fiscaliza o outro, conforme estabelece a Constituição Federal (BRASIL, 1988). (SILVA, 2006).

E tratando das funções típicas e atípicas, o sistema de freios e contrapesos funciona no sentido de que, segundo José Antonio da Silva (2006, p. 66):

[...] ao contemplar tal princípio o legislador constituinte teve por objetivo tirante as funções atípicas previstas pela própria Constituição, ou seja, não permitir que um dos poderes se arrogue o direito de intervir nas competências alheias, portanto não permitindo, por exemplo, que o executivo passe a legislar e também a julgar ou que o legislativo que tem por competência a produção normativa aplique a lei ao caso concreto.

E para Diógenes Gasparini (2000, p. 07):

Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o titular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza.

Denota-se o ato administrativo que não possui o lastro de legalidade é passível de anulação. Devem estar presentes, assim, a legalidade e demais princípios previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988). (GASPARINI, 2000).

Assim, após esta breve análise sobre os Poderes, passa-se a conceituar propriamente o que seria o controle

dos atos administrativos.

3.1 Definição

Quando se fala em controle, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (1993, p. 568), será a: “[...] faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.

Já nas palavras de Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino (2008, p. 574):

O conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que a própria Administração, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder-dever ou a faculdade de fiscalização, orientação e revisão da atuação administrativa de todos os órgãos, entidades e agentes públicos, em todas as esferas do Poder. Garante-se, mediante o amplo controle da Administração, a legitimidade de seus atos, a adequada conduta funcional de seus agentes e a defesa dos direitos dos administrados.

Nesta seara, o controle significa a fiscalização, orientação e como deve seguir o Poder Executivo em suas atividades de Administração Pública. Cediço que a Administração Pública somente poderá exteriorizar seus atos através de seus atos administrativos, e é justamente este ato que haverá o controle e fiscalização. (VICENTE; ALEXANDRINO, 2008).

Contudo, se o Presidente da República, por exemplo, escolher um ministro para compor o Supremo Tribunal Federal que não se enquadra nos requisitos da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), quais sejam: “[...] dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e

menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (art. 101), haverá o controle para anular o ato administrativo. (CARVALHO FILHO, 2004).

Este exemplo acima serve para demonstrar que o artigo 101 trata-se de um ato administrativo discricionário, porque, embora o Presidente da República possa escolher livremente qualquer pessoa, deve respeitar os limites impostos pela lei, que é ter entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, e ainda, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Caso contrário, o ato administrativo discricionário poderá ser anulado. (CARVALHO FILHO, 2004).

Com efeito, este controle ocorrerá através da fiscalização e orientação dos outros Poderes, e ainda, pelo cidadão. Ou seja, caso o cidadão verificar que existe um ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, poderá propor ação popular, conforme autoriza o artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal.

Conforme ensina Luciana Pereira (2011, *online*):

O controle visa “adequar” as funções administrativas ao ordenamento jurídico. O administrador deve agir segundo as previsões da lei. Administrar é atividade daquele que não é o senhor, mas sim, atividade daquele que tem o dever de zelar pela coisa pública de forma que atenda aos interesses da coletividade. [...] Desta forma, o administrador não pode agir conforme o impulso da sua vontade, dentro da Administração o que deve existir é legalidade e não autonomia de vontade. Por isso, o administrador durante toda a sua vida funcional, deve restringir a sua atuação aos ditames da lei, vinculando-se a uma previsão normativa dentro do ordenamento jurídico. O controle sobre os seus atos é inerente a própria razão de ser da Administração

Pública.

Ainda nos ensinamentos de Luciana Pereira (2011, *online*), acentua-se sobre a finalidade do controle, que é:

[...] verificar a legalidade, a legitimidade, a atuação, a adequação do ato ao ordenamento jurídico. O controle pressupõe ao mesmo tempo uma proposta de uma legalidade ampla e estrita. E também pressupõe a observância de todos os princípios conformadores do regime jurídico administrativo: de todos os valores que compõem o sistema jurídico brasileiro.

Por demais, conforme enaltece Luciana Pereira (2011, *online*):

O controle é extremamente necessário, pois através dele, o DONO do patrimônio público (coisa pública), que é o povo, tem a oportunidade de saber como a Administração está cuidando dos seus interesses. Por sermos um Estado Democrático de Direito, nada mais justo do que oferecer à coletividade, a oportunidade de verificar se a Administração está realmente buscando o “bem comum”, que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira.

E complementando as palavras da autora acima, Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino (2008, p. 573) ajudam a entender sobre o controle do ato administrativo:

[...] o titular do patrimônio público (material e imaterial) é o povo, e não a Administração, razão pela qual ela se sujeita, em toda a sua atuação, sem

qualquer exceção, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, na qualidade de mera gestora da coisa alheia, sem que dela possa dispor, deve a Administração pautar a integralidade de suas condutas pela mais ampla transparência, a fim de que o efetivo titular da coisa pública possa, a todo o tempo, ter condições de verificar se esta – a coisa pública – está realmente sendo gerida de forma mais adequada ao interesse público.

Desta forma, o controle do ato administrativo é uma forma de enaltecer o Estado Democrático de Direito, pois através deste controle é que os outros Poderes, e também o cidadão, poderão rechaçar algum tipo de ato que não esteja de acordo com os ditames legais. (PEREIRA, 2011).

Existem, pois, algumas classificações das formas de controle no mundo jurídico realizados pela doutrina, sendo pertinente apresentá-las.

3.2 Classificação das formas de controle

Existem algumas formas de controlar a Administração Pública, que poderá ocorrer conforme: sua origem; o momento do exercício; ao aspecto controlado; à amplitude. (MEIRELLES, 1990).

No que tange a origem, é dividido em controle interno ou externo. Quando se fala em controle interno, será aquele que:

[...] é exercido pela entidade ou órgão que é o responsável pela atividade controlada, no âmbito de sua própria estrutura. O controle que as chefias exercem nos atos

de seus subordinados dentro de um órgão público é considerado um controle interno. Segundo Marinela, todo superior hierárquico poderá exercer controle administrativo nos atos de seus subalternos, sendo, por isso, responsável por todos os atos praticados em seu setor por servidores sob seu comando. (RAMIS, 2011, *online*)

Já no controle externo, conforme Hely Lopes Meirelles (1990, p. 98): “[...] é o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado. Ou seja, não se trata de um mesmo Poder, mas sim realiza um controle entre Poderes diferentes”.

Como exemplo de controle externo, demonstra Hely Lopes Meirelles (1990, p. 98):

[...] apreciação das contas do Executivo e do Judiciário pelo Legislativo; a auditoria do Tribunal de Contas sobre a efetivação de determinada despesa do Executivo; a anulação de um ato do Executivo por decisão do Judiciário; a sustação de ato normativo do Executivo pelo Legislativo.

Em relação ao momento do exercício, existem três espécies, sendo explicados por Diogo Dias Ramis (2011, *online*):

Controle prévio ou preventivo (a priori): se chama prévio o controle exercido antes do início ou da conclusão do ato, sendo um requisito para sua eficácia e validade. É exemplo de controle prévio quando o Senado Federal autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios a contrair empréstimos externos.

Controle concomitante: é o controle

exercido durante o ato, acompanhando a sua realização, com o intento de verificar a regularidade de sua formação. [...] como exemplos do controle concomitante a fiscalização da execução de um contrato administrativo e a realização de uma auditoria durante a execução do orçamento, entre outros.

Controle subsequente ou corretivo (a posteriori): considera-se subsequente ou corretivo, o controle exercido após a conclusão do ato, tendo como intenção, [...] o controle judicial dos atos administrativos, por via de regra é um controle subsequente.

Quanto ao aspecto controlado, existe o controle de legalidade ou de mérito. No controle de legalidade, significa dizer que: “[...] o ato foi praticado em conformidade com a lei” (RAMIS, 2011, *online*). Já no mérito, tem como objetivo: “[...] a verificação da eficiência, da oportunidade, da conveniência e do resultado do ato controlado” (RAMIS, 2011, *online*).

E por fim, quanto à amplitude, se divide em hierárquico ou finalístico. Hely Lopes Meirelles (1990, p. 99) explica sobre o hierárquico: “[...] resulta automaticamente do escalonamento vertical dos órgãos do Executivo, em que os inferiores estão subordinados aos superiores”.

No finalístico, conforme ilustra Diogo Dias Ramis (2011, *online*):

É o controle que é exercido pela Administração Direta sobre as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta. É um controle que depende de lei que o estabeleça, determine os meios de controle, as autoridades responsáveis pela sua realização, bem como as suas

finalidades. Em casos excepcionais (casos de descalabro administrativo), poderá a Administração Direta controlar a indireta independentemente de regulamentação legal. É a chamada tutela extraordinária. Ele não se submete a hierarquia, visto que não há subordinação entre a entidade controlada e a autoridade ou o órgão controlador.

Assim, verificado como se dá o controle dos atos administrativos e suas formas, chega-se ao ponto de saber como ocorre este tipo de controle na prática. Mas antes, pertinentes destacar algumas jurisprudências quanto ao tema de controle dos atos administrativos, para que essa noção de controle seja mais passível de entendimento.

3.3 Jurisprudência

Apresenta-se, pois, algumas jurisprudências para que seja verificada na prática como ocorre o controle dos atos administrativos, principalmente aqueles definidos como de mérito.

A primeira delas e que foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é sobre a reintegração de servidor público, sendo que o Tribunal entendeu ser excessivo o ato que demitiu o servidor. Esta decisão foi objeto de recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO.
SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL MILITAR, QUE FOI PRESO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA DOS DELITOS TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 32, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 9.605/98 E 180, PARÁGRAFO 1º C/C 2, DO CÓDIGO PENAL, TENDO SIDO SUBMETIDO A CONSELHO

DISCIPLINAR DA PMERJ. DECISÃO DO COMANDANTE GERAL DA POLICIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO QUE O EXCLUIU EX OFFICIO DA CORPORACÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. AINDA QUE NÃO ESTEJA O COMANDANTE GERAL VINCULADO À DECISÃO DO CONSELHO DE DISCIPLINA, CONSIDERANDO QUE SUA DECISÃO AGRAVOU A SANÇÃO IMPOSTA AO POLICIAL MILITAR, DE RIGOR FOSSE A MESMA MOTIVADA. CONSIDERANDO QUE O FATO APURADO NO PROCESSO DISCIPLINAR NÃO CONFIGUROU INFRAÇÃO ÀS NORMAS DA CORPORACÃO, MAS SIM INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, PUNIR O SERVIDOR COM A SANÇÃO ADMINISTRATIVA MÁXIMA NÃO SERIA PROPORCIONAL. RECURSO PROVIDO. (STF. Processo ARE 714723 - RJ. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 11 dez. 2012. Data de publicação: 04 fev. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

No caso em apreço, houve uma pena desproporcional diante do caso concreto, motivo que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro resolveu adentrar no mérito do ato administrativo discricionário para dar provimento ao recurso em favor do servidor público.

O Estado do Rio de Janeiro interpôs agravo pelo fato de não ter sido admitido o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, sustentando o seguinte: “Não cabe ao Poder Judiciário interferir no mérito administrativo, concluindo que é conveniente à Polícia Militar a permanência do policial militar em seus quadros, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes”.

(STF. Processo ARE 714723 RJ. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 11 dez. 2012. Data de publicação: 04 fev. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

Em decisão do agravo, o Ministro Relator Dias Toffoli apresentou o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, e ainda, transcreveu o trecho da fundamentação do voto do relator:

[...]
RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas

coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido (RMS 24.699/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 1º/7/05).

Desse [...] julgado, transcrevo o seguinte trecho da fundamentação do voto do relator, que bem aborda a questão:

“(…)

9. É, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público.

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. ‘Indeterminado’ o termo do conceito --- e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas noção ---, a sua interpretação [interpretação = aplicação] reclama a escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada.

11. Como a atividade da Administração é infralegal --- administrar é aplicar a lei de ofício, dizia Seabra Fagundes ---, a autoridade administrativa está vinculada pelo dever de motivar os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do

ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.

12. O Poder Judiciário verifica, então, se o ato é correto. Não, note-se bem --- e desejo deixar isso bem vincado ---, qual o ato correto.

13. E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem ‘conceitos indeterminados’ [vale dizer, noções], inexistente uma interpretação verdadeira [única correta]; a única interpretação correta --- que haveria, então, de ser exata --- é objetivamente incognoscível (é, in concreto, incognoscível). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é correto; apenas isso.

14. Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. O fato porém é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a proporção que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

15. O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de

fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.

16. Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si [CB, art. 2o]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

17. Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo.

18. Sendo assim, concluo esta primeira parte de meu voto, deixando assente que o Poder Judiciário pode e deve, mediante a análise dos motivos do ato administrativo --- e sem que isso implique em invasão da esfera privativa de atribuições reservadas à Administração pela Constituição do Brasil --- pode e deve, dizia, rever a pena de demissão imposta ao servidor público”. (STF. Processo ARE 714723 RJ. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 11 dez. 2012. Data de publicação: 04 fev. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

Observa-se que a tese transcrita pelo Ministro Dias Toffoli explica exatamente sobre a análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Reitera-se, pois,

alguns fundamentos, como: “[...] o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão”. (STF. Processo ARE 714723 RJ. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 11 dez. 2012. Data de publicação: 04 fev. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

Ou seja, a tese aplicada pelo Supremo Tribunal Federal se acentua no fato de que a utilização da proporcionalidade e razoabilidade nas decisões administrativas são verdadeiros critérios, e não princípios, passíveis, assim, de serem considerados como motivos determinantes para o ato administrativo.

E ainda, fundamenta que: “É, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público”. (STF. Processo ARE 714723 RJ. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 11 dez. 2012. Data de publicação: 04 fev. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

Destarte, quando o Poder Judiciário adentra no mérito do ato administrativo, mesmo que discricionário, o faz para o evidente controle da legalidade, partindo da premissa de que é necessário verificar se os motivos apresentados pela Administração Pública realmente são capazes de justificar a decisão imposta, de modo que: “[...] a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato”. (STF. Processo ARE 714723 RJ. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 11 dez. 2012. Data de publicação: 04 fev. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

Porém, o caso de se anular o mérito administrativo não é para qualquer ato, mas, sim, para aqueles notórios e flagrantes casos que desrespeitam a legalidade. (CARVALHO FILHO, 2004).

Como exemplo, cita-se a jurisprudência do

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao decidir um caso sobre pena de suspensão ao servidor público em decorrência do mesmo ter participado de movimento grevista:

AÇÃO ANULATÓRIA. SERVIDOR EFETIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SANÇÃO APLICADA A SERVIDOR. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS. VALIDADE DO PROCEDIMENTO. PENA DE SUSPENSÃO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. Não há nulidade ou anulabilidade do processo administrativo se foram assegurados ao réu o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Quanto à penalidade aplicada, ressalte-se que no controle jurisdicional do ato disciplinar compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal - princípios que foram observados no caso - não podendo proceder a incursões no mérito administrativo, a não ser sobre questões de legalidade. Não deve o Judiciário substituir pelos seus os critérios de razoabilidade atendidos na área administrativa. (TJMG. Apelação Cível: AC 10024101155703002 MG. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Wander Marotta. Data de julgamento: 06 mai. 2014. Data de publicação: 09 mai. 2014). (MINAS GERAIS, 2014, *online*)

Assim foi o fundamento da parte final do voto do Desembargador Relator Wander Marota:

[...]

Quanto à penalidade aplicada, ressalto que no controle jurisdicional do ato disciplinar compete ao Poder Judiciário apreciar tão somente a regularidade do procedimento à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal - princípios estes que, como acima ressaltado, foram observados no caso - não podendo proceder a incursões no mérito administrativo. Examina-se, assim, apenas o ato impugnado quanto ao seu aspecto legal, ou seja, a sua conformidade com a lei, com o ordenamento jurídico, não havendo espaço para a desconstituição de provas.

Segundo o relatório da comissão processante, ao apelante deveria ser aplicada a pena de suspensão por 90 dias, "considerando-se a inobservância do dever funcional inculcado no inciso V do art. 216, c/c art. 244, inciso III e art. 245, § único e art. 246, inciso I, todos da Lei 869/52" (fls. 113).

Entretanto, segundo afirmado pelo próprio apelante (fls. 205), a pena de suspensão por 90 dias foi reduzida para 30 dias, após pedido de reconsideração por ele apresentado.

Acresça-se que, na inicial, o apelante afirma que os Agentes de Segurança Penitenciários foram suspensos preventivamente através da Portaria/SUAPI nº 67/2009. Entretanto, no seu caso, a suspensão somente ocorreu em 12/1/2010 (fls. 3).

Os documentos demonstram a regularidade do processo administrativo, e a pena imposta demonstra que a própria Administração atendeu, segundo critérios próprios, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Neste quadro, substituir uma razoabilidade por outra seria mero excesso.

Pelos motivos acima expostos, nego provimento ao recurso. (TJMG. Apelação Cível: AC 10024101155703002 MG. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Wander Marotta. Data de julgamento: 06 mai. 2014. Data de publicação: 09 mai. 2014). (MINAS GERAIS, 2014, *online*)

Verifica-se no caso acima que o Poder Judiciário não adentra no mérito do ato administrativo, por considerar que aquele caso encontra-se devidamente lastreado pela legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, quando se diz que o Poder Judiciário adentra no mérito do ato administrativo, o faz apenas para invalidar algum ato que não esteja dentro da legalidade. Por sua vez, quando o ato está perfeitamente adequado e válido, o Poder Judiciário não poderá adentrar no mérito administrativo, caso contrário, estará desrespeitando a regra da separação dos Poderes. (CARVALHO FILHO, 2004).

Assim, verificadas as jurisprudências sobre o assunto, resta fazer o destaque sobre o controle jurisdicional aplicada no caso concreto, conforme se verá no capítulo seguinte.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL E A PRÁTICA APLICADA NO CASO CONCRETO

O Poder Judiciário, como visto no capítulo anterior, poderá adentrar no mérito administrativo para fazer o controle, na hipótese do ato não estiver dentro da legalidade. Ou seja, quando o administrador atua dentro da legalidade, o Poder Judiciário não adentra no aspecto meritório, pois, não se pode adentrar na competência de outro Poder.

Nesta esteira, três razões existem para que se faça o

controle jurisdicional: para verificação da proporcionalidade, da razoabilidade e para verificar se o ato administrativo encontra-se pautado pela legalidade.

Se estes três requisitos estiverem em conformidade com a lei, não se pode adentrar no aspecto meritório do ato administrativo. Como diz Cretella Júnior (2002, p. 03):

O controle jurisdicional do ato administrativo, em virtude de ilegalidade ou de abuso de poder da medida tomada, contrária a dispositivo oriundo da função legislativa, coloca, em primeiro plano, como preliminar necessária o magno problema das funções do Estado, já que “controle jurisdicional” é “função do Poder Judiciário”.

Ainda nesta vertente, destaca Luciano Ferreira Leite (1981, p. 38): “[...] ao Judiciário cabe sempre o exame da legalidade do ato, ainda que tenham os agentes públicos possibilidade de, através de atuação discricionária, escolher entre duas ou mais soluções a que melhor consulte o interesse público”.

E em complemento, são as palavras de Paulo Vell (2014, *online*):

[...] não é a variedade de escolha, de opções que fará do Administrador do Poder Público livre para escolher a que bem entender. O critério mínimo para tal decisão é a de atender o interesse público. O Poder Judiciário, no papel de examinador da legalidade dos atos administrativos fará o devido exame do ato discricionário, não para julgar a melhor decisão administrativa, mas para julgar se a decisão tomada atinge ou não o mínimo necessário que é o interesse público. Em caso afirmativo, o ato está válido. Em caso negativo, existe nulidade

no ato discricionário.

Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que o controle pelo Poder Judiciário, de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, não viola o princípio da separação dos poderes, podendo atuar também nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade, conforme precedentes a seguir:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidor público militar. Exclusão da Corporação. Ato administrativo. Controle judicial. Possibilidade. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos. 2. A Corte de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório da causa, concluiu que a punição aplicada foi excessiva, restando violados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 3. Não se presta o recurso extraordinário ao reexame de fatos e provas da causa. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido. (STF. RE nº. 609.184/RS-AgR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 05 mar. 2013. Data de publicação: 26 abr. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE

JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ABUSIVOS E ILEGAIS. DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR PARA EXERCÍCIO DE CARGO DIVERSO DAQUELE DE QUE É TITULAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. II – Consoante jurisprudência deste Tribunal, é inválido o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele de que é titular. III - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. IV - Agravo regimental improvido. (STF. RE nº. 559.114/DF-AgR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 23 mar. 2011. Data de publicação: 14 abr. 2011). (BRASIL, 2011, *online*)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIACÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la

monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. É incabível o Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático-probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental improvido. (STF. AI nº. 777.502/RS-AgR. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 28 set. 2010. Data de publicação: 25 out. 2010). (BRASIL, 2010, *online*)

Por sua vez, existem exemplos práticos de casos em que ocorreram recentemente, onde a discricionariedade do Administrador Público foi controlada pelo Poder Judiciário.

Mas para entender sobre estes casos práticas, importante frisar que o Presidente da República possui competência privativa para nomear ministros, conforme previsto no artigo 83, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado”.

Pois bem, um desses casos foi quando o Juízo da Quarta Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ suspendeu a eficácia do decreto do Presidente da República que nomeou a Deputada Federal Cristiane Brasil ao cargo de Ministra de Estado do Trabalho, bem como sua posse, conforme decisão a seguir:

[...]
Em exame ainda que perfunctório, este

magistrado vislumbra flagrante desrespeito à Constituição Federal no que se refere à moralidade administrativa, em seu artigo 37, caput, quando se pretende nomear para um cargo de tamanha magnitude, Ministro do Trabalho, pessoa que já teria sido condenada em reclamações trabalhistas, condenações estas com trânsito em julgado, segundo os veículos de mídia nacionais e conforme documentação que consta da inicial ‘processos 0010538-31.2015.5.01.0044, encerrado com decisão judicial transitada em julgado, (fls. 29/246 - note-se especialmente que operou-se o trânsito em julgado da decisão condenatória cf. fls. 169); e 0101817- 52.2016.5.01.0048, encerrado com acordo judicial’ (fls. 323/324).

É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo em respeito ao Princípio da separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável.

Vale ressaltar que a medida ora almejada é meramente cautelar, precária e reversível, e, caso seja revista somente haverá um adiamento de posse. Trata-se de sacrifício de bem jurídico proporcional ao resguardo da moralidade administrativa, valor tão caro à coletividade e que não deve ficar sem o pronto amparo da tutela jurisdicional.

O periculum in mora resta cabalmente demonstrado, porquanto a posse da nomeada ao cargo está prevista para o dia 09/01/2018, amanhã.

Assim, verificada a presença dos

requisitos do artigo 300 do CPC, DEFIRO em caráter cautelar e liminar inaudita altera parte, provimento para SUSPENDER a eficácia do decreto que nomeou a Exma. Deputada Federal Cristiane Brasil Francisco ao cargo de Ministra de Estado do Trabalho, bem como sua posse. (STF. Medida Cautelar na Reclamação 29.508 Distrito Federal. Presidente Ministra Cármen Lúcia. Data da decisão: 21 jan. 2018). (BRASIL, 2018, *online*)

Observe-se que nesta decisão o juiz ponderou que o ato administrativo promovido pelo Presidente da República não atentou ao princípio da moralidade, uma vez que a Deputada Federal Cristiane Brasil, possui condenações transitadas em julgados de reclamações trabalhistas. Por isso, não pode uma pessoa já condenada em processos trabalhistas ser nomeada para o cargo de Ministro de Estado do Trabalho.

Aliás, importante reiterar o fundamento da decisão quanto ao controle jurisdicional:

[...]
É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo em respeito ao Princípio da separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável. [...]. (STF. Medida Cautelar na Reclamação 29.508 Distrito Federal. Presidente Ministra Cármen Lúcia. Data da decisão: 21 jan. 2018). (BRASIL, 2018, *online*)

Sobre respectiva decisão, a Ministra Cármen Lúcia,

do Supremo Tribunal Federal, decidiu manter a suspensão do ato da posse:

[...]
Pelo exposto, com base no poder geral de cautela (caput do art. 297 do Código de Processo Civil) e nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, que seriam comprometidos com o ato de posse antes de se poder examinar a suspensão das decisões de primeira e de segunda instâncias que a impediam neste momento, defiro parcialmente a providência liminar para a suspensão do ato de posse até que, juntadas as informações, incluído o inteiro teor do ato reclamado, seja possível a análise dos pedidos formulados na presente reclamação, sem prejuízo de reexame desta decisão precária e urgente. (STF. Medida Cautelar na Reclamação 29.508 Distrito Federal. Presidente Ministra Cármen Lúcia. Data da decisão: 21 jan. 2018). (BRASIL, 2018, *online*)

Assim, não há dúvidas que no caso prático apresentado acima, o Poder Judiciário adentrou no mérito administrativo ao suspender a nomeação e posse da pessoa escolhida pelo Presidente da República para assumir o cargo de Ministro de Estado, pois, foi considerado como violação constitucional do princípio da moralidade.

Outro exemplo foi quando o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal suspendeu a nomeação de Lula como ministro da Casa Civil, onde teria sido escolhido pela até então Presidente da República Dilma Rousseff, conforme decisão a seguir:

[...]
Apesar de ser atribuição privativa do

Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

A propósito, parece especialmente ilustrativa a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na obra “Ilícitos Atípicos”. Dizem os autores, a propósito dessa categoria: “Os ilícitos atípicos são ações que, prima facie, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas”. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Rui. *Ilícitos Atípicos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 12)

E por que devem ser consideradas proibidas? Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade.

O mesmo raciocínio abarca os três institutos bem conhecidos da nossa doutrina: abuso de direito, fraude à lei e desvio de finalidade/poder. Todos são ilícitos atípicos e têm em comum os seguintes elementos: 1) a existência de ação que, prima facie, estaria em conformidade com uma regra jurídica; 2) a produção de um resultado danoso como consequência, intencional ou não, da ação; 3) o caráter injustificado do resultado danoso, à luz dos princípios jurídicos

aplicáveis ao caso e 4) o estabelecimento de uma segunda regra que limita o alcance da primeira para qualificar como proibidos os comportamentos que antes se apresentavam travestidos de legalidade.

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.

A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei. Não está em questão saber se a Presidente praticou crime, comum ou de responsabilidade. Não é disso que se cuida.

É exatamente esse pano de fundo que deve nortear a análise de eventual desvio de finalidade na nomeação de Ministro de Estado.

Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado.

No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz Inácio Lula da Silva – Operação Aletheia, desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop.

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.

Não se nega que as investigações e as medidas judiciais poderiam ser retomadas perante o STF. Mas a retomada, no entanto, não seria sem atraso e desassossego. O tempo de trâmite para o STF, análise pela PGR, seguida da análise pelo relator e, eventualmente, pela respectiva Turma, poderia ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares.

Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição.

[...]

Ante o exposto, defiro a medida liminar, para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor. [...]. (STF. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 Distrito Federal. Ministro Relator Gilmar Mendes. Data da decisão: 18 mar. 2016). (BRASIL, 2016, *online*)

Observe-se que a decisão acima se pairou pelos seguintes critérios: desvio de finalidade quanto à nomeação, ofensas aos princípios da moralidade e impessoalidade, bem como fraude à Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Assim, fica demonstrado que os recentes casos práticos exemplificam o controle jurisdicional realizado pelo Poder Judiciário, onde tem se pautado em anular o ato administrativo que não se encontra de acordo com os ditames da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em especial baseados em seus princípios norteadores, como o da legalidade, razoabilidade e moralidade.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho restaram verificado três vertentes principais: a primeira, em relação ao ato administrativo. Como analisado no primeiro capítulo, o ato administrativo se situa no fato da Administração Pública exteriorizar suas vontades, ou seja, para que haja um sistema de gestão, o administrador expede decretos, resoluções, contratações etc., sendo denominado de ato administrativo.

Por sua vez, estes atos administrativos podem ser exteriorizados de dois modos: vinculados ou discricionários. Fala-se em ato administrativo vinculado quando a prática do ato está estritamente vinculada à lei. Neste caso, se o ato vinculado não estiver dentro da lei, por consequência, haverá sua nulidade, que poderá ser reparada pela própria Administração Pública através da autotela ou pelo controle judicial.

No que tange ao ato administrativo discricionário, não existe uma determinação legal, sendo que o administrador poderá decidir em conformidade a seu juízo de valor, desde que respeitados os limites estabelecidos pela legislação e principalmente às normas constitucionais.

A segunda vertente se situa se um Poder poderá ou não adentrar no mérito do ato administrativo de outro Poder. É o que foi visto no segundo capítulo, pois, os Poderes da República são independentes. Significa que se o Presidente da República, por exemplo, nomeia uma determinada pessoa para ser Ministro de Estado, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo não poderão adentrar no mérito desta escolha, pois, trata-se de um ato discricionário de competência privativa.

Entretanto, o que poderá acontecer, conforme visto nos capítulos segundo e terceiro, são casos em que o Poder Judiciário poderá fazer o controle dos atos administrativos discricionários, mesmo sendo de mérito, e não restar configurado a violação da separação dos poderes.

Neste caso, a terceira vertente demonstra que, conforme verificado nos casos práticos do capítulo terceiro, se o ato administrativo discricionário ofender a lei, no que tange a desvio de poder, inobservância dos princípios constitucionais, fraude à Constituição Federal (BRASIL, 1988) etc., o ato poderá anulado pelo judiciário para que não produza seus efeitos legais.

Nesta toada, importante é o controle jurisdicional realizado pelo Poder Judiciário, fato este que preserva os

princípios constitucionais e também protege o erário público, considerando que inúmeras vezes ocorrem decisões que não estão acobertadas pela legalidade.

Assim, o que se conclui no presente trabalho é que o ato administrativo discricionário, mesmo sendo uma questão de mérito, poderá ser controlado pelo Poder Judiciário, mas apenas para que haja a obediência à legislação e, sobretudo, a Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Trata-se, pois, de não violação do princípio da separação dos Poderes, mas sim do próprio equilíbrio existente entre eles, onde um poderá fiscalizar o outro para fins de obediência a lei, vivenciando-se assim no atual modelo do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Discricionariade Administrativa e Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BARBOSA, Carlos. Atos administrativos: parte 1. In: STF, **2016**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Carlos_Barbosa_Atos_administrativos_Parte_1.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº. 3.365/41, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.

In: **Palácio do Planalto**, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Emenda Constituição nº. 88, de 07 de maio de 2015. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm#art1>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº. 152, de 03 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, nos termos do inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp152.htm>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15459/MG 2002/0143588-5. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Medina. In: **Jus Brasil**, 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2347848/recurs-o-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-15459-mg-2002-0143588-5>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 643344 AgR / RS. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa. In: **STF**, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28643344%2ENUME%2E+OU+643344%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8wlennq>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

l.com/y8wlennq>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 777502 AgR / RS. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. In: **STF**, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28777502%2ENUME%2E+OU+777502%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lgvn9et>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº. 777.502/RS-AgR. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. In: **STF**, 2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28777502%2ENUME%2E+OU+777502%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybczth2z>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 Distrito Federal. Ministro Relator Gilmar Mendes. In: **STF**, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 29.508 Distrito Federal. Presidente Ministra Cármen Lúcia. In: **STF**, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl29508.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559114 AgR / DF. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. In: **STF**, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28559114%2ENUME%2E+OU+559114%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8wlennq>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

l.com/hcp5m5l>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº. 559.114/DF-AgR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. In: **STF**, 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28559114%2EENUME%2E+OU+559114%2EA CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya95gm94>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº. 609.184/RS-AgR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. In: **STF**, 2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28609184%2EENUME%2E+OU+609184%2EA CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybfltvam>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº. 695.185 / RJ. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Relatora Ministra Cármen Lúcia. In: **STF**, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28695185%2EENUME%2E+OU+695185%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yctv7z6c>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Teoria de direito administrativo**: Teoria do Ato Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. II.

CUNHA, Douglas. **Atos Administrativos: Conceito, Elementos, Mérito do Ato Administrativo, Teoria dos Motivos Determinantes, Atributos e Classificação**. In: **Jus Brasil**, 2014. Disponível em: <<https://douglascr.jusbrasil.com.br/artigos/136543799/atos-administrativos>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Pressupostos dos atos administrativos – vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo**. In: **TCM/SP**, 2003. Disponível em: <https://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARAINI, Diógenes. **Curso de Direito Administrativo e Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Motivo e motivação são requisitos**

indispensáveis para validade do ato administrativo? In: **Jus Brasil**, 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2139556/motivo-e-motivacao-sao-requisitos-indispensaveis-para-validade-do-ato-administrativo-marcelo-alonso>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

GUIMARÃES, Rodrigo Leventi. A harmonia dos três poderes e a composição do Supremo Tribunal Federal através do Sistema de Freios. In: **Migalhas**, 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8267,31047-A+harmonia+dos+tres+poderes+e+a+composicao+do+Supremo+Tribunal>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

KERTZMAN, Ivan. Aposentadoria Compulsória – Entenda. In: **Leis e Direitos**, 2017. Disponível em: <<http://www.leisedireitos.com.br/tag/aposentadoria-compulsoria/>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Anulação do ato**

administrativo por desvio de poder. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cv 1.0718.17.001860-7/001 0697347-54.2017.8.13.0000 (1). Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Renato Dresch. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=144&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=remo%20e%20oportunidade&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0480.14.012210-6/002 0122106-54.2014.8.13.0480 (1). Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Moacyr Lobato. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=144&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=remo>>

%E7%E3o%20servidor%20p%FAblico%20conveniencia%20e%20oportunidade&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 26 jun. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: AC 10024101155703002 MG. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Wander Marotta. In: **Jus Brasil**, 2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120489575/apelacao-civel-ac=10024101155703002-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Atos administrativos. In: **LFG**, 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1010831/atos-administrativos>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo AI 1545091 PR Agravo de Instrumento - 0154509-1. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Wanderlei Resende. In: **Jus Brasil**, 2004. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5178698/agravo-de-instrumento-ai-1545091-pr-agravo-de-instrumento-0154509-1>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

PEREIRA, Luciana. Métodos de controle de legalidade da administração pública. In: **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11027&revista_caderno=4#_ftnr ef9>. Acesso em: 18 jul. 2018.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A motivação dos atos administrativos discricionários. In: **Boletim Jurídico**, 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1483>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

PUBLIESE, Dmitri Saramago de Araujo. Controle jurídico do veto presidencial: limites e possibilidades. In: **TJRJ**, 2017. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca_monografia/Monografia_pdf/2017/DmitriSaramagoPugliese_Monografia.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

RAMIS, Diogo Dias. Controle da Administração Pública. In: **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12667>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo APL 00021459020128260654 SP 0002145-90.2012.8.26.0654. Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público. Relatora Ministra Maria Olívia Alves. In: **Jus Brasil**, 2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/214992804/apelacao-apl-21459020128260654-sp-0002145-9020128260654>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

SILVA, José Antonio da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUSA, Rainer Gonçalves. Três Poderes. In: **Brasil**

Escola, 2017. Disponível em:
<<http://brasilecola.uol.com.br/politica/tres-poderes.htm>>.
Acesso em: 18 jul. 2018.

TÁCITO, Caio. **O abuso de poder administrativo no Brasil**. Rio de Janeiro, 2002.

VELL, Paulo. Controle judicial dos atos administrativos.
In: **Jus Brasil**, 2014. Disponível em:
<<https://pauloveil.jusbrasil.com.br/artigos/124629890/control-judicial-dos-atos-administrativos>>. Acesso em: 10 set. 2018.

VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

