

V. 01 - N. 04 - JANEIRO A JULHO - 2011 - ISSN 1981-1454

# UNIVERSO JURÍDICO



**UNIVEN**



**UNIVERSO**  
**JURÍDICO**

**UNIVEN**  
FACULDADE DE NOVA VENEZIA

ISSN 1981-1454

# UNIVERSO JURÍDICO

**Faculdade Capixaba de Nova Venécia – UNIVEN**  
**v. 01 n. 04 Jan/Jul – 2011 - Semestral**

**Diretor Executivo**

Tadeu Antônio de Oliveira Penina

**Diretora Acadêmica**

Eliene Maria Gava Ferrão

**Diretor Geral/Coordenador Financeiro/Administrativo**

Fernando Bom Costalonga

**Coordenadora Acadêmica**

Kessya Pinitente Fabiano Costalonga

**Coordenadora de Graduação/Ciências Contábeis/Petróleo e Gás Natural**

Alcione Cabaline Gotardo

**Coordenadores de Curso Administração**

Sabryna Zen Rauta

**Direito**

Maxwilian Oliveira

**Engenharia da Produção/Engenharia Civil/Engenharia Ambiental**

Giuliana Ferrari

**Enfermagem**

Ivan Paulino

**Educação Física**

Dayane Graciele Miranda

**Pedagogia / Letras**

Manuela Tiburtino Camata

**Psicologia**

André Mota do Livramento

**Serviço Social**

Cristiane Olios

**Bibliotecária**

Alexandra Barbosa Oliveira

**Presidente da Comissão Editorial**

Eliene Maria Gava Ferrão

**Comissão Editorial**

Eliene Maria Gava Ferrão

Kessya Pinitente Fabiano Costalonga

Manuela Tiburtino Camata

**Endereço para correspondência**

Biblioteca Pe. Carlos Furbetta

Rua Jacobina, 165 – Bairro São Francisco

29830-000 – Nova Venécia – ES

e-mail: [alexandra@univen.edu.br](mailto:alexandra@univen.edu.br)

**Capa**

Alex Cavalini

Universo Jurídico / Faculdade Capixaba de Nova Venécia / – Nova Venécia:  
Cricaré, (jan/jul. 2011).

Semestral  
ISSN 1981-1454

1. Produção científica – Faculdade Capixaba de Nova Venécia. II. Título

# UNIVERSO JURÍDICO

## SUMÁRIO

### ARTIGOS

<b>CERTIFICAÇÃO DIGITAL NO ÂMBITO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS.....</b>	05
William Kardeck Moreira Campos	
<b>AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE.....</b>	24
Débora Cesana Almeida	
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO.....</b>	41
Rayane Gobbi de Oliveira Cratz	
<b>PRESCRIÇÃO PENAL: ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FRENTE A SÚMULA 415 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	58
Francielly Rauta Marques	
<b>PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE FILHO ADOTIVO E FILHO NATURAL E A OBRIGATORIEDADE DO CONSENTIMENTO DO MAIOR DE DOZE ANOS NO PROCESSO DE ADOÇÃO.....</b>	66
Paulo Roberto Alves Damaceno	
<b>DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.....</b>	83
Antonio Alves de Souza Filho	

## **CERTIFICAÇÃO DIGITAL NO ÂMBITO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS**

William Kardeck Moreira Campos<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O objetivo deste trabalho monográfico é demonstrar o funcionamento da certificação digital, assim como a estrutura organizacional da ICP-Brasil (Infra-estrutura de chave pública brasileira), órgão gestor e responsável pela segurança jurídica do mecanismo. Abordando o tema da validade jurídica dos atos digitais imbricado ao certificado digital de forma dirimir as dúvidas, citando as melhorias proporcionadas pela introdução do mecanismo no cotidiano social. As dificuldades encontradas ao disseminar a prática da certificação digital diante da desconfiança da introdução de dados sigilosos na rede mundial de computadores, assim como a resistência ao uso do papel como única forma de garantia de legitimidade do ato. Discorrer sobre a economia monetária e tempestiva. Demonstrar ainda, sua aplicação prática nas serventias extrajudiciais como meio de melhor atender o utilizador do serviço, as divergências de normas encontradas entres os Estados Federativos e as possíveis formas de aplicabilidade da certificação digital.

**PALAVRAS-CHAVE :** ICP-Brasil. Economia. Segurança Jurídica.

### **ABSTRACT**

The purpose of this monograph is to demonstrate the operation of digital certification, as well as the organizational structure of ICP-Brazil (Infrastructure Public Key Brazilian), responsible for managing agency and legal mechanism. Addressing the issue of the legal validity of the acts digital imbricate digital certificate in order to dispel the doubts, citing the improvements afforded by the introduction of mechanism in everyday social life. The difficulties to spread the practice of digital certification before introducing distrust of sensitive data on the World Wide Web, as well as resistance to the use of paper as the only way to guarantee the legitimacy of the act. Talking about monetary economics and timely. Demonstrate still, its practical application rounds off-court as a means to better meet the service user, divergent standards found Federated States entres and possible ways of application of digital certification.

**KEYWORDS:** ICP-Brazil. Economics. Legal Security

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

## **1 INTRODUÇÃO**

A presente monografia desenvolve-se no âmbito da certificação digital voltada para serventias extrajudiciais ou Cartórios. Enquadra-se o tema ao início de uma grande caminhada necessária em busca da segurança jurídica no mundo digital, a qual, via de regra é encontrada no mundo material transcrita em papel.

A revolução tecnológica vivida no século passado e as mudanças no cenário mundial vivenciadas ao início do século atual culminaram na necessidade de privar a utilização dos recursos naturais, imbricando a iniciativas eficazes de acompanhar o dinamismo social. Neste contexto a Certificação Digital inova, revolucionando em diversas áreas as formas de transferência de dados utilizando-se da rede mundial de computadores.

A atuação de setores de desenvolvimento tecnológicos voltados à certificação, a administração do correspondente serviço através de um comitê gestor junto à autoridade certificadora raiz e as entidades emissoras dos certificados, serão abordadas nessa pesquisa de forma a esclarecer dúvidas a respeito do funcionamento da certificação.

Um dos principais pontos da inovação tecnológica nas transmissões de dados é a inevitável desconfiança social no fator segurança jurídica, gerado naturalmente pela proposição de transferência de dados por meio da internet. Que no decorrer dos tempos gerou diversos danos, tais como, roubo de senhas bancárias, desvios de valores de conta entre outros transtornos.

Com advento da Medida Provisória n.º 2.200 de 24 de agosto de 2001 que instituiu a infraestrutura de chaves públicas brasileiras, desencadeou-se a validade legal de documentos assinados digitalmente, acarretando a revolução na forma de troca de dados com valor jurídico através da rede mundial de computadores.

Desse modo, e nesse contexto, a pesquisa faz uma análise geral das dificuldades e dos benefícios oportunizada pela inserção da certificação digital no atual momento no âmbito das serventias extrajudiciais, as suas principais barreiras a serem superadas e as possíveis inovações futuras, pois trata-se de um tema novo com previsão de grande mutabilidade.

## **2 CERTIFICAÇÃO DIGITAL**

Neste capítulo será abordada uma visão geral acerca da certificação digital, conceito, espécies, técnica da composição do certificado digital.

### **2.1 CONTEXTO HISTÓRICO**

Diante dos avanços tecnológicos das últimas décadas, onde diversas áreas do direito passaram por verdadeiras revoluções, muitas dessas em virtude da informática, a inovação tecnológica se torna importante instrumento funcional para melhoria do operar do direito. Assim, buscaram-se meios de produzir a representação de um fato eletronicamente. Nesta vereda, Benucci, esclarece que:

É fato incontroverso a profunda transformação vivenciada pela sociedade contemporânea. Testemunhamos o surgimento de uma nova era, propiciada pelos avanços tecnológicos e científicos, que vem modificando de modo significativo a vida em nosso planeta. Este novo momento histórico revela-se através do advento da denominada sociedade da informação, na qual a tecnologia deixa de ser exclusividade das universidades e dos centros científicos, passando a fazer parte do cotidiano dos indivíduos, em razão do aumento substancial do acesso aos computadores e da disseminação do uso da informática.

Assim, para possibilitar a representação válida de fatos virtuais, em vinte e quatro de agosto do ano de dois mil e um, foi assinado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, a Medida Provisória de número 2.200-2 que instituía no Brasil a Infra-estrutura de chaves públicas brasileira, a ICP-Brasil, possibilitando a autenticidade de documentos produzidos por meios digitais, nesta ceara, Ângela Bittencourt, dispõe:

Historicamente nossos doutrinadores têm definido o documento como algo material, uma *res*, uma representação exterior do fato que se quer provar e, sempre conhecemos a prova documental como a maior das provas, pois consistente da representação fática do acontecido. Na esteira desses pensamentos, ao ligarmos indelevelmente o fato jurídico à matéria como uma coisa tangível, teríamos dificuldades em conceituar o documento eletrônico, pois este é intangível e etéreo, e muito longe se encontra do conceito de "coisa" como matéria.

Portanto, a visão de documento passa a abranger também a esfera digital, possibilitando a responsabilidade dos atos praticados digitalmente.

## 2.2 CONCEITO DE CERTIFICADO DIGITAL

Exposto o contexto motivador da edição da MP 2.200/01, se faz importante conceituar o que vem a ser a certificação digital, encontrado no site do Instituto nacional de tecnologia da informação:

O certificado, na prática, equivale a uma carteira de identidade virtual ao permitir a identificação de uma pessoa no meio digital/eletrônico quando enviando uma mensagem ou em alguma transação pela rede mundial de computadores que necessite validade legal e identificação inequívoca. Um certificado digital contém dados de seu titular, tais como nome, identidade civil, e-mail, nome e assinatura da Autoridade Certificadora que o emitiu, entre outras informações. É importante saber que essa tecnologia confere a mesma validade jurídica ao documento assinado digitalmente do equivalente em papel assinado de próprio punho.

O certificado digital da ICP-Brasil, além de personificar o cidadão na rede mundial de computadores, garante, por força da legislação atual, validade jurídica aos atos praticados com seu uso. A certificação digital é uma ferramenta que permite que aplicações, como comércio eletrônico, assinatura de contratos, operações bancárias, iniciativas de governo eletrônico, entre outras, sejam realizadas. São transações feitas de forma virtual, ou seja, sem a presença física do interessado, mas que demandam identificação inequívoca da pessoa que a está realizando pela Internet.

Assim, o certificado digital associa o nome da pessoa ou entidade a uma chave pública, permitindo a identificação autêntica do usuário e possibilitando que este transmita dados de forma confidencial através de uma rede de computadores, sendo atribuída a essa transação validade jurídica, garantindo a identificação inequívoca do remetente, pois este tem seus dados vinculados ao certificado digital. Neste sentido o site Wikipedia.org, “É um arquivo de computador que contém um conjunto de informações referentes a entidade para qual o certificado foi emitido”.

Nesta vereda, verifica-se no site da Certisign os dados contidos em um certificado digital são:

- Nome Físico ou Jurídico;
- Chave pública;
- Período de validade;
- Nome e assinatura da Autoridade Certificadora emitente;
- Serial;

### 2.3 FUNCIONABILIDADE TÉCNICA.

Para a transmissão do documento via rede de forma segura, usa-se um dispositivo extremamente técnico, a criptografia.

Neste diapasão, o site da ITI – Instituto Nacional de Tecnologia da informação dispõe que:

A palavra criptografia tem origem grega e significa a arte de escrever em códigos de forma a esconder a informação na forma de um texto incompreensível. A informação codificada é chamada de texto cifrado. O processo de codificação ou ocultação é chamado de cifragem, e o processo inverso, ou seja, obter a informação original a partir do texto cifrado, chama-se decifragem.

Assim, antes de ser enviado pela rede, o arquivo é criptografado através de uma chave, que torna impossível o conhecimento do conteúdo do mesmo, a não ser por quem possua uma chave que o descriptografe. Caso ocorra a interceptação do documento, este mecanismo torna impossível o acesso ao conteúdo do arquivo.

Nesse diapasão, é que dispões Monteiro (2007, p.25):



Com a popularização das transações pela internet e a explosão do comércio eletrônico, tornou-se necessários mecanismos de segurança para a proteção destas operações contra ataques de hackers. Uma das tecnologias para resolver esse problema é a criptografia.

Assim, trata-se do dispositivo capaz de trazer a segurança jurídica ao ato praticado digitalmente.

## 2.4 TIPOS DE CRIPTOGRAFIA

### 2.4.1 CRIPTOGRAFIA SIMÉTRICA

A criptografia simétrica se caracteriza pela utilização de apenas uma chave, devendo haver a troca sigilosa da mesma pelos que pretendam compartilhar arquivos.

Neste sentido, o site do ITI dispõe:

A criptografia simétrica realiza a cifragem e a decifragem de uma informação através de algoritmos que utilizam a mesma chave, garantindo sigilo na transmissão e armazenamento de dados. Como a mesma chave deve ser utilizada na cifragem e na decifragem, a chave deve ser compartilhada entre quem cifra e quem decifra os dados.

Desta forma, após compartilharem a chave, os agentes podem cifrar um documento e transmitir, sendo utilizada a mesma chave para decifrar do outro lado. Deverá ser mantida em segurança a chave, logo que com a divulgação da mesma o documento passará a ficar exposto.

### 2.4.2 CRIPTOGRAFIA POR CHAVE PÚBLICA

Na criptográfica por chave pública são usadas duas chaves distintas, sendo uma privada e outra pública. A pessoa que pretenda compartilhar arquivo desta através deste mecanismo deverá compartilhar sua chave pública e manter em sigilo a privada.

Neste diapasão nos mostra o Site do ITI:

Os algoritmos de chave pública operam com duas chaves distintas: chave privada e chave pública. Essas chaves são geradas simultaneamente e são relacionadas entre si, o que possibilita que a operação executada por uma seja revertida pela outra. A chave privada deve ser mantida em sigilo e protegida por quem gerou as chaves. A chave pública é disponibilizada e tornada acessível a qualquer indivíduo que deseja se comunicar com o proprietário da chave privada correspondente.

Quem pretender enviar-lhe um arquivo cifrará este usando a chave pública compartilhada, e terá a segurança de que somente a chave privada do mesmo indivíduo decifrará o documento. Assim como garantirá a autenticidade do remetente, pois somente este terá conhecimento da chave privada.

### 3 ASSINATURA DIGITAL

A assinatura digital permite que o usuário, a partir de um dos mecanismos do item 2.4, assine o documento eletrônico antes do envio, identificando-se como remetente e vinculando seus dados contidos no certificado a autenticidade do documento.

Neste sentido, o site do ITI, dispõe:

A técnica de assinatura digital é uma forma eficaz de garantir autoria de documentos eletrônicos. Em agosto de 2001, a Medida Provisória 2.200, garantiu a validade jurídica de documentos eletrônicos e a utilização de certificados digitais para atribuir autenticidade e integridade aos documentos. Este fato tornou a assinatura digital um instrumento válido juridicamente.

O ponto mais importante desse procedimento é a atribuição de efeitos jurídicos iguais à assinatura no papel, estando o agente responsável juridicamente pela assinatura digital emitida.

Nesta senda, o Decreto nº 2.200, de 24 de agosto de 2001 (2001, p. 3), que regula a responsabilidade pelo ato digital, estabelece e seu “Art. 10, §1º, que:

Art. 10, §1º - As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários.

O funcionamento da assinatura digital ocorre através da conjunção da função hash, que é o valor único atribuído a cada documento eletrônico por intermédio de um código e a chave pública.

Neste sentido, Ângela Bittencourt, descreve que:

Essa assinatura é formada por uma série de letras, números e símbolos e é feita em duas etapas. Primeiramente o autor, através de um software que contém um algoritmo próprio, realiza uma operação e faz um tipo de resumo dos dados do documento que quer enviar, também chamado de função *hash*. Após essa operação ele usa a chave privada que vai encriptar este resumo e o resultado desse processo é a assinatura digital.

Portanto, através da função hash é possível que cada documento, por ter um valor específico como uma impressão digital, seja individualizado e vinculado a chave privada, assim diferentemente da assinatura material, a assinatura digital terá uma forma diferenciada para cada ato.

Nesse sentido, Bittencourt estabelece que: “Diferentemente da assinatura real, a digital se modifica a cada arquivo”.

### 3.1 ASSINATURA DIGITAL X ASSINATURA DIGITALIZADA

Por se tratar de tema ainda recente, existe muita confusão causada pelo nome “Assinatura digital”. É de suma importância saber a distinção entre assinatura digital e assinatura digitalizada, uma vez que estas são coisas completamente diferentes.

Neste viés, segundo o site do ITI:

A semelhança da assinatura digital e da assinatura manuscrita restringe-se ao princípio de atribuição de autoria a um documento. Na manuscrita, as assinaturas seguem um padrão, sendo semelhantes entre si e possuindo características pessoais e biométricas de cada indivíduo. Ela é feita sobre algo tangível, o papel, responsável pela vinculação da informação impressa à assinatura. A veracidade da assinatura manuscrita é feita por uma comparação visual a uma assinatura verdadeira tal como aquela do documento de identidade oficial.

Assim, a assinatura digitalizada é a representação gráfica da assinatura manuscrita passada para o meio digital através de um scanner ou até mesmo fotografada. É apenas a representação gráfica da assinatura de um indivíduo levada ao meio digital. Completamente diferente da assinatura digital, que já nasce digital e se representa por uma sequência de Bits para cada documento assinado, como nos ensina o site Certisign, “É uma tecnologia que se vale de recursos da criptografia para garantir a integridade e autoria dos dados transmitidos por meio eletrônico”.

#### 3.1.1 TIPOS DE CERTIFICADOS DIGITAIS

Hoje existem diversas categorias de certificado digital. Como é possível verificar no Site Infowester.com:

- **A1 e S1:** geração das chaves é feita por software; chaves de tamanho mínimo de 1024 bits; armazenamento em dispositivo de armazenamento (como um HD); validade máxima de um ano;
- **A2 e S2:** geração das chaves é feita por software; chaves de tamanho mínimo de 1024 bits; armazenamento em cartão inteligente (com chip) ou token (dispositivo semelhante a um pendrive); validade máxima de dois anos;

- **A3 e S3:** geração das chaves é feita por hardware; chaves de tamanho mínimo de 1024 bits; armazenamento em cartão inteligente ou token; validade máxima de três anos;
- **A4 e S4:** geração das chaves é feita por hardware; chaves de tamanho mínimo de 2048 bits; armazenamento em cartão inteligente ou token; validade máxima de três anos.

Os meios para armazenamento dos dados de um certificado digital, são as mídias, dispositivos eletrônicos que comportam os certificados. O cartão inteligente (smart card), ou os tokens. Neste viés, o Site do ITI dispõe:

Existem dispositivos que incrementam a proteção das chaves, como os cartões inteligentes (smart cards). Eles se assemelham – em formato e tamanho – a um cartão de crédito convencional. Os smart cards são um tipo de hardware criptográfico dotado de um microprocessador com memória capaz de armazenar e processar diversos tipos de informações. Com eles é possível gerar as chaves e mantê-las dentro de um ambiente seguro, uma vez que as operações criptográficas podem ser realizadas dentro do próprio dispositivo.

Nesse diapasão, o Site Wikipédia, conceitua “Token é um dispositivo eletrônico gerador de senhas, geralmente sem conexão física com o computador, podendo também, em algumas versões, ser conectado a uma porta USB”.

O primeiro dispositivo são os cartões inteligentes (Smart Cards), que são muito parecidos com o CPF e possuem dispositivos capazes de armazenar as informações do titular. Vale observar que para leitura desse dispositivo é necessária uma leitora que serve de vínculo deste com o computador.

O outro dispositivo é chamado de Token, que muito se assemelha com uma pendrive, tem a mesma função do cartão inteligente, caracterizando-se pela inserção direta ao computador sem necessidade de uma leitora.

#### **4 INFRA-ESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA**

Como citado do item 2.1.1 a Medida Provisória numero 2.200-2 de 24 de agosto de 2001 institui no Brasil a Infra-Estrutura de chaves públicas – ICP-Brasil, transformando o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em Autarquia, além de instituir um Comitê Gestor ligado a Casa Civil da Presidência da República e estabelecer suas competências. Assim dispondo o Art. 1º, da MP. nº 2.200-2:

Art. 1º - Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Ao instituir a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira, fica clara a intenção de proporcionar aos atos digitais a autenticidade, e principalmente a validade jurídica.

Importante ressaltar que a ICP-Brasil funciona através de uma cadeia de certificação composta por diversas Autoridades.

Neste sentido, O site do ITI, dispõe:

A Autoridade Certificadora Raiz da ICP-Brasil é a primeira autoridade da cadeia de certificação. É executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil. Portanto, compete à AC-Raiz emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das autoridades certificadoras de nível imediatamente subsequente ao seu.

A AC-Raiz também está encarregada de emitir a lista de certificados revogados e de fiscalizar e auditar as autoridades certificadoras, autoridades de registro e demais prestadores de serviço habilitados na ICP-Brasil. Além disso, verifica se as Autoridades Certificadoras (ACs) estão atuando em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor.

A AC-Raiz – Autoridade Certificadora Raiz, é então o órgão designado pelo Comitê Gestor, que é ligado a Casa Civil da Presidência, para estar no topo à cadeia certificadora.

## **5 COMPOSIÇÃO DA ICP-BRASIL**

### **5.1 COMITÊ GESTOR**

Como supracitado, o Comitê gestor é a autoridade gestora de política ligada diretamente a Casa Cível da Presidência. A MP 2.200, traçou a organização da ICP-Brasil no Art. 2º, que dispõe:

Art. 2º - A ICP-Brasil, cuja organização será definida em regulamento, será composta por uma autoridade gestora de políticas e pela cadeia de autoridades certificadoras, composta pela Autoridade Certificadora Raiz - AC Raiz, pelas Autoridades Certificadoras - AC e pelas Autoridades de Registro - AR.

Assim, o Comitê Gestor é a autoridade gestora de política para toda a cadeia certificado da ICP-Brasil.

Além de traçar a organização da ICP-Brasil, a aludida Medida Provisória também traçou a composição do Comitê Gestor, conforme disposto no Art. 3º:

Art. 3º - A função de autoridade gestora de políticas será exercida pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, vinculado à Casa Civil da Presidência da República e composto por cinco representantes da sociedade civil, integrantes de setores interessados, designados pelo Presidente da República, e um representante de cada um dos seguintes órgãos (...).

## 5.2 AUTORIDADE CERTIFICADORA RAIZ

A Autoridade Certificadora Raiz, ou Ac-Raiz é o primeiro órgão na cadeia de certificação. Tem seu funcionamento no ITI – (Instituto Nacional de Tecnologia da Informação) que é uma autarquia federal vinculada à casa civil da presidência da república cujo objetivo é manter a infra-estrutura de chaves pública brasileira.

Neste sentido, dispõe o site do ITI:

O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI é uma autarquia federal vinculada à Casa Civil da Presidência da República, cujo objetivo é manter a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, sendo a primeira autoridade da cadeia de certificação – AC Raiz.

Compete ainda ao ITI estimular e articular projetos de pesquisa científica e de desenvolvimento tecnológico voltados à ampliação da cidadania digital. Nesse vetor, o ITI tem como sua principal linha de ação a popularização da certificação digital e a inclusão digital, atuando sobre questões como sistemas criptográficos, software livre, hardware compatíveis com padrões abertos e universais, convergência digital de mídias, entre outras.

Compete ainda a AC-Raiz, por ser o primeiro órgão na cadeia sucessória de certificação, gerenciar os certificados das Autoridades Certificadoras de Nível Médio, como positivado no Art. 5º da MP 2.200:

Art. 5º - À AC Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das AC e das AR e dos prestadores de serviço habilitados na ICP, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas.

Importante ressaltar, que esta autarquia é a vedada de emitir certificado digital diretamente para o usuário final, vedação esta expressamente positivada pelo parágrafo único do Art. 5º da MP 2.200, que assim dispõe:

Parágrafo Único - É vedado à AC Raiz a emitir certificados para usuário final.

### 5.3 AUTORIDADES CERTIFICADORAS

As ACs – Autoridades Certificadoras são entidades credenciadas diretamente a Ac-Raiz, que as institui competência para emitir o certificado digital, como dispendo o Art. 6º da MP 2.200:

Art. 6º - Às AC, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.

Um conceito de Autoridade Certificadora esta disponível no site do ITI, assim dispendo:

As Autoridades Certificadoras são entidades públicas ou pessoas jurídicas de direito privado credenciadas à AC-Raiz e que emitem certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular. Nos termos do art. 60 da MP 2.200/01, compete-lhes “emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações”.

São as ACs responsáveis pela emissão do certificado, e estes são emitidos a partir de uma política que estabelece inúmeras regras sendo a de maior importância a função de identificação da parte.

Neste diapasão, Benucci dispõe:

De fato, a validade de quaisquer atos jurídicos realizados por meio eletrônico, inclusive os atos processuais, dependem do atendimento a requisitos de segurança que garantam que o ato proceda daquele que afirma tê-lo produzido.

Por ser responsável pela identificação da pessoa e vincular os pares de chaves públicas ao respectivo titular do certificado, esta entidade é de extrema importância para a segurança da emissão, pois, sem a correta identificação a possibilidade de fraude inviabiliza o mecanismo.

As ACs são geralmente vinculadas a outros órgãos da administração pública direta ou indireta, como a Caixa Econômica Federal, Secretaria da Receita Federal, SERASA, Casa da Moeda do Brasil, porém também existe representantes do ramo privado, como a Certsign.

#### 5.4 AUTORIDADES DE REGISTRO

As ARs – Autoridades de Registro, são extensões das ACs com intuito de fazer a identificação do usuário, conforme reza o Art. 7º da MP 2.200, abaixo transcrito:

Art. 7º Às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

Assim, para garantir maior segurança na identificação o usuário, as ACs podem criar unidades isoladas, as ARs, que após coletar os documentos os remete para as ACs.

Neste sentido, o site do ITI dispõe:

As Autoridades de Registro (ARs) são as responsáveis pelo processo final na cadeia de Certificação Digital, responsáveis por atender os interessados em adquirir certificados, coletar os documentos para encaminhá-los às Autoridades Certificadoras (ACs), responsáveis pela emissão.

## 6 SEGURANÇA JURÍDICA E DISCONFIANÇA SOCIAL

A busca pela segurança jurídica do dispositivo, depende da certeza do sujeito realizador do ato, sendo a impessoalidade da relação digital o principal motivo gerador de insegurança.

Neste sentido, Belucci dispõe:

A validade dos atos jurídicos realizados eletronicamente dependem, portanto, da definição de uma relação segura entre o sujeito que produziu o ato jurídico por meio eletrônico e o ato produzido, além da garantia de inviolabilidade do conteúdo.

Isto ocorre em razão da ausência de caráter pessoal do ato jurídico realizado eletronicamente. Para lhe conferir tal pessoalidade, a comunicação por meio eletrônico depende de componentes extrajurídicos, ou seja, de técnicas científicas capazes de prover os requisitos de segurança para a transmissão confiável de atos em meio eletrônico.

Tais técnicas são variadas e estão em constante evolução. As principais são: as técnicas de utilização de senhas, as técnicas biométricas e as técnicas criptográficas.

Assim, o meio usado para garantir a segurança na transmissão de documentos por meio eletrônico é a criptografia, já vista anteriormente no item 2.1.4, que imbricado com um contato pessoal e identifique seguramente aquele indivíduo como verdadeiro usuário do certificado proporcionará a segurança na realização do ato jurídico.



Existe ainda um pré-conceito notório no meio social relevante à falta de segurança na transmissão de documentos ou informações sigilosas por meio da internet. A ICP-Brasil é responsável pela fiscalização e auditoria da emissão dos certificados digitais por parte das ACs, atribuindo total confiabilidade ao processo de certificação. Garantindo a integridade, autenticidade e principalmente o não-repúdio na utilização do certificado.

Neste viés, o site do ITI estabelece que:

As transações eletrônicas necessitam da adoção de mecanismos de segurança capazes de garantir autenticidade, confidencialidade e integridade às informações eletrônicas. A certificação digital é a tecnologia que provê estes mecanismos.

Assim, a validade jurídica do ato digital vem positivado no Art. 10, §1º da MP 2.200, assim transcrito:

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários.

## **7 A CERTIFICAÇÃO DIGITAL NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS**

A atividade das serventias extrajudiciais é dividida em notarias e de registro, sendo exercida a administração por particulares através de delegação do poder público, garantido constitucionalmente o direito de ingresso através de concurso público de provas e títulos, conforme reza o Art. 236 e parágrafos:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder judiciário.

§ 2º Omissis.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou remoção, por mais de seis meses.

Assim, o poder legislativo federal regulamentou a atividade extrajudicial em consonância com o artigo supracitado, criando a lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, sendo dado o conceito da atividade em seu art. 1º, que assim dispõe:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Neste dispositivo regula-se o serviço das serventias extrajudiciais são destinados a garantir a segurança e eficácia dos atos jurídicos, sendo então os atos praticados pelos notários e registradores dotados de fé pública como reza o art. 3º da referida lei:

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Neste viés, a déia do presente trabalho monográfico se faz pela vinculação do ato praticado pelos notários e registradores, que são dotados de fé pública, e a utilização da certificação digital nestes atos.

## 7.1 SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Como descrito na introdução deste capítulo, as serventias extrajudiciais são reguladas pela lei federal n. 8935/94, que incube ao poder judiciário o dever de fiscalização da atividade, como disposto no art. 37:

Art. 3º A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos art. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.

Assim, a competência é definida na órbita estadual em respeito ao princípio constitucional do pacto federativo, sendo os Tribunais de Justiça de cada ente federativo os órgãos competentes para elaboração das normas pertinentes as peculiaridades e características de seu Estado.

Neste sentido, o Pacto Federativo proporciona liberdade aos Estados, que atuam na busca pelo bem comum de sua sociedade. Um desses entes federativos fez-se pioneiro na inclusão da certificação digital nas serventias extrajudiciais, sendo o Estado do Rio Grande do Sul o primeiro Estado brasileiro a positivar na sua Consolidação Normativa, dispositivos que possibilitam a prática de atos na esfera digital com valor jurídico.

Neste viés, a Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul, em seu Art. 563, dispõe:

Art. 563 - Compete ao Tabelião:

I - Omissis

II – autenticar fatos por atas notariais, autenticação de cópias, reconhecimento de firma, extração de certidões de instrumentos públicos e de documentos arquivados, bem como traslados dos

instrumentos públicos lavrados no tabelionato, por meio reprográfico, datilográfico ou eletrônico;

Como visto o tabelião no Rio Grande do Sul na prática dos atos pertinentes a sua função poderá usar de meios eletrônicos, que viabiliza aos usuários uma nova forma de serviços, com segurança no ato.

## 7.2 O CERTIFICADO DIGITAL NO TABELIONATO DE NOTAS

O Tabelião, ou notário é a pessoa física delegatária de serviço público estatal, que exerce a atividade de notas em caráter administrativo privado e sobre a fiscalização do judiciário.

A função do notário é de dirigir os particulares na individualização regular de seus direitos subjetivos, dando aos atos realizados certeza jurídica, segurança jurídica e fé pública. A lei número 8.935/94 dispõe sobre as atribuições genéricas dos notários em seu Art. 6º:

Art. 6º - Aos notários compete:

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos.

Em consonância com o Artigo acima citado, compete ao tabelião se munir do instrumento adequado para realização do ato, logo estando este dispositivo imbuído ao art. 563 da Consolidação Riograndense de Notas e registro, que dispõe sobre a forma eletrônica do ato.

Diante da necessidade de dar autenticidade aos fatos eletrônicos, possibilitou-se que o tabelião de notas ao auferir a veracidade de um fato digital, o dotasse de fé pública.

Em simpósio realizado pelo Colégio Notarial do Brasil, seção do Rio Grande do Sul discutiu-se alguns atos praticáveis nos tabelionatos, como encontrado no Site do citado Colégio:

Autenticar o conteúdo de uma página na internet após verificação por parte do notário e inserindo sua assinatura digital e gravando em meio eletrônico.

Malote Virtual – O documento transformado em digital, assinado pelo notário digitalmente e transmitido a outro notário na localidade desejada, este verificará a autenticidade da assinatura do colega, e autenticará o documento, atestando a veracidade.

Procuração eletrônica – Mesmo formalidade da usada normalmente, porém esta não será impressa, e receberá à fé pública através do certificado digital do tabelião, podendo ser entregue ao usuário em um dispositivo de armazenamento móvel.

Assim, a possibilidade de autenticar-se um conteúdo na rede de computadores, transmitir-se documentos de uma localidade para outra de forma rápida e segura e editar uma procuração eletrônica.

### 7.3 O CERTIFICADO DIGITAL NO REGISTRO GERAL DE IMÓVEIS

O Oficial de registro, ou apenas registrador é a pessoa física delegatária de serviço público estatal, que exerce a atividade de registro de imóveis em caráter administrativo privado e sobre a fiscalização do judiciário.

A atividade de registro de imóveis é regida pela lei federal numero 6015/73, que dispõe sobre os registros públicos de forma geral, abrangendo também as atividades de registro civil das pessoas naturais, registro civil das pessoas jurídicas, além dos registros de títulos e documentos. A partir do Título IV da lei supracitada que a atividade de Registro de imóveis é normatizada.

De forma geral, os atos praticados pelo registrado de imóveis são os de arquivamento de todos os atos constitutivos ou desconstitutivos de direito, ou ainda qualquer modificação física referentes a um imóvel.

Neste viés, Ricardo Dip nos ensina:

A respeito do objeto do registro, verifica-se que são na realidade fatos jurídicos que de algum modo influem sobre os direitos inscritos. Esses direitos em si considerados são realidades cuja existência decorrem muitas vezes do próprio ato registral...

Assim todos os atos de registro de compra e venda de imóveis realizados nas serventias funcionam de base para cruzamento de informações na receita federal, sendo atribuído ao cartório o dever de emitir trimestralmente uma relação dos atos praticados, denominada DOI (Declaração de Operações Imobiliárias).

Neste sentido, a Instrução Normativa Receita Federal do Brasil nº 1.112, de 28 de dezembro de 2010 dispões em seu art. 2º:

Art. 2º A declaração deverá ser apresentada sempre que ocorrer operação imobiliária de aquisição ou alienação, realizada por pessoa física ou jurídica, independentemente de seu valor, cujos documentos sejam lavrados, anotados, averbados, matriculados ou registrados no respectivo cartório.

Desde janeiro de 2011, mediante portaria, a Receita Federal do Brasil passou a receber esta declaração apenas através dos meios eletrônicos, todavia exigiu também que tal documento viesse assinado digitalmente pelo titular da serventia. Tal uso da certificação digital vem sendo cada vez mais intenso nas transmissões de informações para os órgãos governamentais em todas as serventias de registro.

### 7.4 POSSIBILIDADES

Existe a possibilidade de utilizar o certificado digital em praticamente todos os atos praticados na atividade notarial e de registro, porém ainda existe a resistência quanto à permanência da utilização do papel ainda é grande. Os atos praticados hoje, são executados de forma digital, sendo impresso e assinado posteriormente e entregue as partes como forma de comprovação. Seria possível hoje, atribuir autenticidade ao documento antes de sua impressão e a disponibilizando este as partes em forma digital.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do tema a que nos propusemos esmiuçar a primeira coisa a destacar, é a certeza que estamos diante de um mecanismo que substituirá o papel. Entretanto, uma década para a eficácia e aplicabilidade do certificado digital é tempo ínfimo diante da cultura da utilização do papel. Por se tratar de tema muito recente ainda é de pouco conhecimento social, sendo importante explorar os benefícios trazidos pelo certificado digital.

A agilidade com que as transações são executadas no mundo digital satisfaz as necessidades contemporâneas com que o mundo globalizado vem se abetumando, gerando economia nos gastos materiais e dos valores cobrados ao usuário. Outro ponto relevante é a privação de recursos naturais, além de evitar a degradação ambiental pela fabricação da celulose. Todos esses fatores aliados à segurança que já existe nos atos digitais, atesta a necessidade de maior exploração deste mecanismo, pois diante de tantos pontos positivos os obstáculos devem ser transpostos na busca pelo bem comum.

Mesmo com as diversas melhorias proporcionadas pela certificação digital é notória a existência de um pré-conceito sobre as transações via rede mundial de computadores. Além da desconfiança naquilo que você não toca. Talvez as futuras gerações, já acostumadas com a era digital, tenham maior confiança na certificação digital e utilizem o mecanismo com maior eficiência.

Por ser tema extremamente recente, existe total dificuldade de se encontrar posicionamentos doutrinários ou discussões relevantes sobre a certificação digital no âmbito das serventias extrajudiciais, sendo proposto com a presente monografia um meio de divulgação de tal forma de atuação praticada pelo oficial na sua serventia.

## 4 REFERÊNCIAS

1. APPOLINÁRIO, F. **Dicionário de metodologia científica: um guia para a produção do conhecimento científico.** São Paulo, Atlas, 2009.
2. BENUCCI, Renato Luís. **A Certificação Digital a Serviço da Agilidade na Prestação Jurisdicional** Disponível em: <http://www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-detalle.php?obr=143> Acesso em: 14 mar 2011.

3. BRASIL, Angela Bittencourt. **Assinatura digital**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1782>>. Acesso em: 04 nov. 2011.
4. BRASIL. **Medida Provisória** nº 2200-2 de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 180º da Independência e 113º da República. 24 de ago. de 2001.
5. CERTIFICADO DIGITAL. **Wikipédia**: enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org>. Acesso em 10 de nov. 2011.
6. DIP, Ricardo Henry Marques. “Introdução ao Direitos Notaria e Registral”, Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004. p. 198.
7. ENTENDENDO A CERTIFICAÇÃO DIGITAL. **Infowester**. Disponível em: <http://www.infowester.com>. Acesso em 10 de nov 2011.
8. FERRÃO, Romário Gava. **Metodologia científica para iniciantes em pesquisa**. 3. Ed. Vitória, ES Incaper, 2008.p.58.
9. LÜDKE, M.; ANDRÉ, M.E.D.A. Pesquisa em educação: abordagens qualitativas. São Paulo, EPU, 1986.
10. GIL, Antonio Carlos. **Como classificar pesquisas. In: como elaborar projetos de pesquisas**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. Cap. 4, p. 44.
11. **Infraestrutura de chaves públicas brasileira**. Disponível em: <http://www.certisign.com.br/certificacao-digital/infra-estrutura-de-chave-publica/icp-brasil>. Acesso em: 16 mar 2011.
12. MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.
13. MATTOS, M.G; ROSSETTO JÚNIOR, A.J; BLECHER, S. **Teoria e prática da metodologia da pesquisa**: construindo sua monografia, artigo científico e projeto de ação. São Paulo: Phorte, 2003.
14. **Modelo de requisitos para sistemas informatizados de gestão de processos e documentos do judiciário brasileiro**. CNJ, Brasília, 2007. 71 p. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1473>. Acesso em: 6 abr 2011.
15. MONTERIO, Emiliano; MIGNONI, Maria Eloísa. **Certificados Digitais**: conceitos e prática. Ed. São Paulo: Brasport, 2007.
16. **O ato digital**. Disponível em: <http://www.colegionotarialrs.org.br> Acesso em: 14 out 2011.

17. **O que é certificado digital.** Disponível em:  
<http://www.iti.gov.br/twiki/pub/Certificacao/CartilhasCd/brochura01.pdf>. Acesso em: 14 mar 2011.
18. QUEIRÓZ, M I de P **O pesquisador, o problema da pesquisa, a escolha de técnicas: algumas reflexões.** In: Lang, A.B.S.G., org. **Reflexões sobre a pesquisa sociológica.** São Paulo, Centro de Estudos Rurais e Urbanos, 1992. P. 13 (Coleção Textos; 2ª série, 3).
19. TOKEN. **Wikipédia:** enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org>. Acesso em 12 de nov. 2011.
20. \_\_\_\_\_. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994,** regula a atividade dos cartórios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm). Acesso em 08 agt. 2011.
21. \_\_\_\_\_. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973,** dispões sobre registros públicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm). Acesso em 22 agt. 2011.
22. \_\_\_\_\_. **Provimento 33/11 atualizado: Novembro de 2011,** Consolidação Normativa Notarial e Registral. Disponível em:  
[http://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/codigo\\_de\\_normas/](http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/codigo_de_normas/). Acesso em 12 de nmb. 2011.

## **AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE**

Débora Cesana Almeida<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O tema proposto, neste trabalho de conclusão de curso, enfoca a questão da contestação de paternidade na seara do Direito de Família a partir de novas demandas relativas às mudanças no instituto de família. O objetivo é demonstrar os efeitos da ação negatória de paternidade em relação ao filho, visto que o novo Código Civil 2002 torna tal ação imprescritível, ao contrário da legislação de 1916 que era decadencial. Há muito fatores que fundamentam o vínculo entre pai e filho, como o critério jurídico era apenas a legislação que estabelecia a relação paterna-filial, a biológica que considera filho aquele que possui mesma carga genética de seu genitor sendo comprovado pelo exame de DNA, e o critério afetivo sendo este mais delicado e sensível de analisar, observando apenas a relação afetiva entre pai e filho, não adentrando aqui critérios jurídicos e biológicos, pois este é que nasce da convivência e amor, não necessitando de leis ou fatores genéticos para ser determinado. As questões do Direito de Família sofreram mudanças ao longo dos tempos e que, agora, consolida-se em virtude de a sociedade apresentar novos valores e comportamento. A ação negatória de paternidade tem o objetivo de negar/desconstituir o status de filho, que antes reconheceu voluntariamente supondo ser o pai, mas diante da convivência e da afetividade, há uma insegurança em relação ao filho, e com as significativas mudanças da sociedade é observado o interesse do menor diante de uma ação que poderá levar transtornos, efeitos e revolta a parte sofrida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Evolução da Lei. Parentesco. Critério socioafetivo. Contestação

### **ABSTRACT**

The theme of this work for completion of course, focuses on the issue of contesting paternity on the likes of Family Law from new demands relating to changes in family institute. The goal is to demonstrate the effects of the action negatoria paternity for the child, since the new Civil Code 2002 makes such action imprescriptible, unlike the law of 1916 which was preclusive. There are many factors that underlie the bond between father and son, as the only legal test was the legislation that established the paternal-filial relationship, which considers the biological son who has the same genetic load from its parent being proven by DNA testing, and affective criterion which is more delicate and sensitive analyzing, observing only the affectionate relationship between father and son, not entering legal and biological criteria here because it is born of love and coexistence, needing no laws or genetic factors to be determined. The issues of family law have changed over time and now is consolidated because the company introduce new values and behavior. A paternity action negatoria aims to deny / deconstitute status son, who before assuming voluntarily acknowledged being the father, but given the coexistence and affection, there is uncertainty regarding the child, and

---

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN



with the significant changes in society is noted the interest of the minor before an action that could lead disorders, effects and revolt suffered the part.

**KEYWORDS:** Evolution of Law Kinship. Socio-emotional criteria. Contestation.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante do avanço no âmbito jurídico, o Direito de Família é o ramo que tem mostrado maior evolução nos últimos tempos, havendo a necessidade de mudança, devendo ajustar as normas jurídicas à realidade e aos fatos sociais que estão em constante transformação.

Com enfoque no direito de família e suas recentes inovações como o Código Civil de 2002, que anteriormente era o homem como chefe de família que tinha todo o poder de decisão sobre a mesma, e hoje estamos diante de uma norma que acompanhou os avanços sociais em relação à família, trazendo uma legislação que se sujeita à proteção não só da família, mas também dos direitos e garantias do filho.

Dentro do instituto de filiação, há uma legislação especial que elencou em seu regulamento os direitos e garantias da Criança e do adolescente, almejando uma conformidade com os princípios Constitucionais, dando direito à paternidade que por sua vez é de extrema importância para o desenvolvimento de qualquer ser humano.

Analisando assim a paternidade e seus critérios jurídicos, afetivos e biológicos, e o que realmente determina os laços de afeto paterno filial o que sugere uma análise sobre a ação negatória de paternidade e sua imprescritibilidade, havendo insegurança por parte do filho podendo ter sua identidade deturpada, por uma ação proposta por outro, desconstituindo assim a relação familiar entre pai e filho e o vínculo afetivo entre ambos.

Com a contestação da paternidade, muitos são os efeitos e conseqüências que acarretam para a parte sofrida, como é uma ação imprescritível poderá ter a desconstituição de seu status a qualquer momento e a qualquer idade, assim perdendo sua proteção, amparo e afeto.

## 2 DIREITO DE FAMÍLIA

Desde os tempos remotos até a atualidade, a instituição familiar é uma realidade que nos envolve em uma questão de organização social, pois é de fato fundamental e necessária é onde surge a identidade moral e ética de cada ser humano.

Segundo Gonçalves (2007 p. 01):

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

“De acordo com Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 02 e 09) “O direito de família possui forte conteúdo moral e ético”. E ainda “A família, é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito”.

A família é todo referencial de princípios, moralidade e valores a todos os seres que pertencem à esfera familiar, é inicialmente onde cada indivíduo recebe a formação para adaptação em sociedade. E assim, dando origem a um processo de evolução, pois a sociedade se transforma ao longo dos tempos e necessitando assim de modificação nas normas e leis reguladoras para adaptar-se às mutações sociais, devendo estar o ordenamento em sintonia com a realidade social.

Venosa ressalta, “Quem não acompanha a evolução social certamente se conduzirá em desarmonia com as necessidades de seu tempo”.

O direito de família se distingue de todos os outros, pois tem características primordiais que nenhum outro ramo do direito possui, visto estar intimamente ligado a ética, passando por constantes transformações.

Este instituto muito se distingue dos demais, pois na grande parte dos conflitos o que está em litígio são sempre quesitos que envolvem pecúnia, já o direito de família envolve conflitos onde requer mais sensibilidade em sua resolução, todavia não excluindo conteúdo patrimonial, que regulam questões matrimoniais, hereditários e prestação de alimentos.

### **3 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Para Gonçalves (2007, p.15),

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte. Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Há também o que Gonçalves chama de “patrimônio familiar”, pois a autoridade do chefe de família, o patriarca era exercida com rigidez e severidade, era ele que empenhava o papel de chefe político, juiz e outros, não havendo um Estado, leis e normas que regulamentavam a família para melhor convivência, não havia autonomia à mulher e aos descendentes. Durante a evolução histórica, regras severas e castigos foram se amenizando, dando mais liberdade a todos os membros de uma família, se adaptando aos avanços sociais e a realidade em que vivemos, com leis e normas que regulamentam o chamado direito de família.

A base dos modelos familiares tem início com uma sociedade conservadora, onde a família tinha como prerrogativa a matrimonialização, pois era voltada exclusivamente ao casamento, não admitindo outra forma de constituição familiar. Seguiu os moldes patriarcais, era

hierarquizada, com o homem gerindo a unidade de produção, e patrimonializada, pois seus membros correspondiam à força laboral, visando sempre o progresso da entidade familiar.<sup>3</sup>

Conforme Venosa (2008 p.02):

Os direitos de família são os que nascem do fato de uma pessoa pertencer à determinada família na qualidade de cônjuge, pai, filho e etc. Caracterizam – se pelo fim ético e social. Importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar.

A definição de família está basicamente determinada por todos aqueles que descendem de uma genealogia sanguínea, ou seja, abrange a todos os indivíduos ligados por liame sanguíneo, bem como os afins e por adoção.

Ressalta Venosa (2008 p.09):

O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituído por cânones, regras de convivência imposta aos membros da família e sancionadas com penalidades rigorosas. O casamento, segundo os cânones, era a pedra fundamental, ordenado e comandado pelo marido.

As primeiras mudanças efetivas no Direito de Família aconteceram a partir da promulgação do Código Civil de 1916. Nesse contexto, as relações familiares se associavam sobre o patriarcalismo, que conferia ao homem a autoridade de autêntico à família com o poder de decisão final sobre os caminhos e vontades a serem tomados pelos demais membros familiares.

No Código Civil de 1916 as leis regulamentavam o direito de família, mas apenas aquelas que eram compostas através do casamento. Conforme Venosa (2008 p.09):

[...] o casamento tinha caráter de perpetuidade com o dogma da indissolubilidade do vínculo, tendo como finalidade a procriação e criação dos filhos.

Contudo, a norma jurídica necessita estar em constante transformação, afeiçoando-se aos anseios sociais. Uma legislação não consegue se prolongar no tempo de forma incompreensível, excluída de qualquer alteração na sua estrutura.

Atualmente o direito de família é ordenado por diversas normas, leis e princípios constitucionais, que foram se adaptando ao desenvolvimento social e cultural da sociedade. Visto que anteriormente questões relacionadas ao direito de família eram reguladas apenas pelo Código Civil, havendo uma transformação no ordenamento jurídico, buscando a conexão entre um conjunto de normas jurídicas e a sociedade moderna.

---

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006> > Acesso 03 out. 2011.

Como destaca Venosa (2008, p.10): “Princípios constitucionais e numerosas leis complementares derogaram parcialmente vários dispositivos do Código Civil de 1916, além de disciplinar outros fenômenos e fatos jurídicos relacionados direta e indiretamente com a família”.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 reestruturou o sentido e o valor do contexto familiar, conforme a sua estrutura que garantiu liberdade e direitos iguais, através dos princípios constitucionais que estão elencados deixando assim, a hierarquia patriarcal e o matrimônio como uma base conservadora.

Algum dos princípios constitucionais inicia-se no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988:

Artigo. 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:

II - a dignidade da pessoa humana;

O princípio citado destaca o respeito à dignidade da pessoa humana, Gonçalves apud (TEPEDINO 2007, p. 06):

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

O artigo 226, § 5º da Constituição Federal de 1988, traz o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros:

Artigo. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Gonçalves (2007, p.07), “a regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação”.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, estabelecido no artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

#### 4 PATERNIDADE JURÍDICA

Antes da Constituição de 1988 as leis existentes estipulavam que a filiação era legítima, ou seja, o filho concebido na constância do casamento era um critério jurídico, a relação entre pai e filho, de acordo com o artigo. 337 do Código Civil de 1916, “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé”.<sup>4</sup>

O Código Civil de 1916, em seu artigo. 229 determinava: <sup>5</sup>“Criando a família legítima, o casamento legítima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”.

A paternidade só era de direito para aqueles que tivessem sido concebidos em uma base familiar aceita, os genitores deveriam ser legalmente casados.

Conforme o artigo citado, somente o critério jurídico que unia o vínculo entre pai e filho, apenas aquele determinado pelo ordenamento jurídico, pois qualquer dúvida sobre a paternidade havia lei que determinava como filhos legítimos e ilegítimos.

Neste sentido, Venosa salienta (2008, p. 212 e 213) :

A filiação legítima tinha por base o casamento dos pais quando da concepção. A fonte de legitimidade era o casamento válido ou casamento putativo. A filiação legítima pressupõe que o pai e a mãe sejam casados um com o outro, que o filho tenha sido concebido durante esse casamento ou que a legitimação tenha ocorrido com o casamento subsequente.

Já os filhos denominados ilegítimos, que são aqueles concebidos por genitores sem vínculo matrimonial, classificados em naturais e espúrios. De acordo com Gonçalves (2007, p. 274):

Naturais, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. Espúrios, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser adulterinos, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e incestuosos, se decorressem do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã.

No novo ordenamento jurídico essas distinções à filiação foi dado no ano de 2002, quando então foi editado um novo Código Civil que veio substituir o Código Civil de 1916.

E, mesmo embora sabendo que a distinção ainda poderá existir no seio da sociedade em razão de situações familiares particulares, legalmente não mais existirá a diferença entre os filhos concebidos fora do casamento.

Tal classificação hoje, não tem mais eficácia jurídica, pois a Constituição Federal traz uma inovação para esses termos, pela qual veda a distinção entre filhos, em seu artigo 227, §6º “Os

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102644>> Acesso em 07 out. 2011.

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102644> >Acesso em 07 out. 2011.

filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O critério jurídico para configuração de paternidade se relaciona com os preceitos legais dispostos em leis específicas, como no artigo 1.603 do Código Civil, “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.”

A paternidade jurídica é imposta por presunção até mesmo a filiação resultante de técnicas de reprodução assistida, ou seja, nos casos em que a concepção não foi resultado dos meios tradicionais de procriação.

## **5 PATERNIDADE BIOLÓGICA**

Na paternidade biológica presume-se que serão filhos aqueles que forem concebidos de material genético do pai, ou seja, biologicamente ele possuirá a mesma carga genética de seu genitor.

Na paternidade biológica supõe-se que serão considerados filhos aqueles resultantes de fatores genéticos do pai, sendo assim o filho possuirá a carga geneticamente semelhante daquele que o gerou. Sendo um relacionamento com a consangüinidade, onde poderá ser comprovada com certeza a paternidade através do exame de DNA.

A Filiação decorrente da natureza pressupõe um nexó biológico ou genético entre o filho e seus pais. A maternidade ou paternidade é certa quando esse nexó é determinado. “A determinação da filiação, como categoria jurídica, procura assegurar a identificação pessoal em relação à identidade biológica” (VENOSA, 2008 p. 214).

Com os avanços científicos possibilitou a certeza do exame de DNA sobre a determinação da paternidade biológica, trazendo um ligamento entre a paternidade e o vínculo biológico.

Antes do exame de DNA não era possível garantir com precisão quem era de fato o pai, pois eram baseados apenas na presunção da paternidade, relacionado com a coabitação e fidelidade da mulher.

O exame de DNA possui uma precisão tão ampla que comporta absoluta certeza em seus resultados, não deixando dúvidas sobre a paternidade. O que antes gerava dúvida, incerteza, hoje com os desenvolvimentos tecnológicos traz a verdade em curto tempo.

Entretanto, não é a paternidade biológica que traz um obstáculo as demandas jurídicas, mas sim o real exercício da paternidade, o auxílio, amparo e proteção, que por diversas vezes são ignorados como a falta de prestação alimentícia, abandono da prole, assim levando a perda ou destituição do poder familiar.

## 6 PATERNIDADE AFETIVA

O critério afetivo está necessariamente baseado com o sentimento que os pais nutrem pelo seus filhos e vice versa, está relacionado ao afeto, carinho e proteção. É o desejo do genitor em assumir laços afetivos.

A paternidade afetiva, ou seja, aquela onde o pai cumpre com o seu papel de genitor em todos os sentidos é mais difícil de ser exercida do que a paternidade biológica (registrar, educar ou pagar pensão, acompanhar o desenvolvimento ou visitar e etc).<sup>6</sup>

A socioafetividade é adquirida com o exercício da paternidade, não apenas a certeza genética e jurídica, pois o reconhecimento de filho e o vínculo biológico não são suficientes para caracterizar uma relação paterna-filial, o que realmente deve está embasado com a paternidade é o amor, afeto e a preocupação com o desenvolvimento emocional, social, cultural dos indivíduos sob a responsabilidade de um pai.

Segundo Villela (1979, p. 404),

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.<sup>7</sup>

Uma vez que as incertezas decorrentes dos novos métodos reprodutivos geram situações factuais ainda não adequadamente resolvidas pelo ordenamento jurídico, o estabelecimento dos laços paterno-filiais não poderá amparar-se apenas na presunção da paternidade biológica. É fato que o elo biológico que une pais e filhos não é suficiente a construir uma verdadeira relação entre os mesmos. Basta verificar nas demandas de paternidade que, muitas vezes, o filho conhece seu pai por meio do DNA, mas não é reconhecido por ele por meio do afeto. Em muitas das vezes, a filiação e a paternidade derivam de uma ligação genética, mas esta não é o bastante para a formação e afirmação do vínculo; é preciso muito mais.<sup>8</sup>

A determinação da filiação com base no critério biológico foi por muito tempo uma prática constante, no Código Civil de 1916, o que importava realmente era a paternidade biológica e jurídicas sendo essas insuficientes para caracterização de uma verdadeira paternidade, e era assim excluída qualquer importância ao vínculo socioafetivo.

Segundo Venosa (2008, p. 218):

[...] sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada *socioafetiva* pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade

<sup>6</sup> Disponível em: <http://taniadefensora.blogspot.com/2009/07/paternidade-afetiva.html> > 12 out. 2011.

<sup>7</sup> Disponível em:

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=569](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=569)

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=54>> Acesso 14 out. 2011.

biológica ou genética. A matéria é muito mais socióloga e psicológica do que jurídica.

A paternidade não pode ser buscada nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. O critério que se impõe é a filiação social, que tem como elemento estruturante o elo da afetividade.<sup>9</sup>

O exercício da paternidade implica numa vontade, propósito e atitude baseada na afetividade que é alcançada através da convivência de pai e filho, é um desejo da figura paterna atuar na vida do filho demonstrando o amparo, respeito e segurança.

É de tal ordem a relevância que se empresta ao afeto que se pode dizer agora que a filiação se define não pela verdade biológica, nem a verdade legal ou a verdade jurídica, mas pela verdade do coração (...) Há filiação onde houver um vínculo de afetividade.<sup>10</sup>

Nas palavras de Almeida:

O novo posicionamento acerca da verdadeira paternidade não despreza o liame biológico da relação paterno-filial, mas dá notícia do incremento da paternidade socioafetiva, da qual surge um novo personagem a desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é o pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes.<sup>11</sup>

Os filhos deverão ter direito ao reconhecimento da paternidade, todavia esse direito deve existir também na dimensão afetiva, pois se a biológica pode ser comprovada, o afeto deverá ser uma conquista de extrema importância para o desenvolvimento do filho como ser humano e como pessoa.

Rodrigo da Cunha Pereira, fala sobre as conseqüências da ausência paterna, quando diz:

O abandono material não é o pior, mesmo porque o Direito tenta remediar essa falta, oferecendo alguns mecanismos de cobrança e sanção aos pais abandonicos. O Código Penal, por exemplo, tipifica como crime o abandono material e intelectual e a lei civil estabelece pena de penhora e/ou prisão para os devedores de pensão alimentícia.

O mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não-presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção. A ausência das funções paternas já se apresenta hoje, inclusive, como um fenômeno social

<sup>9</sup> Disponível em: [http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2465/ENTRE\\_O\\_VENTRE\\_E\\_O\\_CORACAO](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2465/ENTRE_O_VENTRE_E_O_CORACAO) > Acesso 14 out. 2011.

<sup>10</sup> Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1511362/stj-manifesta-se-sobre-adocao-a-brasileira-e-paternidade-socioafetiva-info-400>> Acesso em 16 out.2011.

<sup>11</sup> Disponível em: [http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1036#\\_edn1](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1036#_edn1) > Acesso em 16 out. 2011.



alarmante, e provavelmente é o que tem gerado as péssimas conseqüências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinqüência juvenil, menores de rua e na rua etc.<sup>12</sup>

Pode-se ter uma paternidade jurídica sem ter a biológica, mas tendo a socioafetiva; pode existir a paternidade biológica sem existir a jurídica e a socioafetiva; pode-se, ainda, ter a paternidade socioafetiva, sem possuir a paternidade jurídica e a biológica.<sup>13</sup>

Por mais que as leis jurídicas queiram trazer garantias da paternidade através dos registros cartoriais, de investigações de paternidade etc., por mais que seja importante para o filho saber sua origem genética, não há como assegurar, pela via apenas jurídica, a verdadeira paternidade. Esta, como já dito, é muito mais da ordem da cultura que propriamente da biologia ou genética.<sup>14</sup>

Diante das espécies familiares existentes, fica para trás a ideia que a família era alicerçada no casamento, onde a Constituição Federal fez reconhecer valores que antes eram insignificantes para a determinação de uma estrutura familiar. A concepção de família hoje é identificada por relações afetivas, o ambiente onde os indivíduos vivem em harmonia, mútuo respeito e proteção, não sendo primordial critério jurídico ou genético.

## **7 AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE, CONCEITO, PREVISÃO NA NORMA, LEGITIMIDADE E DIFERENÇAS**

A ação negatória de paternidade está prevista no artigo 1.601 do novo Código Civil “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.” A definição de tal ação seria a contestação da paternidade presumida de filhos concebidos na constância do casamento, ou seja é desconstituir o status de filho.

Para Gonçalves (2008, p. 258) “Conhecida também como ação de contestação de paternidade, a ação negatória destina-se a excluir a presunção legal de paternidade.”

A grande questão inicia-se quando, o pai reconhece o filho voluntariamente supondo ser o pai biológico, pois de fato é marido de sua mãe, e futuramente vem a dúvida ou até mesmo a certeza que não é pai da criança, e com essa situação poderá instaurar uma ação negatória de paternidade.

Contudo, sendo o marido da genitora do filho, este logo cria uma relação de pai e filho havendo o vínculo socioafetivo, e posteriormente baseado na dúvida instaura a ação, podendo assim a criança ter seu status de filho desconstituído, depois de terem criado uma relação paterno-filial.

Qualquer indivíduo, em qualquer tempo, poderá ser surpreendido com essa ação proposta por aquele que sempre exerceu o papel de pai, que sempre foi a referência paterna, podendo haver

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos\\_pub08.html](http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos_pub08.html) > Acesso em 18 out. 2011.

<sup>13</sup> Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=54>> Acesso out. 2011.

<sup>14</sup> Disponível em: [http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos\\_pub08.html](http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos_pub08.html) > Acesso em: 05 nov. 2011.

uma ruptura de identidade. Isso se caracteriza insegurança diante de uma paternidade que sempre existiu.

No antigo Código Civil a legitimidade era privativa do marido, contudo o novo diploma em seu artigo 1.601 não se referiu ao termo “privativamente”, mas tampouco ampliou sua legitimidade de instauração a outros, os prazos são imprescritíveis no atual Código Civil, podendo tal ação uma vez contestada pelo autor, podendo prosseguir com seus herdeiros, caso venha falecer.

Para Diniz (2006, p. 449, 450, 451):

Essa ação negatória de paternidade é de ordem pessoal sendo privativa do marido, por ter nela interesse moral e econômico, logo só ele tem *legitimatío ad causam* para propô-la, e ainda no mesmo contexto citando Caio Mário “Ninguém mais poderá mover essa ação, se o suposto pai, que foi atingido pela presunção da paternidade, fica silente, terceiro não poderá questioná-la; mas se, porventura falecer na pendência da lide, a seus herdeiros será lícito continuá-la (CC, art. 1.601, parágrafo único). Se o marido tornar-se incapaz na pendência da lide, há quem entenda que a ação prosseguirá mediante a nomeação de um curador, ou se ainda não deu sua interdição, ter-se-á um curador à lide.

No mesmo sentido salienta Gonçalves (2007, p. 285):

Só ele tem a titularidade, a iniciativa da ação, mas, uma vez iniciada, passa a seus herdeiros, se vier a falecer durante seu curso. Assim, entende a doutrina que nem mesmo o curador do marido interdito poderia ajuizar tal ação. Corrente mais consentânea com a realidade sustenta, no entanto, que a iniciativa do curador deve ser acolhida quando as circunstâncias evidenciam de forma ostensiva que o marido não é o pai”.

Gonçalves (apud Pontes de Miranda 2007, P. 285, Tratado de direito privado, v, IX, p.48):

Imaginemos que o marido esteja no hospício, internado, sem ter relações sexuais com a mulher, ou que esta resida em outro lugar e nunca visite, sequer o marido. Seria absurdo ir-se considerando filho do marido, com todos os deveres de pai para esse, cada filho que nasça à mulher. O curador pode propor a ação, representando o pai interdito por incapacidade absoluta.

Referindo-se a legitimidade da ação exposta acima, a negatória de paternidade tem por objetivo de excluir a paternidade de filho na constância do casamento, porém o artigo 27 da Lei número. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, indica que a qualquer um cabe o direito de buscar a verdade quanto à sua filiação.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Disponível em: <http://www.criancanoparlamento.org.br/sites/default/files/eca.pdf> > Acesso em: 18 out.2011.

“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

A restrição à iniciativa da ação incide, porém, somente sobre a negatória de paternidade, não impedindo que a filiação venha a ser discutida em outras ações, de natureza diversa. Assim “o filho pode investigar a paternidade em face de terceiros que, se acolhida, compromete aquela presunção. Igualmente, a pessoa que teria mantido a relação adúlterina com a mãe tem o direito de ver reconhecida a filiação em ação própria. [...] o resultado final poderá desconstituir a paternidade presumida, porém como efeito reflexo das ações próprias, não por meio da negatória que, repita-se, é privativa do pai presumida. Ap. 238.397-1-Campinas, 1º Câm., rel. Des. Guimarães e Souza, j.9-5-1995). (GONÇALVES, 2007, p. 287)

Como já foi dito que a legitimidade ativa é do marido, e sendo como legitimado passivo para tal ação é o filho, e o mesmo sendo menor e não podendo neste caso ser representado pelo pai, pois é o próprio autor da ação o juiz nomeará um curador *ad hoc*. Gonçalves afirma que com relação à mãe “deve ela também integrar a lide, na posição de ré. Se o filho é falecido, a ação deve ser movida contra seus herdeiros (normalmente a mãe é herdeira). Já para Maria Helena Diniz “A mãe, embora não seja parte da lide, poderá intervir para assistir o filho.

De acordo com o Código Civil Brasileiro de 1916, um homem casado era legalmente pai dos filhos de sua mulher se estes fossem nascidos nos 180 dias seguintes ao casamento ou nos 300 dias seguindo a dissolução conjugal. Qualquer criança nascida antes dos 180 dias depois do casamento era presumidamente do marido se ele soubesse que a mulher estava grávida por ocasião do casamento ou se ele voluntariamente registrasse o filho em seu nome. Se o casal vivesse sob o mesmo teto, o adultério da mulher (nem mesmo com sua ‘confissão’) não seria o bastante para contestar a paternidade de seu filho.<sup>16</sup>

Os únicos fundamentos para a negação da paternidade eram a impotência completa ou a separação prolongada em residências separadas, de acordo com o artigo 340 do Código Civil de 1916:

Artigo. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se:

I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho.<sup>17</sup>

Para Gonçalves (2007, p. 284):

O marido só podia contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher se provasse que, no período em que esta engravidou (de seis a

<sup>16</sup> Disponível em: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1850-275X2005000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1850-275X2005000200003&script=sci_arttext)  
>Acesso em 22 out. 2011.

<sup>17</sup> Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/anotada/2629126/art-340-inc-i-do-codigo-civil-de-1916-lei-3071-16>

dez meses antes do nascimento), encontrava-se fisicamente impossibilitado de coabitar com ela ou já estavam legalmente separados.

No código de 1916, estabelecia pequenos prazos decadenciais, de dois ou três meses (artigo 178, §§3 e 4) para contestar a paternidade, contudo o atual Código Civil vigente tornou os prazos imprescritíveis, ou seja, podendo tal ação ser proposta a qualquer momento.

Sob essa perspectiva Diniz ”A ação negatória de paternidade é, portanto, imprescritível, com isso pessoas adultas poderão ter sua filiação impugnada pela ausência de vínculo biológico, jogando ao “alto” a história de uma vida afetiva.

Artigo 178. Prescreve:

§ 3º Em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 338 e 344).

§ 4º Em três meses:

I. A mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo.<sup>18</sup>

Anteriormente de acordo com o código de 1916 e seus prazos decadenciais para contestação, sobre a certeza de que não era pai do filho de sua esposa, não era aceitável permanecer em uma situação de falsidade, de mentiras, e não implicava o fato da criança ter certa idade significativa, (excluindo a afetividade). Para ambas a partes o que não era permitido, era a criança receber afeto, amparo e amor de uma pessoa distinta, que não seria sua figura paterna, e tanto para outra parte, em relação ao efeito alimentício, seria sustentar um filho resultante de uma relação extraconjugal.

A imprescritibilidade da ação de contestação veio com o novo Código Civil de 2002, acompanhando o avanço científico que trouxe a certeza da paternidade biológica através do exame de DNA, não deixando dúvidas da real paternidade de uma pessoa garantindo assim um sustento e identidade completa. Não levando em consideração o afeto, pois enquanto a isso não haverá lei alguma no ordenamento jurídico que poderá impor ou estabelecer ao um pai essa responsabilização, devendo essa dedicação ser um sentimento natural que um pai deve ter com sua prole.

Tal questão envolve a verdade sobre o critério genético, mas ignorando o critério afetivo, não levando em consideração os laços socioafetivos, que foi mantido e sustentado ao longo do tempo.

O pai não poderá contestar a paternidade por vontade própria, mas sim por meio de ação judicial mediante circunstâncias enumeradas nos artigos. 1.599, 1.600, 1.602 e 1.597, V, do atual Código Civil:

<sup>18</sup> Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102644>> Acesso em 25 out. 2011.

a) que houve adultério deverá o marido provar sua impotência, ou seja, que se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias ou mais dos 300 que precederam ao nascimento do filho (era impossibilitado de coabitar com a mulher à época da concepção);

b) que não havia possibilidade de inseminação artificial homóloga, nem de fertilização *in vitro*, visto que não doou sêmen para isso (Código Civil, artigo 1.597, III e IV), ou que é estéril, ou que fez vasectomia, ou inseminação artificial heteróloga, já que não havia dado autorização ou que ela se dera por vício de consentimento (Código Civil, artigo 1.597, V);

c) que se encontra acometido de doença grave, que impede as relações sexuais, por ter ocasionado impotência coeundi absoluta ou que acarretou impotência *generandi* absoluta (Código Civil, artigo 1.599). (DINIZ, 2006, p. 451 e 452)

Esses argumentos citados acima são utilizados em conjunto na ação negatória para acrescentar, pois individualmente não são competentes para instruir a demanda.

De acordo com o artigo 1.600, “Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”, assim gerando dúvidas sobre a paternidade, pois mesmo se é confessado o adultério, se há convivência conjugal (relacionamento sexual) entre marido e mulher há possibilidade de ser filho do marido. Para Venosa (2008, p. 219) “A confissão, por si só, pode ter intenção exclusiva de beneficiar ou prejudicar a prole.

Segundo Diniz apud (MONTEIRO, 2006, p. 453) “A alegação de adultério pode servir, somente, como prova complementar na ação negatória de paternidade”.

Nesse sentido Diniz (2008, p. 453) “Tal confissão não será aceita como prova absoluta para excluir a paternidade do marido, não só porque a adúltera pode pretender desmoralizá-lo, como também porque a presunção legal visa beneficiar o filho”.

Com todas essas disposições, sobre confissão de adultério, a impossibilidade de inseminação artificial e impotência na época da concepção, são “vagas”, indecisas, insuficientes diante do exame de DNA que indica com segurança a paternidade.

A alteração do prazo para a propositura da ação negatória de paternidade foi inovador para o Código Civil de 2002, como anteriormente já foi dito o prazo era de 2 ou 3 meses, (artigo 178, §3 e §4). Sendo os prazos imprescritíveis, o filho pode a qualquer momento de sua vida ter sua identidade desconstituída, e o rompimento do vínculo paterno – filial, assim trazendo conseqüências, traumas e desequilíbrio para o desenvolvimento humano.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

A ausência do pai, e dessa imagem paterna, em decorrência de um abandono material e/ou psíquico, tem gerado graves conseqüências na

estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais.<sup>19</sup>

O novo Código Civil releva que ao gerar sua prole, o homem sofre conseqüências no âmbito do direito. O nascimento de uma criança reflete uma série de obrigações para seus genitores. É dever constitucionalmente imposto aos pais o de assistir, criar e educar os filhos menores. Se o pai contesta, há outros meios legais para buscar o reconhecimento da verdadeira paternidade que poderá ser pleiteado pela mãe ou pelo próprio filho.

A investigação de paternidade difere da negatória pelo fato que esta acrescenta e altera o status de um indivíduo, o filho, que tem a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação, pois de acordo com o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo (...).

Certamente a investigação de paternidade é uma ação afirmativa, pois garante a real paternidade, e a informação a procedência genética, e tem o objetivo de alterar ou compor o status de quem a instaure. Já a negatória de paternidade está baseada na desconstituição do status de filho.

Quando já está estabelecida a paternidade responsável firmado na afetividade, ou seja, demonstrado a posse de estado de filho, há algumas decisões e jurisprudência em que desconsideram a falta do vínculo genético capaz de desconstituir o status de filho, visto que existe de fato uma evolução da sociedade, onde não consideram somente para efeito jurídico o vínculo biológico, mas valorizando a afetividade entre pais e filhos.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O instituto da paternidade constitui um tema de renomada importância em diferentes dimensões significativas. O direito de família vive em constantes mudanças decorrentes da evolução do tempo, ou seja, a sociedade evolui e as leis e normas devem acompanhar esse desenvolvimento para haver sintonia entre o ordenamento jurídico e a sociedade. A evolução foi de maneira positiva ao determinar um ordenamento mais igualitário às pessoas, não podendo mais discriminar uma pessoa em razão de sua filiação.

As mudanças advindas da Constituição Federal de 1988 foram de grande importância para o direito de família e principalmente para proteção dos filhos, onde os princípios garantem os direitos fundamentais dos mesmos. Foi possível verificar que a família passou por mudanças consideráveis até apresentar a estrutura da atualidade com relações mais harmoniosas e menos autoritárias.

Analisamos os critérios relacionados com a confirmação de paternidade, pode-se verificar que embora existam os aspectos biológicos, afetivos e jurídicos, não se poderá decidir unicamente por um destes isoladamente.

---

<sup>19</sup> Disponível em: [http://www.rodriгодacunha.com.br/artigos\\_pub08.html](http://www.rodriгодacunha.com.br/artigos_pub08.html) > Acesso 26 out. 2011.

A existência dos critérios identificadores dos laços de filiação e paternidade, entende que os institutos em referência não podem ser decididos apenas em função de um aspecto. Ao decidir sobre a paternidade de um indivíduo, além do critério biológico e jurídico, deve-se considerar também o de afeto, pois, apesar de toda criança ter direito a uma origem, necessita primordialmente de carinho e amparo que está associado a paternidade socioafetiva.

Sobre a paternidade e sua contestação apesar dos diferentes critérios que podem deferir-lo no momento da decisão verificou-se que é direito do homem contestar a paternidade caso tenha dúvidas sobre ela. Sabendo que mesmo sendo imprescritível a contestação de paternidade, em qualquer momento o indivíduo vê seu status de filho sendo desconstituído, e devido a isso e outros fatores como a presença da afetividade, a jurisprudência tem mostrado maior proteção aos filhos, baseado no princípio do maior interesse da criança, onde muitos julgam improcedente o pedido de contestação da paternidade, devido estar caracterizado o elo afetivo de pai e filho.

## 9 REFERÊNCIAS

1. BRASIL, **Vade Mecum**: Código Civil de 2002. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
2. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102644> > Acesso em 07 out. 2011.
3. Disponível em: <http://taniadefensora.blogspot.com/2009/07/paternidade-afetiva.html> > 12 out. 2011.
4. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=569](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=569) > Acesso 14 out. 2011.
5. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=54> > Acesso 14 out. 2011.
6. Disponível em: [http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2465/ENTRE\\_O\\_VENTRE\\_E\\_O\\_CORACAO](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2465/ENTRE_O_VENTRE_E_O_CORACAO) > Acesso 14 out. 2011.
7. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1511362/stj-manifesta-se-sobre-adocao-a-brasileira-e-paternidade-socioafetiva-info-400> > Acesso em 16 out.2011.
8. Disponível em: [http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1036#\\_edn1](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1036#_edn1) > Acesso em 16 out. 2011.
9. Disponível em: [http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos\\_pub08.html](http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos_pub08.html) > Acesso em 18 out. 2011.
10. Disponível em: <http://www.criancanoparlamento.org.br/sites/default/files/eca.pdf> > Acesso em: 18 out.2011.

11. Disponível em: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1850-275X2005000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1850-275X2005000200003&script=sci_arttext) > Acesso em 22 out. 2011.

12. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/ anotada/2629126/art-340-inc-i-do-codigo-civil-de-1916-lei-3071-16> > Acesso em 22 out. 2011.

13. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102644>> Acesso em 25 out. 2011.

14. DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Brasileiro**, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

15. GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro**, Vol. VI, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

16. VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 21, mai. 1979, p. 404.



## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Rayane Gobbi de Oliveira Cratz<sup>20</sup>

### RESUMO

A presente monografia aborda sobre o instituto jurídico da responsabilidade civil do Estado por omissão. Com o desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado durante a história este tema ganhou relevância, principalmente na França, com o famoso caso Blanco ocorrido em 1873, e depois nos demais países. No Brasil foi consolidada com o advento da Constituição de 1946, e pela Constituição de 1967, porém, esta sem grandes inovações, posteriormente, com algumas mudanças pela atual Constituição de 1988, prevista em seu artigo 37, § 6º, onde consagrou a teoria objetiva da responsabilidade do Estado perante seus administrados. A omissão estatal causada por seus agentes que investidos na função pública causem prejuízos a terceiros é alvo de grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente porque não se encontra positivada em nosso ordenamento jurídico. De um lado temos os defensores da responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de omissão, de outro os adeptos da teoria da responsabilidade do Estado por omissão com base na teoria objetiva, fundada no risco administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Risco Administrativo. Responsabilidade Subjetiva. Responsabilidade Objetiva.

### ABSTRACT

This monograph focuses on the institution's legal liability of the state by default. With the development of civil responsibility of the state throughout history this issue has gained prominence, especially in France, with Blanco famous case occurred in 1873, and in other countries later. In Brazil it was consolidated with the advent of the 1946 Constitution and the Constitution of 1967, however, that no major innovations later, with some changes for the current 1988 Constitution, provided for in Article 37, § 6, which established the objective theory of State responsibility in their clients. The inactivity of the state caused by their agents who invested in the public cause harm to others is the subject of great controversy doctrine and jurisprudence, mainly because it is positive in our legal system. On one side we have the advocates of subjective responsibility of the state in cases of omission, on the other theorists of State liability for failure based on the objective theory, based on administrative risk.

**KEYWORDS:** AdministrativeRisk.ResponsibilitySubjective.ObjectiveResponsibility.

---

<sup>20</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado, também conhecida como responsabilidade extracontratual do Estado, teve origem no Direito Civil, o que significa dizer que se alguém causar um dano moral ou patrimonial a um terceiro ficará obrigado a repará-lo.

Contudo, no âmbito do Direito Administrativo, a responsabilidade civil do Estado possui regras próprias e diferentes daquelas disciplinadas pelo Direito Civil, principalmente em razão da posição de superioridade existente com os interesses privados e também em razão do princípio da independência de instâncias.

O instituto da responsabilidade civil do Estado foi evoluindo com o passar do tempo. No início imperava a irresponsabilidade do Estado, teoria que concebia o Estado como ser superior que não podia errar daí a expressão em inglês “*the king can no wrong*” ou como dizia os franceses “*Le roine peut mal faire*”. Depois vieram as teorias subjetivas, até chegar às teorias objetivas, quais sejam: a do risco administrativo e a do risco integral, a primeira adotada pela grande maioria da doutrina.

No que tange a responsabilidade por omissão, que é o objeto de estudo deste trabalho, foram abordadas as diferentes posições da doutrina e da jurisprudência existentes sobre o caso. Um exemplo é o alagamento de ruas por chuvas pluviais que prejudicam terceiros, iremos assim, analisar se seria o caso de responsabilização objetiva, de acordo como o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal ou se necessitaria a comprovação de culpa ou dolo por parte da Administração Pública.

Nessa toada, foi observado que apesar da maioria da doutrina administrativista adotar a responsabilidade subjetiva no caso de omissão do poder estatal, a jurisprudência dos diversos tribunais, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, vem adotando a responsabilidade objetiva para os casos em que o Estado tinha o dever de agir, mas se omite e não age para evitar o resultado.

Por oportuno, vale ressaltar que há autores que diferenciam a omissão genérica e omissão específica. Assim, foram consideradas as posições de autores mais importantes para o desenvolvimento do estudo deste trabalho.

## 2 NOÇÃO JURÍDICA

O instituto da Responsabilidade Civil do Estado é um tema que se encontra em permanente evolução, vale dizer que para o aprofundamento de sua história faz-se necessário um estudo prévio de suas origens.

O termo responsabilidade civil indica a obrigação de reparar os danos causados pelo comportamento comissivo e/ou omissivo que venha ferir bens ou direitos de terceiros. Nesse caso a responsabilidade será do Estado, que por meio de seus agentes, investidos na função pública, lesionem ou causem prejuízos a terceiros.

Assim, de acordo com a lição de Meirelles (2008, p. 656), diz que a “Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

Insta frisar, que a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, assim, se a norma estiver prevista na legislação penal temos o caso de responsabilidade penal, se estiver prevista no campo do direito civil, temos a responsabilidade civil, e, por fim se a abrangência da norma for somente, no âmbito administrativo teremos a responsabilidade administrativa, de acordo com o princípio da independência de instâncias.

Sabe-se que a função estatal compreende o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, no entanto a responsabilidade é atribuída a comportamentos da Administração Pública, haja vista que no que concerne ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário essa responsabilidade será excepcional.

No caso de dano resultante do comportamento dos agentes públicos, a responsabilidade será do Estado, pessoa jurídica de direito público interno, pois é errado dizer que a responsabilidade é da Administração Pública, tendo em vista que esta não possui personalidade jurídica, portanto, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil.

Di Pietro (2010), entre outros autores, adota o termo responsabilidade extracontratual do Estado, pois não decorre de um contrato/acordo, onde nesse caso a responsabilidade será contratual, estudo este afeto aos contratos administrativos que não guardam nenhuma semelhança com aquele tipo de responsabilidade.

Assim, diz a citada autora (2010, p. 642):

A referência à responsabilidade **extracontratual** é necessária para restringir o tema tratado neste capítulo a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando excluída a responsabilidade **contratual**, que se rege por princípios próprios analisados no capítulo referente aos contratos administrativos.

No âmbito do direito público, pode ocorrer que o comportamento da Administração Pública seja de atos lícitos e não somente de atos ilícitos como acontece no direito privado, assim, no caso de atos lícitos praticados, eles podem causar a pessoas determinadas um ônus maior que o atribuído aos demais membros da coletividade.

Contudo, a abrangência de atos lícitos praticados pelo Estado fica no campo da responsabilidade contratual, que é aquela advinda de um contrato administrativo em que o Estado descumpra as regras constantes em tal ato. No que tange a responsabilidade do Estado por atos omissivos essa responsabilidade será sempre por atos ilícitos, pois nesse caso o Estado descumpra um dever legalmente imposto. Nesse contexto temos o entendimento de Mello (2002, p. 855) “que diz que a responsabilidade estatal por ato omissivo será sempre em decorrência de um comportamento ilícito”.

Diante disso, pode-se dizer que responsabilidade civil é a obrigação que o Estado tem de indenizar danos patrimoniais ou morais, causados aos particulares por atos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos de seus agentes no exercício de suas atribuições.

### 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO CONTEXTO MUNDIAL

Diversas teorias surgiram ao longo do tempo para explicar a responsabilidade civil do Estado, há entre elas algumas divergências doutrinárias, tanto da sua nomenclatura, quanto da sua abrangência.

Di Pietro (2010) diz que o desenvolvimento da responsabilidade do Estado teve seu marco no direito francês e através da construção pretoriana do Conselho de Estado. Assim, as teorias aqui adotadas serão com base no sistema europeu-continental, haja vista que no sistema anglo-saxão prevalecem os princípios de direito privado, o que não é o caso deste estudo.

### 4 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

A fase histórica da irresponsabilidade civil do Estado foi desenvolvida na época dos Estados absolutistas e tinha como fundamento a ideia de soberania.

Diante de tal irresponsabilidade surgiram os princípios de que o “*rei não pode errar*” e o de que o “*aquilo que agrada o príncipe tem força de lei*”, conhecidos na doutrina como “*the king can do no wrong*” e “*quod principi placuit habet legis vigorem*”, respectivamente.

Assim, os danos causados pelo Estado não o submetia a qualquer responsabilidade, já que era o todo soberano e possuía uma relação de superioridade com seus subordinados.

Essa teoria, devido a sua injustiça foi aos poucos sendo combatida, com o fundamento de que o Estado sendo uma pessoa jurídica sujeita de direitos e deveres não poderia deixar de responder por suas ações ou omissões.

Os últimos países que eliminaram essa teoria foram os Estados Unidos e Inglaterra, pela “*Federal Tort Claim Act*”, no ano de 1946, e “*Crown Proceeding Act*”, de 1947, respectivamente (STOCO, 2011).

Assim, na lição de Stoco (2011, p. 1122), em sua conceituada obra diz que:

Pode-se dizer que a doutrina da “irresponsabilidade estatal” (*sovereign can do no wrong*) está inteiramente superada, visto que os dois últimos países que a sustentavam passaram a admitir que demandas indenizatórias, provocadas por atos de agentes públicos, podem ser dirigidas diretamente contra a Administração: Inglaterra (*Crown Proceeding Act*, de 1947) e Estados Unidos da América (*Federal Tort Claims Act*, de 1946).

No entanto, apesar dessa teoria já estar praticamente superada, há países que ainda, fazem uso dela, citando como exemplo a autora Pinto (2008), mostra que na Espanha há ausência da responsabilidade do Rei, conforme a determina a Constituição espanhola.

## 5 TEORIA DA RESPONSABILIDADE COM CULPA

Com o abandono da teoria da irresponsabilidade, as teorias civilistas, com base no regime de direito privado ganhou força, isto porque após as Revoluções Liberais, superou-se a tese de irresponsabilidade do Estado, assim, começou a ser adotada a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

Para tanto, aplicava-se essa teoria em algumas hipóteses, assim, foi necessário distinguir atos de império de atos de gestão. Explica Di Pietro (2010, p. 644-645):

Numa primeira fase, distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os **atos de império** e os **atos de gestão**. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Diante disso, quando o Estado praticasse atos de império que lesionassem terceiros ele não seria responsabilizado, pois possui uma relação de superioridade com os demais membros da coletividade. No entanto, quando fosse atos de gestão praticados por seus agentes estes seriam responsabilizados, com base nas normas de direito privado.

Todavia, essa teoria não foi muito bem aceita, pois havia uma grande dificuldade para as vítimas estatais e até para a jurisprudência em diferenciar atos de império para atos de gestão o que ocasionava uma grande incerteza no mundo jurídico.

## 6 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

Foi a partir dessa teoria que começou a evolução no sentido de que as regras adotadas no caso de responsabilidade civil do Estado seriam de direito público e não de direito privado, como antes mencionado.

O marco inicial ocorreu na França, no ano de 1873, o berço do Direito Administrativo, conforme explicitado por Di Pietro (2010, p. 645):

O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado, segundo princípios do direito público foi

dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnés Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

Para essa teoria bastava que a vítima comprovasse o não funcionamento do serviço (omissão), que ele tenha funcionado atrasado ou funcionado mal, sem ter a necessidade de se comprovar a culpa do agente estatal causador do dano. Por isso, a doutrina nomeia esse fato como culpa anônima do serviço ou falta do serviço.

Porém, a corte francesa, sem abandonar por completo essa teoria passou a admitir também a teoria do risco, que serve como base para a responsabilidade civil do Estado.

## **7 TEORIA DO RISCO**

Stoco (2011), diz que essa teoria se divide em duas: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

Antes de explicitar cada uma delas, é importante ressaltar que ambas tem como fundamento a responsabilidade objetiva do Estado, que significa que se houver a conduta do agente estatal, o dano a terceiro e o nexo causal entre a conduta e o resultado danoso, sem que seja preciso a demonstração dos elementos culpa e dolo por parte do ente estatal.

Essas teorias têm importante papel, pois o Estado sendo uma pessoa jurídica exerce inúmeras atividades que implicam riscos, e deve assumir os danos deles decorrentes.

### **7.1 TEORIA DO RISCO INTEGRAL**

Para essa teoria a Administração Pública teria que indenizar/ressarcir todo e qualquer dano sofrido por terceiros, ainda que haja culpa ou dolo da vítima, força maior ou caso fortuito.

Segundo Meireles (2008, p. 659) essa é a modalidade extremada da doutrina, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Apesar de já haver autores que já admitiram essa teoria em nosso ordenamento jurídico, outros nem chegaram a fazer distinção

entre elas, o que é muito criticado, pois a teoria do risco integral guarda diferenças sim entre a do risco administrativo, como se verá abaixo.

## 7.2 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

O que diferencia essa teoria para a teoria do risco integral é que quando da ocorrência do dano o Poder Público poderá comprovar a culpa exclusiva da vítima e a ocorrência de caso fortuito ou força maior, onde poderá se esquivar total ou parcialmente da responsabilidade de indenizar/ressarcir tais danos.

Não há necessidade de se comprovar a culpa da Administração ou de seus agentes, basta que a vítima demonstre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público, o dano ocasionado e o nexo causal entre a conduta e o dano.

Advertia Meireles (2008, p. 659):

[...] embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o *risco administrativo* não se confunde com *risco integral*. O *risco administrativo* não significa que a Administração deve indenizar sempre e somente em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

Atualmente nosso ordenamento jurídico adota essa teoria, tendo por base o artigo 37, § 6º da Constituição Federal e artigo 43 do Código Civil, como se verá adiante. Contudo, a adoção dessa teoria não encerra a sua discussão no que tange aos casos em que o Poder Público for omissivo, pois sempre haverá uma causa anterior a tal omissão, por isso a grande divergência doutrinária jurisprudencial sobre o tema.

## 8 ABRANGÊNCIA DO ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A análise do dispositivo constitucional irá ater-se aos três elementos contidos na regra.

### 8.1 OS AGENTES DO DANO

O termo agente é muito mais amplo do que o termo servidor, isto porque o art. 37, § 6º, da CF preleciona que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros.

Nesse sentido, abrange as categorias de agentes políticos, administrativos (contratados ou estatutários) e até mesmo os particulares em colaboração com o Estado, que é o caso dos

mesários convocados pela Justiça Eleitoral, bem como os estagiários, terceirizados e até agentes voluntários.

Nessa esteira, ensina Mello (2002, p. 219-220):

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.

Segundo Alexandrino e Marcelo (2008, p. 122), ao tratar sobre agentes públicos, ensinam que:

Considera-se agente público toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública. [...] O agente público é a pessoa natural mediante a qual o Estado se faz presente. O agente manifesta uma vontade que, afinal, é imputada ao próprio Estado. Agentes públicos são, portanto, todas as pessoas físicas que manifestam, por algum tipo de vínculo, a vontade do Estado, nas três esferas de Governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), nos três poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). São agentes do Estado desde as mais altas autoridades da República, como os Chefes do Executivo e os membros do Legislativo e Judiciário, até os servidores públicos que exerçam funções subalternas.

No que tange ao termo “nessa qualidade” entende-se que para o Estado ser responsabilizado pela conduta danosa de seus agentes, faz-se necessário que esses agentes causem prejuízos no exercício de suas funções. Assim, exigem-se dois requisitos para configuração de tal responsabilidade: que o agente aja **nessa qualidade** e que esteja agindo no **exercício de suas funções**.

Carvalho Filho (2008) ao abordar sobre o tema entende que, caso o agente público não estiver no exercício de suas funções, mas puramente no pretexto de exercer essa função, poderá o Estado poderá ser responsabilizado civilmente, conforme explica:



A expressão “*nessa qualidade*” tem razão de ser, porque só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la. Desse modo, se causar dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil. Justamente por esse motivo é que já se atribuiu responsabilidade ao Estado em razão de danos causados por policial militar, que, a despeito de estar sem farda, se utilizou da arma pertencente à corporação. No caso, não exercia sua função, mas, ao usar a arma, conduziu a pretexto de exercê-la.

Importante ressaltar, que mesmo que houver vício de legalidade da investidura do agente, não será suficiente para descaracterizar a qualidade de agente público, posicionamento este adotado por Mello (2002, p. 220):

De passagem, anote-se que o defeito invalidante da investidura de um agente não acarreta, só por si, a invalidade dos atos que este praticou. É a conhecida teoria do “funcionário de fato” (ou “agente público de fato”). “Funcionário de fato” é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação de aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados.

Assim, se tais agentes públicos causarem prejuízos a terceiros, o responsável pelo dano será a pessoa jurídica a qual está vinculado, pois a vítima possui uma garantia constitucional, onde não precisará comprovar a culpa da pessoa jurídica de Direito Público, que será demandada judicialmente para responder civilmente por atos de seus agentes.

## 8.2 AS PESSOAS JURÍDICAS RESPONSÁVEIS PELO DANO

A Constituição de 1988 trouxe uma inovação no que diz respeito às pessoas jurídicas responsáveis pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, segundo a regra não só as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis, mas também que são igualmente responsáveis as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Pessoas jurídicas de direito público são as da Administração direta, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e as da Administração indireta, onde temos as Autarquias e as Fundações Públicas. Quanto às pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração indireta temos às sociedades de economia mista e as empresas públicas, todas elas abrangidas pela regra constitucional do art. 37, § 6º.

Nessa baila, Carvalho Filho (2008, p. 521), preleciona que:

A segunda categoria constitui inovação no mandamento constitucional – as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. A intenção do Constituinte foi a de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aquelas

que, embora com personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, em princípio, caberiam ao Estado. Com efeito, se tais serviços são delegados a terceiros pelo próprio Poder Público, não seria justo nem correto que a só delegação tivesse o efeito de alijar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação de prejuízos pelos administrados.

No que se refere às entidades da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) será necessário verificar-se se são responsáveis pela prestação de serviço público ou à exploração de atividade econômica, isto porque, apenas a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público é que está enquadrada na regra da responsabilidade objetiva contida no art. 37, § 6º da CF.

### 8.3 DIREITO DE REGRESSO

A parte final do art. 37, § 6º da CF, bem como o artigo 43 do Código Civil, faz referência ao direito de regresso que possui o Estado de acionar judicialmente o agente causador do dano para reaver o que foi gasto a título de indenização ou ressarcimento do prejuízo causado ao terceiro lesionado.

Entretanto, para que reste configurada a responsabilidade do agente, faz-se necessário que o Estado comprove dolo ou culpa por parte deste, assim, pode-se afirmar que a responsabilidade do agente é subjetiva.

Trata-se, portanto, de uma garantia constitucional que possui o agente público de ser responsabilizado subjetivamente e não objetivamente como ocorre com o Poder Público, pois segundo Carvalho Filho (2008, p. 524) existe dois tipos de responsabilidade civil: a do Estado, que se sujeita a responsabilidade do tipo objetiva, e a do agente estatal, sob o qual incide a responsabilidade subjetiva ou com culpa.

## 9 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

### 9.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A responsabilidade civil do Estado por omissão é um tema que passou por uma grande evolução nos últimos tempos e atualmente tem sido alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, é de se observar que o nosso direito positivo não apresenta uma solução normativa específica em torno da responsabilidade civil do Estado por omissão, e no que tange a doutrina e jurisprudência não há consenso entre os operadores do direito, haja vista a divergência na abordagem dos requisitos para a configuração de tal responsabilidade.

A conduta dos agentes estatais incumbidos da função pública de que lhe é inerente pode ser tantos para condutas comissivas, ou seja, uma ação de praticar algum resultado danoso, ou

pode ser ainda por condutas omissivas, que tem o fito de se abster de praticar algo em favor do interesse da coletividade.

Entretanto, a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos de seus agentes somente se caracterizará se o Poder Público descumprir um dever legal imposto de agir para evitar o evento danoso, mas se omite diante da ocorrência culminando no dano.

Esclarece Carvalho Filho (2008, p. 531):

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

Nesse contexto, a responsabilidade do Estado por condutas omissivas é sempre uma responsabilidade por comportamento ilícito, pois, como já foi visto, para a caracterização desse tipo de responsabilidade, se faz necessário que o Estado descumpra um dever legal, sendo esta uma consequência lógica para a sua aplicação.

## 9.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU OBJETIVA: AS CONFRONTAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

A controvérsia existente sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado por omissão se funda na aplicação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, segundo o qual esta regra só se aplicaria aos casos de condutas comissivas por parte dos agentes estatais, de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Entretanto, no que se refere às condutas omissivas este artigo não teria de aplicação prática, pois para alguns doutrinadores este seria o caso de responsabilidade subjetiva, fundada na culpa ou falta do serviço.

A discussão começa com a abrangência do verbo causar presente no artigo supracitado. Nesse sentido comente a autora Alcântara (1991, p. 202):

[...] já enfrentando o art. 37, § 6º, da CF há que se examinar o verbo ‘causar’, empregado no texto constitucional, que Aurélio registra como ‘ser causa, ou motivo de; originar; produzir’. Em vista disso há quem sustente que na omissão não teria lugar a teoria objetiva da responsabilidade, mas sim a teoria subjetiva, isto porque ‘causar’ sugere e ideia de atuação positiva e na omissão não é o Estado que causa o dano, mas sim um terceiro ou um fato da natureza.

Todavia, para outros doutrinadores, a discussão do elemento subjetivo da responsabilidade poderia trazer prejuízos para o terceiro prejudicado, que nesse caso teria dificuldades de ver o ressarcimento do dano por parte do Poder Público, por isso que defendem a adoção da responsabilidade objetiva nos casos de omissão do Estado.

Um dos grandes defensores da responsabilidade civil do Estado com base na teoria da responsabilidade subjetiva é o professor Mello (2002, p. 852), contudo ele embasa sua lição nos princípios do estado democrático de direito, conforme se observa:

Parece-nos que a solução correta do problema, *à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito* – prescindindo-se, pois, de disposições particulares porventura estabelecidas nos Direitos Positivos *Constitucionais* -, exige o discrimine de três situações distintas, a saber:

- a) Casos em que é o *próprio comportamento do Estado que gera o dano*. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer, *comissiva*, do Estado.
- b) Casos em que *não é uma atuação do Estado* que produz o dano, mas por omissão sua, evento, alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o *dever de evitar*. É a hipótese da “falta de serviço”, nas modalidades em que o “serviço não funcionou” ou “funcionou tardiamente” ou ainda, funcionou de modo incapaz de obstar à lesão. Exclui-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta *omissiva* do Estado *ensejadora* (não causadora) de dano.
- c) Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se *cria a situação propiciatória do dano*, porque expôs alguém a risco (em geral – embora nem sempre – em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento *ativo* entra, de *modo mediato*, porém decisivo, na linha de causação.

Outrossim, é importante destacar que o citado autor somente embasa sua teoria com base em princípios gerais, haja vista que a responsabilidade subjetiva não se encontra positivada em nosso ordenamento jurídico.

Nessa esteira, e também defendendo a responsabilidade subjetiva, temos Di Pietro (2010, p. 656) onde esclarece:

[...] acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público. Com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:996), entendemos que, nessa hipótese, existe uma *presunção de culpa* do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou o dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração não incidirá a responsabilidade.

Para a citada autora a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva dos casos de omissão do Estado seria a forma mais razoável no caso de responsabilização por eventuais danos aos particulares, sendo certo afirmar que esta teoria estaria então em consonância com o princípio da razoabilidade presente em nosso ordenamento jurídico.

Para Figueiredo (apud PINTO 2008, p. 163-164), também defende a corrente subjetivista, conforme se verifica:

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.

Assim, é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação do serviço.

Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute du service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.

Nesse contexto, a responsabilidade subjetiva é adotada por alguns doutrinadores, que vislumbram nesse tipo de responsabilidade uma forma mais justa de evitar abusos por parte de terceiros de reverter/considerar toda omissão do Estado em danos e prejuízos ocorridos, o que não é coerente, pois para que seja configurada a omissão estatal é preciso antes de tudo que haja o dever por parte do Poder Público de impedir o resultado danoso, não bastando a simples relação entre a ausência do serviço atribuído ao Estado e o dano propriamente dito.

Caso o Poder Público tendo o dever de agir, por imposição da lei, e não agiu ou fez deficientemente, sendo sua atuação abaixo dos padrões exigidos para o caso, segundo Carvalho Filho (2008) responde por incúria, negligência, ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia o fazer.

Stoco (2011, p. 1126), dissertando sobre a responsabilidade subjetiva, ensina que:

Consiste a responsabilidade subjetiva na obrigação do Estado em indenizar em razão de um procedimento contrário ao Direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando deveria assim proceder.

Para nós, cabe desde logo adiantar e reiterar a obrigação de indenizar do Estado tanto pode decorrer de responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF), como da responsabilidade subjetiva, por força da teoria do ato ilícito, a significar que a omissão do Estado, seja específica de seu

preposto, ou decorrente de falta ou falha anônima do serviço, empenha a identificação da culpa, informada pela teoria subjetiva.

Portanto, na responsabilidade estatal por omissão, a referência é sempre sobre o elemento subjetivo, dolo ou culpa, visto que só a inação ilícita rende ensejo a indenização. Se o Estado não tem o dever de agir, sua inação é inteiramente inócua para efeito de responsabilidade (vf. Lição de Eliana Calmon, RT 836/151).

Mello (2002, p. 856), demonstra dois exemplos quase perfeitos de responsabilidade do Estado por omissão, quando este tinha o dever legal de agir, conforme se verifica:

Por exemplo: se o Poder Público licencia edificações de determinada altura, não poderá deixar de ter, no serviço de combate a incêndio e resgate de sinistrados, meios de acesso compatíveis para enfrentar eventual sinistro. Se o Poder Público despoja os internos em certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida, não pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum ou alguns detentos a respeito dos quais omitiu-se na adoção de igual cautela.

Ademais, para os defensores desta teoria será necessária para a configuração da responsabilidade do Estado, e posterior ressarcimento/indenização a comprovação dos elementos: conduta omissiva do agente público, dano sofrido por terceiro, nexos de causalidade e por último a culpa por parte do Poder Público.

Nesse sentido, Oliveira apud (PINTO, 2008, p. 164):

Nas hipóteses de omissão é necessário que fique caracterizado que de alguma forma o Poder Público contribuiu para a ocorrência do dano sendo razoável exigir da vítima que comprove, além do dano e do nexos de causalidade, a culpa do agente ou a culpa administrativa em uma de suas três modalidades.

Além disso, outra solução para este caso seria uma afronta para o Estado democrático de direito, pois com a ocorrência dos danos omissivos causados pelo Estado este não pode ser responsabilizado por toda e qualquer conduta. Assim, há a necessidade de se perquirir culpa, pois se assim não fosse acabaria sendo nesse caso um segurador universal, o que seria inadmissível, conforme adverte o professor Mello, (2002, p. 857):

Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que “o serviço não funcionou”. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal. Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais

relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.

É importante ressaltar que devido à dificuldade do particular em demonstrar a culpa ou o dolo do Poder Público em casos de omissão, entende-se que nesse caso deverá haver a inversão do ônus da prova do particular para o Estado, haja vista que este último é a parte mais forte da relação.

## 10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do Estado passou por grandes transformações ao longo da história, primeiramente tínhamos a irresponsabilidade do Estado, passando pelas teorias da responsabilidade com culpa, teoria da culpa administrativa até chegar ao estágio atual da responsabilidade fundada na teoria do risco administrativo, esta baseada na responsabilidade objetiva do Estado.

O desenvolvimento da responsabilidade objetiva do Estado deu-se primeiramente com a Constituição de 1946, contudo, foi com a Constituição de 1988 que tal responsabilidade foi ampliada, sendo que a regra está prevista no artigo 37, § 6º da nossa Carta Magna, e prevista ainda no artigo 43 do Código Civil.

Como visto no presente trabalho, o Estado para ser responsabilizado civilmente por suas ações e omissões e por suas condutas lícitas ou ilícitas, sendo que é no caso de omissão que há a grande gama de questionamentos acerca de sua natureza jurídica, haja vista que a responsabilidade por omissão do Estado não se encontra positivada em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, os dispositivos constitucionais supramencionados não trazem especificamente a responsabilidade civil do Estado no caso de omissão, termo conhecido ainda como *faute du service*. Para alguns doutrinadores esta regra não teria incidência no caso de condutas omissivas do Estado, sendo que o administrado lesionado pela omissão deveria comprovar a ocorrência de culpa para obter eventual ressarcimento/indenização.

A divergência doutrinária e jurisprudencial presentes neste trabalho decorre justamente dessa controvérsia, pois enquanto a maioria da doutrina e jurisprudência entende ser o caso de responsabilidade subjetiva, outra parte bastante significativa entende ser o caso de responsabilidade objetiva, haja vista que para esta corrente a responsabilidade subjetiva não deve prevalecer ante a ausência de regra específica sobre a questão.

A corrente que predomina hoje tanto na doutrina quanto na jurisprudência do STF entende que no caso de omissão estatal faz-se necessário a comprovação de culpa ou dolo, sendo assim, o caso de responsabilidade subjetiva. Porém, existem alguns julgados da mesma corte que entende ser o caso de responsabilidade objetiva, o que demonstra a controvérsia existente sobre o tema.

Sendo assim, percebe-se que o princípio da razoabilidade é que se faz presente em tais decisões, pois os julgadores analisam o caso concreto, sendo certo afirmar que o ordenamento jurídico pátrio não adota especificamente uma ou outra teoria. Nesse caso a hipótese fora convalidada e os objetivos contemplados.

## 11 REFERÊNCIAS

1. ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado na CF/88**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
2. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008.
3. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
4. \_\_\_\_\_. **Código Civil (Lei nº 10.406 de 10.01.2002)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 12.10.2001.
5. \_\_\_\_\_. **Código Civil (Lei nº 3.071 de 01.01.1916)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em: 12.10.2001.
6. \_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)> Acesso em: 12.10.2011.
7. \_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)> Acesso em: 12.10.2011.
8. \_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)> Acesso em: 12.10.2011.
9. \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)> Acesso em: 10.10.2011.



10. \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 12.10.2011.
11. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
12. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
13. MAZZA, Alexandre; ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Prática de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
14. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
15. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.
16. PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
17. STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. 8º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

## **PRESCRIÇÃO PENAL: ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FRENTE A SÚMULA 415 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Francielly Rauta Marques<sup>21</sup>

### **RESUMO**

O presente estudo busca trazer considerações gerais acerca da problemática da suspensão do prazo prescricional nos delitos de homicídio, no caso do artigo 366 do Código de Processo Penal. Seu objetivo geral é saber qual será o prazo adequado para a suspensão da prescrição nos delitos de homicídio quando, o acusado citado por edital não comparecer ou não constituir advogado.

**Palavras-chave:** Prescrição; Suspensão; Homicídio.

### **ABSTRACT**

This study seeks to bring general considerations about the issue of suspension of the limitation period in crimes of murder, in the case of article 366 of the Criminal Procedure Code. Its general objective and know what will be the appropriate time limit for the suspension of the prescription in offenses of murder when the accused mentioned by edict does not attend or do not constitute legal advice.

**Keywords:** Prescription; Suspension; Murder.

## **1 INTRODUÇÃO**

O artigo 366 do Código de Processo Penal aduz que ficarão suspensos os prazos para a incidência da prescrição do acusado de crime de homicídio, que foi citado por edital e não comparecer ou não constituir advogado, mas não estabelece um prazo para a finalização da suspensão da prescrição.

Certamente há uma incoerência nessa omissão, pois todo cidadão tem direito de ser citado pessoalmente e pormenorizadamente, sendo esse direito uma garantia constitucional, onde essa suspensão do processo tem por finalidade a busca do acusado por edital a fim de citá-lo.

A Súmula nº 415 do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada ao delito. Dessa forma, vencido prazo do artigo 109 do Código Penal, encerra-se o período de suspensão do prazo prescricional e volta a contar a prescrição.

---

<sup>21</sup> Graduada em Direito, especializando-se em Direito Administrativo e Constitucional pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia - UNIVEN

Eis então a razão do presente estudo, onde se pretende abordar o prazo adequado do período da suspensão da prescrição na ocorrência da situação prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal.

Em síntese, nessa vertente se resume o objeto de estudo deste artigo.

## **2 BREVE CONCEITO DE PRESCRIÇÃO**

Mirabete (2002, p. 398), entende a prescrição como sendo “a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo, ou seja, pelo seu não exercício no prazo previsto em lei”.

### **2.1 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO**

O artigo 107, inciso IV do Código Penal, coloca a prescrição como uma das causas de extinção de punibilidade. Existem duas espécies de prescrição: a prescrição da pretensão da pena, (artigo 109, do Código Penal) e a prescrição da pretensão de executar a pena (artigo 110, “caput”, do Código Penal). Essas duas modalidades de prescrição decorrem das seguintes possibilidades:

1. A prescrição da pretensão punitiva;
2. A prescrição intertemporal/superveniente/subsequente;
3. A prescrição retroativa; e,
4. A prescrição da pretensão executória da pena.

#### **2.1.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA**

A pretensão punitiva é definida segundo Zaffaroni e Pirangeli (2002, p. 754) como sendo, “aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e acarreta a perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém”.

Inicialmente o lapso temporal é calculado em cima do máximo da pena em abstrato do delito cometido, observando a tabela do artigo 109 do Código Penal.

Observando-se que os prazos obedecem a tabela, e são taxativos, ou seja, só devem ser obedecidos tão somente esses prazos, essa escala é imodificável, sendo baseada conforme a pena máxima do delito cometido.

De acordo com a pena máxima do crime deve-se atentar para as causas de aumento e as causas de diminuição da pena, tanto da parte geral, quanto da parte especial, como por exemplo: o artigo 121, § 1º, do Código Penal, onde o cálculo para o prazo prescricional será considerado a pena máxima do delito, mais as causas de diminuição da pena que varia de um sexto a um terço, se o crime foi cometido por relevante valor moral ou social, sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, onde, de acordo com a pena fixada na sentença será observada o prazo prescricional do delito, conforme a tabela do artigo 109 do Código Penal.

A contagem do prazo prescricional estará sujeita a regra do artigo 10 do Código Penal que ensina que “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”.

### **2.1.2 PRESCRIÇÃO INTERTEMPORAL**

A prescrição intertemporal é aquela em que o prazo é contado após o trânsito em julgado da sentença final penal condenatória para a acusação e nos casos do recurso interposto pela acusação ser improvido, tendo como base apenas da sentença penal condenatória, sendo a combinação do “caput”, do artigo 109 do Código Penal, com o § 1º, do artigo 110, do mesmo diploma.

No caso da defesa interpor recurso para a sentença condenatória, a pena da mesma não poderá ser majorada pela *reformatio in pejus*, podendo-se verificar neste caso, que a pena imposta nesta sentença será usada como base na contagem do prazo prescricional. Logo, se um indivíduo cometer o delito previsto no artigo 121 do Código Penal, em que a pena máxima em abstrato é de 20 anos, e o juiz fixar a pena em 14 anos, e a defesa vier a interpor recurso ao *juízo ad quem*, se passar 20 anos para a apreciação do recurso, restará verificada a prescrição intertemporal, ocorrendo da mesma forma para a acusação.

Com base em Rodrigues o termo inicial para a contagem desse prazo será a partir do momento em que o juiz, entregar a sentença em cartório, e o termo final se dará com o trânsito em julgado para ambas as partes.

### **2.1.3 PRESCRIÇÃO RETROATIVA**

Segundo Greco (2006, p. 787):

Diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o cálculo prescricional é refeito, retroagindo-se, partindo-se do primeiro momento para a sua contagem, que é a data do fato.

### **2.1.4 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA**

O artigo 110 do Código Penal regula a prescrição da pretensão executória, essa modalidade estará caracterizada quando tiver ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal para ambas as partes, onde o *ius puniendi* se transformará em *ius executionis*, neste momento o Estado passará a executar a pena imposta anteriormente.

Evangelista (1992, p. 45), nos ensina que:

Praticada a infração penal, surge para o Estado o direito de deduzir em juízo a pretensão punitiva. E o faz por intermédio da acusação,

promovida pelo próprio Estado-Administração ou pelo particular, podendo valer-se do inquérito policial, peça informativa da ação penal. Tem ele o direito de invocar o Estado-Judiciário no sentido de aplicar o direito objetivo a um fato considerado típico e antijurídico, cometido por um sujeito culpável. Adquire o poder-dever de processar o delinquente e, considerada procedente a pretensão punitiva, de impor a sanção penal previamente cominada. Transitando em julgado a sentença condenatória, surge a pretensão executória, pelo que o Estado adquire o direito de executar a sanção imposta pelo Poder Judiciário.

### **3 CAUSAS QUE SUSPENDEM A PRESCRIÇÃO**

O dispositivo 116 do Código Penal, traz em seu bojo as causas de suspensão da prescrição. Nessas hipóteses, o curso da prescrição será suspenso e começará a correr do ponto que parou depois que cessar a causa impeditiva. Reiniciado a contagem do prazo prescricional, será contado o tempo anterior para o cômputo final da prescrição.

### **4 CAUSAS QUE INTERROMPEM A PRESCRIÇÃO**

A interrupção do prazo prescricional não se confunde com a suspensão, pois como visto acima a suspensão aproveita o período anterior, já esta última, o prazo recomeçará do zero.

### **5 IMPRESCRITIBILIDADE**

Em nosso ordenamento jurídico, existem duas situações em que não ocorre a prescrição. Segundo a nossa Constituição Federal de 1988, a prática do racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático são crimes imprescritíveis.

### **6 ANÁLISE DAS TRÊS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE O PRAZO IDEAL DE SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO**

O artigo 366 do Código de Processo Penal reza que:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e curso prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo 312.

A grande discussão da doutrina é a questão do lapso temporal que poderá ficar suspenso o processo enquanto o réu não comparecer ou não constituir advogado. No caso do réu que não constituir advogado, o juiz nomeará um defensor dativo para o

acusado. Se a forma de citação por edital é a última chance de se tentar encontrar o acusado para que ele tome ciência de que contra ele corre uma ação, não poderá o processo ficar suspenso eternamente aguardando que o acusado um dia venha a saber que contra ele existe uma demanda.

Sobre o assunto existem 03 correntes que tentam explicar qual será o prazo correto para a suspensão da prescrição de que trata o artigo acima transcrito.

Analisando a primeira corrente podemos analisar que o prazo máximo para a suspensão da prescrição será de 20 anos, para todos os delitos do Código Penal, onde passado este prazo, será contado mais 20 anos, e estará extinta a punibilidade do agente.

A segunda corrente aduz que; o prazo máximo da suspensão do prazo prescricional do artigo 366 do Código de Processo Penal será o mesmo lapso da pena máxima cominada ao delito, observando a tabela do artigo 109 do Código Penal.

Defendendo essa corrente Capez (2003, p. 535) descreve:

A tese de que a suspensão do prazo prescricional não é eterna. O prazo é apenas aquele máximo estabelecido em correlação com a pena cominada em tese, por outras palavras, é a regra do art. 109, do CP. Assim, se o réu é dado como revel em citação edital, acusado de crime de lesão corporal leve, a prescrição será suspensa pelo prazo máximo fixado no art. 109, V do CP, 04 anos. Ademais, também serve de argumento à tese defendida pelo ilustre penalista, o fato de que a Constituição da República de 1988, expressamente, prevê os casos de crimes imprescritíveis. Art. 5º, XLII (Racismo) e XLIV (ação de grupos armados contra a ordem democrática). Desse modo, não cabe à lei infraconstitucional instituir outros tipos imprescritíveis.

E Nucci (2004, p. 606) acrescenta que:

Suspensão da prescrição: não pode ser suspensa indefinidamente, pois isso equivaleria a tornar o delito imprescritível, o que somente ocorre, por força de preceito constitucional, com o racismo e o terrorismo. Assim, por ausência de previsão legal, tem prevalecido o entendimento de que a prescrição fica suspensa pelo prazo máximo em abstrato previsto para o delito. Depois, começa a correr normalmente. Isso significa que, no caso de furto simples, cuja pena máxima é de quatro anos, a prescrição não corre por oito anos. Depois, retoma seu curso, finalizando com outros oito anos, ocasião em que o juiz pode julgar extinta a punibilidade do réu.

Sobre o tema abordado, observa-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. NÃO - ATENDIMENTO À CITAÇÃO EDITALÍCIA. REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO LAPSO

PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CPP. EXISTÊNCIA DE LIMITE PARA DURAÇÃO DO SOBRESTAMENTO. PRAZO REGULADO PELO PREVISTO NO ART. 109 DO CP, CONSIDERADA A PENA MÁXIMA APLICADA AO DELITO DENUNCIADO. PRESCRIÇÃO EVIDENCIADA. PROVIMENTO. STJ, REsp 11135 83/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 13/10/2009.

Analisando a terceira corrente, que é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se analisar que a suspensão do prazo prescricional será por tempo indeterminado, estando configurada assim a imprescritibilidade. Nesse sentido temos:

No tocante à suspensão da prescrição, entendeu-se que a Constituição não veda que seu prazo seja indeterminado, uma vez que não se constitui em hipótese de imprescritibilidade e a retomada do curso da prescrição fica apenas condicionada a evento futuro e incerto. Além disso, aduziu-se que a Constituição se restringe a enumerar os crimes sujeitos à imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII e XLIV), sem proibir, em tese, que lei ordinária crie outros casos. Por fim, considerou-se inadmissível sujeitar-se o período de suspensão de que trata o art. 366 do CPP ao tempo da prescrição em abstrato, visto que, do contrário, o que se teria seria uma causa de interrupção e não de suspensão. RE provido para determinar a suspensão da prescrição por prazo indeterminado. Precedente citado: Ext 1042/Governo de Portugal (j. em 19.12.2006). RE 460971/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. (RE-460971)

Tomando como exemplo o crime de homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal, com a pena variável de 06 a 20 anos, a seguir será analisado concretamente os efeitos da interpretação do artigo 366 do Código de Processo Penal de acordo com as três correntes doutrinárias:

O exemplo é o seguinte: o acusado pratica o crime de homicídio na data de 01.01.2010, não é preso em flagrante, posteriormente é denunciado pelo Ministério Público e é recebida a denúncia pelo juízo competente; é feita a citação por edital, e não se consiga efetuar a citação do acusado para que ele constitua advogado para apresentar sua defesa preliminar.

De acordo com a primeira corrente, o prazo da suspensão da prescrição ficará suspenso pelo prazo de 20 anos. É importante ressaltar que aqui será 20 anos para todos os crimes. Assim, transcorridos mais 20 anos posteriormente terá sido alcançada a prescrição e estará extinta a punibilidade.

Todavia, a segunda corrente ensina que o prazo da suspensão do prazo prescricional será o prazo máximo da pena em abstrato cominada ao delito, 20 anos.

Passado este prazo, começará a correr mais 20 anos, sendo este último o prazo para a prescrição do crime.

Importante ressaltar que seguindo esta corrente, temos a Súmula nº 415 do Superior Tribunal

de Justiça, traz a seguinte redação: STJ Súmula nº 415 – 09.12.2009 – DJ.16.12.2009: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”.

A terceira corrente defende que o prazo de suspensão da prescrição será indeterminado em virtude de que a retomada do curso da prescrição fica apenas condicionada a um evento futuro e incerto.

Todavia deve ser ressaltado que as únicas hipóteses de imprescritibilidade estão previstos na Constituição Federal de 1988, não cabendo à legislação infraconstitucional criar novos casos de imprescritibilidade, salvo melhor juízo.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a realização da pesquisa bibliográfica, chega-se a conclusão de que o prazo adequado para a suspensão da prescrição nos crimes de homicídio é o que prescreve o artigo 109 do Código Penal, ou seja, 20 anos.

Conforme a pesquisa realizada, foram estudadas três correntes sobre o tema, sendo que a primeira afirma que o prazo adequado para a suspensão do prazo prescricional é de 20 anos independente do delito praticado; a segunda defendida pelo Supremo Tribunal Federal entende que a suspensão da prescrição será por tempo indeterminado e a terceira corrente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, afirma que o prazo deverá ser de acordo com a prescrição do crime, ou seja, que o primeiro prazo será contado para a suspensão da prescrição e findo esse lapso temporal será contado o prazo da prescrição, de acordo com o delito cometido.

Pode-se dizer que os estudos realizados conduziram a discordância da corrente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pois não pode a interpretação de uma norma infraconstitucional, ter mais força do que a própria Carta Magna, que no seu artigo 5º incisos XLII e XLIV, apenas estabelece a imprescritibilidade para os dois tipos penais, quais sejam, o racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, não havendo, portanto, a nosso ver, a possibilidade de outros crimes ficarem parados nos cartórios criminais por tempo indeterminado.

Aliás, entende-se que a corrente mais coerente é a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que inclusive sumulou seu posicionamento por meio da súmula nº 415, que estabelece que o prazo da suspensão da prescrição quando, o acusado é citado por edital, não comparecer ou não constituir advogado é o mesmo prazo da prescrição previsto para o crime.

Por fim, nos delitos de homicídio, onde o bem tutelado pelo Estado é a vida, a suspensão da prescrição será de 20 anos, findo este lapso temporal será contado mais 20 anos de prescrição propriamente dita, e enfim o delito estará prescrito.

## 8 REFERÊNCIAS

1. ANDRADE, Cristiano José de. **Da Prescrição em Matéria Penal**. 1. ed. São



Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

2. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 415**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc>. Acesso em 25.abril.2010.

3. \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 415**. In: 16.12.2009.

4. \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 460971/RS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 09 set 2010.

5. \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1113583/MG**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/suow/jurisprudencias/toc.jsp>. Acesso em: 09.set.2010.

6. \_\_\_\_\_. **Decreto lei 2.848/40**, de 7 de dezembro de 1940.

7. \_\_\_\_\_. **Decreto lei 3.689/41**, de 3 de outubro de 1941.

8. \_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988** - Presidencia da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 mar 2010.

9. \_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.Presidencia da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 24 mar 2010.

10. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1984**. Estabelece as normas referentes ao Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 maio 2010.

11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisas de Jurisprudências**. RE

460971/RS. Disponível em:<[stf.jus/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp](http://stf.jus/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp). Acesso em: 20 junho 2010.

12. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

13. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tomo III, 1967.

14. CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

15. COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito Penal - Parte Geral**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

16.DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado** . 3. ed. São Paulo: Renovar, 1991.

## **PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE FILHO ADOTIVO E FILHO NATURAL E A OBRIGATORIEDADE DO CONSENTIMENTO DO MAIOR DE DOZE ANOS NO PROCESSO DE ADOÇÃO**

Paulo Roberto Alves Damaceno<sup>22</sup>

### **RESUMO**

Muito longe da tentativa de esgotar o tema devido a sua grandiosidade, o presente trabalho acadêmico traz uma breve reflexão sobre o princípio da isonomia entre filho adotivo e filho natural e a obrigatoriedade do consentimento do maior de doze anos no processo de adoção, traz uma análise ainda que superficial sobre o instituto da adoção e sua relevância em nosso ordenamento jurídico, desde sua evolução histórica, quando a adoção era usada apenas com o propósito de dar filhos a casal que não podia conceber, época em que apenas interessava o bem estar do adotante, até chegarmos ao tempo presente onde o instituto da adoção deixou de ser um ato de assistencialismo cristão para uma relação de amor onde o filho adotado tem os mesmos direitos e deveres de filho natural proibida quaisquer designações discriminatórias, passando pelo conceito, natureza jurídica, seus efeitos, modalidades, requisitos, dissertando, ainda que bem sucinto, sobre os princípios constitucionais, entre eles, o da isonomia entre filho adotivo e filho natural, o do melhor interesse e o da proteção integral da criança e do adolescente, aplicando ao instituto da adoção a relevância trazida a partir do advento de nossa carta maior de 1988, e por fim esclareando as alterações trazidas pela Lei 12010 de 03 de agosto de 2009 e suas relevantes alterações nas partes geral e especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente no que tange à obrigatoriedade do adotando maior de 12 (doze) anos consentir com sua adoção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Adoção. Relevantes. Proteção. Inovações.

### **ABSTRACT**

Far from trying to exhaust the subject because of its grandeur in this scholarly work gives a brief reflection on the principle of equality between natural child and biological child and mandated under twelve years consenting to its adoption, although it brings a superficial analysis on the institution of adoption and its relevance in our legal system, since its historical evolution, when the adoption was used solely for the purpose of giving children the couple could not conceive, by which time only interested in the welfare of the adopter, until we get the present time where the institution of adoption is no longer a Christian act of welfare for a parental relationship where the adopted child has the same rights and duties of natural son banned any discriminatory designation, through the concept, legal nature, effects, methods, requirements, lecturing, and even raise up on the constitutional principles, including equality between the natural son and adopted son, the best interest of the protection and development

---

<sup>22</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

of children and adolescents, applying to the institution of adoption brought to the relevance from the advent of our top card of 1988, and finally clarify the changes introduced by Law 12,010 of 03 August 2009 and its relevant changes in general and special shares of the Children and Adolescents, particularly regarding the obligation of adopted is more than 12 (twelve) years to consent to adoption.

**KEYWORDS:** Adoption. Relevant. Protection. innovations.

## 1 INTRODUÇÃO

Para a doutrina majoritária, o instituto da adoção teve expressiva evolução desde seus primórdios, no Direito Ancião, até os dias de hoje. A adoção existe desde as civilizações mais remotas, com a finalidade de dar filhos a quem não podia tê-los, a fim de que a religião da família fosse perpetuada. Encontramos menção a ela, por exemplo, nos Códigos de Hamurábi, Manu, no Deuteronômio, na Grécia Antiga e em Roma, onde o instituto teve seu apogeu. Os romanos, além da função religiosa, davam à adoção papel de natureza familiar, política e econômica. Era a forma de se evitar o desaparecimento do grupo familiar, assegurando ao homem sem descendência a perpetuação do nome e o culto doméstico. É o espírito que prevalece no extremo-orientes.

O instituto da adoção quase foi extinto na idade média, pelo simples fato deste ser contrário ao pensamento dos senhores feudais e da igreja que se apropriava dos bens das pessoas que morressem sem deixar herdeiros. Raramente usado nesta era, apenas sendo utilizado, como um mecanismo de paternidade e proteção cristã, e não conferia quase nenhum direito ao adotado.

Sendo assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a regular a adoção dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios. Deixando a adoção dos maiores de idade, sob a tutela do Código Civil de 1916, podendo ser realizada por escritura pública, mas estabelecia diferenciações em sede de direito sucessório. Neste caso, o adotado só tinha direito a herança se o adotante não tivesse prole biológica e caso nascesse filho após a adoção, o adotado receberia somente metade do quinhão a que fazia jus a filiação legítima.

Porém, esses dispositivos foram considerados inconstitucionais pela Jurisprudência, a partir da Constituição Federal de 1988.

A partir de 1990, com a chegada da Lei 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente passou a regular a adoção de menores de 18 anos e a partir de 2002 o atual Código Civil instituiu o sistema de adoção plena, mantendo a orientação do Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstrando a importância deste instituto, não sendo mais uma atitude de amparar o órfão desabrigado, mas sim como sendo uma relação de amor entre adotante e adotado, onde é outorgado ao adotado todos os direitos de filho.

A partir de 2002 com o advento do novo Código Civil, que passou a regular a adoção plena, porém seguiu orientações do Estatuto da Criança e do Adolescente, outorgando as mesmas características para as adoções tanto de adulto como de criança e adolescentes, sendo

necessário em qualquer hipótese a chancela judicial.

Que para Dias (2008, p. 434), “dependia de decisão Judicial, era irrevogável e fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural”.

Portanto, a adoção institui uma afinidade de parentesco, que não depende do fato natural da concepção é uma irrealidade legal que dar condições de haver entre adotante e adotado um elo de parentesco civil em linha reta.

De acordo com entendimento de Diniz (2008, p. 506),

A adoção venha a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Desse modo, a adoção é um laço consanguíneo de parentesco civil, em linha reta, que estabelece uma relação de pai e filho entre o adotante, ou adotantes, e o adotado.

Segundo Dias (2008, p. 433), “O vínculo de parentesco foi estendido à família dos adotantes, de modo que o nome dos ascendentes passou a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente de consentimento expresso dos avós”.

Embora, essa norma está inserida no dispositivo constitucional que trata de crianças e adolescentes, surgiram inúmeros questionamentos doutrinários sobre a eficácia da norma referente à adoção de maiores ou das adoções realizadas antes do advento da constituição, porém, a jurisprudência é uníssona em impedir as distinções, não mais existindo diferenciações.

A importância do estudo de sua eficácia em nossas Leis, principalmente no que se refere aos princípios igualitários que nos garantem um país democrático, torna a pesquisa proposta ainda mais necessária e atual.

O conhecimento que nos leva a apontar as falhas do sistema que propicia a igualdade ou não dos filhos naturais e adotivos nos impulsiona, através do estudo das possíveis causas, que podem estar inseridas em nossas próprias leis, a buscar uma pesquisa mais crítica e atualizada do tema em questão.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

No Brasil, o instituto da adoção sempre foi previsto em Lei, há registro sobre a adoção desde as Ordenações Filipinas, que vigoram em nossa terra após a Independência, mas ganhou relevante importância a partir do Código Civil de 1916 que previu a adoção nos seus artigos 368 a 378, localizados no Título V (Relações de Parentesco), Livro I (Do Direito de Família), da Parte Especial. Era chamada de simples e regulava tanto a adoção de maiores como de menores, só podia adotar quem não tinha filho.

Segundo Dias (2009, p. 433), “era levada a efeito por escritura pública e o vínculo de parentesco limitava-se ao adotante e ao adotado”.

Em 08 de maio de 1957, a Lei nº 3.133 veio alterar o Código Civil, a fim de atualizar o instituto e fazer com que este tivesse maior aplicabilidade. Promulgada em 02 de junho de 1965, a Lei nº 4.655, que veio atribuir nova feição à adoção, fazendo com que os adotados passassem a ter integração mais ampla com a família (trata-se da legitimação adotiva).

Para Dias (2009, p. 433), “dependia de decisão judicial era irrevogável e fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural”.

Em 1979 com o advento da Lei 6.697, Código de Menores, que substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, mantendo, porém, o mesmo pensamento, mas, inovou no sentido de constar no registro de nascimento do adotado o nome dos ascendentes independente de autorização dos avós. Estabelecendo em nosso sistema legal a adoção simples, aplicada aos menores de 18 anos, sendo realizada através de escritura pública e a adoção plena aplicada aos menores de 07 anos de idade, como caráter assistencial, sendo necessária a outorga judicial. Tinha ainda a adoção dos maiores de 18 anos regida pelas regras do Código Civil de 1916, era levada a efeito por escritura pública e estabelecia diferenciações em sede de direitos sucessórios. O adotado só tinha direito a herança se o adotante não tivesse prole biológica, nascendo filho após a adoção, receberia o filho adotado somente a metade do quinhão a que se fazia jus a filiação legítima.

Em 1988 com o advento da Constituição Federal da República que ampliou significativamente o direito de família trazendo uma nova roupagem para o instituto da adoção. Surge então, o princípio da proteção integral e a vedação de qualquer referência discriminatória na filiação, baseado no § 6º do artigo 227 da Carta Magna. Embora, essa norma está inserida no dispositivo constitucional que trata de crianças e adolescentes, surgiram inúmeros questionamentos doutrinários sobre a eficácia da norma referente à adoção de maiores ou das adoções realizadas antes do advento da constituição, porém, a jurisprudência é uníssona em impedir as distinções, não mais existindo diferenciações.

Em decorrência desta nova disciplina da matéria, surge a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, que traz, em seu bojo, nova sistemática para a adoção de crianças e de adolescentes. Passa-se a ter dois regramentos: a adoção regida pelo ECA, restrita a crianças e adolescentes e promovida judicialmente e a adoção de maiores de 18 anos, regulada pelo Código Civil e instrumentalizada através de escritura pública.

Em 2002 promulgou-se, a Lei 10.406, Novo Código Civil revogando o Código Civil de 1916, porém mantendo a mesma disposição sobre o instituto da adoção em seus artigos 1618 a 1629, apenas, deixando de existir a adoção simples e a plena, aplicando suas regras a todos os casos de adoção, pouco importando a idade do adotando, passando a adoção a ser integral, trazendo importantes reflexos nos direitos da personalidade e nos direitos sucessórios. Em 03 de agosto de 2009 foi promulgada a Lei 12.010, trazendo modificações consideradas ao instituto da adoção, entre as quais, tornou-se obrigatório o consentimento do maior de 12 anos, para a colocação em família substituta, em qualquer de suas formas, e não mais apenas para a adoção.

Portanto, a adoção, que é tema atual de todos os tempos, evoluiu saindo de uma atitude de assistencialismo para uma relação familiar de amor e cordialidade, entre adotante, ou adotantes, e adotado, desaparecendo as discriminações, até então existentes para uma posição de igualdade entre filho adotivo e filho biológico, mostra também, as diretrizes para um melhor cuidado por parte da sociedade em relação à criança e ao adolescente.

### 3 CONCEITO

O termo adoção se originou do latim, *adoptare* que significa na língua portuguesa, tomar alguém como filho, a doutrina traz diversos conceitos jurídicos para o instituto da adoção.

Segundo Wald (1991, p. 183), “a adoção é um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente”.

Segundo Silva (1999, p. 40), “a adoção é um ato jurídico, solene, pelo qual uma pessoa, maior de dezoito anos, adota como filho outra pessoa que seja, pelo menos, dezesseis anos mais moça que ela”.

Já Tavares, (2001, p. 149), conceitua o instituto como “ato judicial complexo (...) que transforma, por ficção jurídica, sob total discricção, um estranho em filho do adotante, para todos os fins de direito e para sempre”.

Para Diniz (2008, p. 506),

a adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Segundo Dias (2009, p. 434), “A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada a chancela judicial”.

Embora haja uma diversidade de pensamentos jurídicos, todos quanto ao conceito do instituto da adoção, toda doutrina concorda com um ponto em comum. Qual seja, a criação de um liame jurídico de pai e filho. Todos concordam, portanto, que a adoção outorga ao adotado o estado de filho. E a este modelo de filiação dá-se o nome de parentesco civil, pois mesmo sem nenhum laço consanguíneo, torna-se parente constituído pela lei, que cria através de sentença constitutiva uma nova situação jurídica, uma nova relação de filiação. Todos os conceitos jurídicos acima descritos defendem as razões legais e seus efeitos, representando apenas uma face do instituto, qual seja, um ato exclusivamente de vontade.

O fundamento da verdadeira paternidade está no desejo de amar e ser amado, mas é inexplicável como a sociedade ainda não vê a adoção como deve ser vista. Precisa ser justificada com razoável para reparar a falha de um casal que não quer ou não pode ter filhos.

Assim, a adoção através de sentença constitutiva cria-se um elo legal entre adotante, ou adotantes, e adotado de pai e filho, sendo irrevogável e definitiva para todos os efeitos legais rompendo definitivamente qualquer vínculo com os pais de sangue, garantindo ao adotado todos os direitos de filho biológico, proibida qualquer discriminação, exceto apenas, quanto aos impedimentos para o casamento.

#### **4 NATUREZA JURÍDICA**

Para a maioria da doutrina a natureza jurídica do instituto da adoção, também possuiu distintas posições.

Há pelo menos cinco correntes que tentam explicar a natureza jurídica da adoção. A primeira corrente defende a adoção como uma instituição; a segunda entende a adoção como um ato jurídico; a terceira corrente explica a adoção como um ato de natureza híbrida; a quarta corrente vê na adoção um contrato; a quinta corrente conceitua a adoção como um ato complexo (TAVARES, 2002, p.15).

Em face da dimensão deste trabalho, que não comporta que se discorra sobre as correntes acima mencionadas, referir-se-á a apenas duas delas. A que entende que o instituto da adoção tem natureza jurídica de contrato, este entendimento foi amparado pela doutrina majoritária do século XIX. Nela se justifica a natureza contratual da adoção por encerrar, em sua formação, a manifestação de vontade das pessoas envolvidas. Esta corrente amparou o texto do Código Civil Brasileiro de 1916. Porém, perdeu força, no entendimento contemporâneo por não está de acordo com conceito de contrato, pelo fato de ao instituto da adoção não ser admitindo a liberdade na estipulação de suas implicações, bem como, não possuir substância primordialmente econômica, regras inerentes à conceituação do contrato.

Outra corrente descreve o instituto da adoção como ato de difícil explicação. Para ela depende de dois momentos para a concretização da adoção, sendo o primeiro um negócio onde é necessário o interesse das partes que pleiteiam, afirmando quererem a adoção; um segundo momento, onde o Estado intervém e verifica se é conveniente, ou não, o deferimento da adoção. Podendo se concluir que primeiro se faz necessário à fase de conhecimento para só depois ser concluída com a prolação da sentença constitutiva. Para que se consume e se aperfeiçoe a adoção, se fará necessária a manifestação da vontade do adotante, ou adotantes, do adotando se maior de doze anos obrigatoriamente e do Estado. Sendo esta última aplicada ao instituto da adoção no direito Brasileiro.

#### **5 REQUISITOS**

Segundo a maioria da Doutrina são necessários os seguintes requisitos para outorga do instituto da adoção:

### 5.1 MAIOR IDADE

Independente do estado civil do adotante é necessário que seja maior de 18 anos se solteiro, para a adoção singular ou no caso da adoção conjunta, realizada por casais casados ou vivendo em união estável, é necessário que um dos cônjuges ou companheiro tenha completado 18 anos de idade, desde comprovada a estabilidade familiar é o que leciona o artigo 42, § 2º da lei 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (PLANALTO, 1990, p. 945)

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[...]

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

### 5.2 DIFERENÇA MÍNIMA DE IDADE ENTRE O ADOTANTE E O ADOTADO

Tal regra impõe diferença de idade que tem o escopo de conferir cunho biológico à família civil que está sendo constituída, já que a substituta há que ser semelhante e mesmo idêntica à família biológica. Destaque-se o caráter peremptório da norma, cuja inobservância implicará o indeferimento do pedido de adoção. Este comando já constava do corpo do Código Civil de 1916, permanecendo no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado evitará que se confundam os limites que há entre o amor essencialmente filial e paterno em relação àquele, entre homem e mulher, onde a atração física pode ser preponderante, fator que indubitavelmente poderá produzir reflexos prejudiciais à nova família que se está formando (AMIN, 2002, p. 248)

Evita-se igualmente com tal exigência realização de adoção com motivo escuso, configurado este através de pretextada demonstração de amor paternal pelo adotante para com o adotado para mascarar interesse sexual por aquela pessoa, encobrindo intenção inconfessável. Vale ressaltar que se o adotante for um casal, bastará que um dos cônjuges, ou conviventes, seja dezesseis anos mais velho que o adotando.

### 5.3 CONSENTIMENTO DOS PAIS, REPRESENTANTE LEGAL E DO ADOTANDO SE MAIOR DE DOZE ANOS

A princípio, a adoção depende do consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar e é uma decisão que pode ser revogada até a sentença ser publicada. Porém, o consentimento torna-se descabido quando os pais do adotando forem desconhecidos, ou estejam desaparecidos, ou tenha sido destituído o poder familiar, ou se o adotando for órfão e não tenha sido reclamado por qualquer parente por mais de um ano. Quanto ao



consentimento da criança ou adolescente. Assim, prescreve os parágrafos 1º e 2º do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990, p. 943)

Art. 28 [...]

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada

§ 2º Tratando de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

Sendo assim, torna-se de opcional a oitiva do menor de 12 (doze) anos e indispensável o consentimento do maior de 12 (doze) anos para a efetivação da adoção.

## **6 MODALIDADES**

### **6.1 UNILATERAL**

É a possibilidade de um parceiro ou parceira adotar o filho do outro, pois sempre quando rompem os vínculos afetivos, a tendência de todos é buscar novos relacionamentos, quando isso acontece é denominado de adoção unilateral. Assim, estabelece uma biparentalidade fática do filho com parceiro ou parceira do genitor ou genitora biológico. Para a maioria da doutrina trata-se de forma especial de adoção, que tem caráter híbrido, pois permite a substituição de somente um dos genitores e respectiva ascendência.

### **6.2 POR DIVORCIADOS**

Presente em nosso ordenamento jurídico no artigo 34 da Lei nº. 6.697/79, substituído pelo parágrafo único do artigo 1622 do Código Civil de 2002, este revogado pelo parágrafo 4º do artigo 42 da Lei nº 8.069/90.

Nos dias atuais, apenas a religião encara a ideia de que o casamento é união indissolúvel. Sempre houve, e haverá relacionamentos desfeitos, deixando, em muitas hipóteses, seus frutos, os filhos. Com a separação, o casal terá de pactuar sobre a guarda destes tanto o já adotado como o adotando, são filhos na mais profunda acepção do vocábulo, pois o sentimento dedicado àquela criança ou adolescente em nada difere daquele que se tem por um filho biológico.

Segundo, Amin (2001, p. 257), “a paternidade adotiva fundamenta-se nos mais fortes alicerces do relacionamento humano: consentimento, afeição, amor e responsabilidade”.

Sendo assim, esta paternidade só firmará suas raízes nos corações dos envolvidos, se houver o convívio, que deverá ser mantido após o fim do relacionamento dos pais.

### 6.3 ADOÇÃO À BRASILEIRA

Muito utilizada no Brasil num passado recente a adoção à brasileira designa uma forma de procedimento que desconsidera os trâmites legais do processo de adoção.

Este procedimento consiste em registrar como filho biológico criança ou adolescente, sem que ele tenha sido concebido, bem como, ignorando os preceitos legais. Para a Associação de Magistrado Brasileiro na Cartilha de Adoção descreve que (BRASILEIROS, 2009, p. 17),

O que as pessoas que assim procedem em geral desconhecem é que a mãe biológica tem o direito de reaver a criança se não tiver consentido legalmente a adoção, ou se não tiver sido destituída do poder familiar. Sob esta perspectiva, a tentativa de burlar uma etapa necessária para adquirir legitimidade jurídica, acreditando ser o modo mais simples de se chegar à adoção, acaba por tornar-se a mais complicada.

Portanto este caminho usado para atropelar as regras existentes no processo de adoção, torna-se insegura e falível.

Também ocorre com frequência no Brasil de um companheiro registrar o filho da mulher, como se fosse seu descendente, tal atitude é tipificada em nosso ordenamento jurídico como crime prescrito no artigo 242 do Código Penal, mas não tem havido condenações, pela motivação afetiva que envolve esta prática. Neste caso, quando se finda o vínculo afetivo dos genitores, muitos pais buscam a desconstituição do registro por meio de ação anulatória de paternidade para se eximir das obrigações alimentícias, porém a jurisprudência passou a não admitir a anulação do registro com base na voluntariedade do ato denominado de adoção a brasileira, considerando esta atitude com irreversível, admitindo apenas quando houver vício de vontade, se não há vício de vontade não cabe anulação.

### 6.4 ADOÇÃO PRONTA

Esta modalidade de adoção, também denominada de *intuito personae*, oferece à mãe biológica a oportunidade de escolha a quem vai entregar seu filho para criá-lo. Muitas vezes a mãe biológica procura a vara da infância e da juventude na Campânia do pretendente à adoção, para regularizar uma situação que já esteja acontecendo de fato. Este direito de preferência, está em desacordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente que determina no artigo 50 que em cada Comarca ou foro regional, haja registro de crianças e adolescentes em condição de serem adotados e de pessoas interessadas em adotar (PLANALTO, 1990, p. 946)

Artigo 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condição de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

Este assunto é bastante discutido na doutrina Pátria, pois há Doutrinadores que desaconselham a prática desta modalidade, pois entende ser difícil avaliar se a escolha da mãe é voluntária ou foi induzida, se os pretendentes à adoção são adequados, além da possibilidade de uma situação de tráfico de crianças.

## 6.5 ADOÇÃO TARDIA

A modalidade adoção tardia refere-se à adoção de crianças maiores ou de adolescentes, traz a concepção de uma adoção fora do tempo apropriado, dando relevante força ao preconceito de que adoção é apenas para crianças recém nascidas. Este pensamento também nos remete a uma ideologia arcaica, e conseqüentemente a uma urgência na colocação da criança ou adolescente em família substituta.

Segundo Associação de Magistrados Brasileiros na CARTILHA ADOÇÃO PASSO À PASSO, (2009 p. 11), “o aspecto mais pernicioso do prolongamento da espera da criança por uma família diz respeito ao período em que ela permanece em situação jurídica e familiar indefinida”.

Desse modo, deve-se dar às criança maiores ou adolescente o tempo necessário para se adequar a essas mudanças psíquicas, pois em via de regra são elas que trazem consigo histórias de laços e quebras que merecem ser muito bem analisados.

## 6.6 ADOÇÃO INTERNACIONAL

Denomina-se adoção internacional a adoção de crianças ou adolescentes por estrangeiros, estando esta condicionada em nosso ordenamento jurídico à aprovação pelas Comissões Estaduais Judiciárias de adoção internacional - CEJAI, que funcionam junto aos Tribunais de Justiça de cada Estado e do Distrito Federal, compete à CEJAI organizar e conservar o registro centralizado de dados onde obrigatoriamente devam constar a lista com os nomes das pessoas estrangeiras, para serem avaliados quanto à idoneidade moral, deve também organizar a lista com os nomes das crianças ou adolescentes disponíveis para adoção internacional, bem como, informar as agências de adoção autorizadas.

## 6.7 HOMOPARENTAL

Cada vez mais intenso o debate no Brasil e no exterior a respeito da adoção por casal homossexual, um tema extremamente delicado, que torna veementes as discussões, com críticas recíprocas entre os adeptos de cada corrente.

A primeira corrente ressalta que o obstáculo para a adoção por casal homoafetivo viola o princípio constitucional da igualdade. Entende essa corrente não haver nenhum impedimento legal na adoção por parte de casal homossexual, tendo em vista não ser condição nem requisito a preferência sexual. Ademais, independente de previsão legal, relatos de psiquiatras e psicólogos demonstram que a orientação sexual dos pais não influencia os filhos. Para essa corrente, o legislador perdeu preciosa oportunidade para, modernizando a legislação, regulamentar o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e com isso estender-se tal decisão ao instituto da à adoção por casal homossexual.

Para a segunda corrente, composta de representantes do seguimento conservadores da sociedade, a resposta a esta pergunta é negativa, pois não há possibilidade atual de realização de adoção por parte de casal de pessoas do mesmo sexo. Defende esta corrente que tal tipo de

união não é casamento e não caracteriza a união estável no sentido atual que lhe empresta a Lei, pois a forma de convivência entre pessoas heterossexuais pode ser transformada em casamento, o que não ocorrerá com a união homossexual. Entende-se tal corrente que não há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 6.8 ADOÇÃO *POST MORTEM*

A adoção póstuma, disciplinada no § 6º do artigo 42 da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que é a que se concede após a morte do adotante, desde que este tenha tido condições de manifestar, de forma inequívoca, seu desejo de adotar (PLANALTO 1990, p. 945).

Art. 42.

[...]

§ 6º a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Esta modalidade de adoção só passou a figurar em nosso direito após o advento da Constituição Federal de 1988, com a implementação da adoção judicial, a adoção é ato de amor, que acontece nos corações do adotante e do adotado, ocorrendo anterior e independentemente do ato judicial que faz produzir os efeitos jurídicos, sendo justo e apropriado a probabilidade da ocorrência da adoção póstuma pois, com a morte prematura do adotante no curso do processo, ficava o filho desprovido não só do direito à sucessão, mas especialmente do reconhecimento judicial da filiação, já, de fato, efetivamente estabelecida, retornando ao anterior estado de abandono em que se encontrava.

#### 6.9 NACITURO

A legislação atual, diferentemente do código civil de 1916, não faz menção à adoção do nascituro. A despeito das diversas opiniões, não mais cabe tal modalidade de adoção, pois para o Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é pessoa que tem de zero a doze anos incompleto de idade, logo, já nascidos. Esta definição com certeza não diz respeito ao nascituro, mesmo porque não a certeza de sua sobrevivência ao parto. Pelo espírito do instituto, não se pode sujeitar a adoção a fato futuro e incerto, como é o referente ao nascimento de pessoa em gestação. Outro requisito para a concretização da adoção é o estágio de convivência.

#### 6.10 MAIOR IDADE

Extinto com grande acerto pelo legislador à esdrúxula figura da adoção por escritura pública para maiores de 18 anos de idade, prevista no Código Civil de 1916, portanto não mais existem modalidades diversas de adoção em função da idade do adotando. Com o novo texto constitucional, passa-se a ter aplicação efetiva do princípio da igualdade, havendo o mesmo critério para o instituto da adoção de todas as pessoas não importando a diferença de idade do adotando, bem como se dando efetiva aplicação ao disposto no artigo 227, § 5º, da

Constituição Federal, que determina que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei (BRASIL, 1988, p. 82).

Art. 227.

[...]

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiro.

## **7 INOVAÇÕES DA LEI 12010/2009**

### **7.1 PARTE GERAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

A Lei 12.010/09 inovou de maneira significativa o Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo em seu bojo um aperfeiçoamento na metódica prevista, garantindo o direito a convivência familiar a todos os menores. A seguir, esclareceremos algumas inovações da citada Lei elencada na parte geral do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em primeiro lugar, notamos uma suavização dos termos utilizados para designar crianças e adolescentes, para a maioria da doutrina o legislador preocupou-se em abrandar todos os termos pejorativos usados para referirem-se aos menores, excluindo declarações inapropriadas como, por exemplo, delinquente.

Em seguida, vemos a adequação de todos os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à maioridade civil e penal, uma vez que seu público alvo abrange as crianças, com até 12 anos incompletos e adolescentes, com 12 a 18 anos incompletos. Outra mudança relevante é substituição da expressão pátrio poder por poder familiar. Doutrina majoritária define poder familiar, como sendo um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, nas mesmas condições por ambos os pais, para que possam exercer as responsabilidades imposta pela norma jurídica, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Esta expressão nos leva a uma época em que a sociedade era patriarcal, e todo comando familiar era executado peculiarmente pelos homens.

Tal expressão perde o sentido após o advento do princípio da igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher instituída pelo artigo 5º, I e artigo 226, § 5º da Constituição Federal, assegurando a ambos os genitores, sem distinção o poder familiar.

Inovou a Lei em comento ao incluir no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, os §§ 4º e 5º o atendimento psicológico durante a gestação (PLANALTO, 1990, p. 941).

Art. 8º.

[...]

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

O fundamento para esse entendimento é que a proteção à vida e à saúde do menor inicia-se desde a sua concepção, garantindo atendimento pré e perinatal às gestantes, também previne ou diminui o estado puerperal, inclusive àquelas gestantes que manifestarem interesse em entregar seus filhos à adoção.

Modificou também a citada Lei o Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre o programa de acolhimento familiar ou institucional, procurando manter o convívio do menor em regra com a família biológica, sendo a colocação em família substituta apenas em caráter excepcional, submetido a cada seis meses a avaliação, através de relatório multidisciplinar que servirá de base para a decisão judicial. Ao incluir o parágrafo único no artigo 25 do ECA, inovou, quanto ao surgimento da família extensa ou ampliada, composta por parentes próximos, com os quais o menor convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, estendendo-se para além da unidade pais e filhos ou da unidade exclusiva do casal. Temos ainda, os aspectos regulamentadores da família substituta, com o advento da lei, ora comentada, o Legislador procurou reforçar o cuidado para inserir um menor em família substituta.

Também inovou o Legislador no que diz respeito ao estágio de convivência do menor com a nova família. Dispensando a obrigatoriedade do estágio, se o menor já estiver sob a guarda ou tutela do adotante pelo prazo suficiente que comprove afinidade do adotando com a família do adotante, que cumpra pelo menos 30 dias de estágio de convivência em território nacional, caso o adotante resida no exterior e que o acompanhamento do estágio se faça através de equipe interprofissional, cabendo a esta elaborar relatórios sobre a adaptação do menor na família do adotante, para supervisão da justiça. No que se refere ao registro da sentença de instituição do vínculo da adoção que ocorre após o deferimento da adoção através de sentença judicial, instituiu a presente Lei algumas regras.

Desse modo, Lopes e Ferreira no artigo jurídico, A Lei 12010/2009 E AS INOVAÇÕES NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, denomina essas regras como sendo:

- 1 - Opção de escolha de registro no Cartório de Registro Civil do local em que resida o adotante;
- 2 - Ausência de averbação no Registro de Nascimento do respectivo ato, por se tratar de vínculo familiar originário;
- 3 - Inclusão do nome do adotante, bem como a possibilidade de modificação do prenome do adotado mediante requerimento do próprio adotado ou do adotante, ocasião em que será obrigada a oitiva do menor adotado, considerando-se ainda, neste caso, seu grau de desenvolvimento e compreensão;
- 4 - Os efeitos da adoção ocorrerão a partir do trânsito em julgado da sentença judicial, exceto na hipótese de falecimento do adotante durante o curso do processo judicial, onde os efeitos retroagirão à data do óbito;

5 - Armazenamento dos processos judiciais relativos à adoção para possibilidade de consulta a qualquer tempo (LOPES; FERREIRA 2010, p. 07).

A presente Lei inovou também, quanto ao acesso irrestrito ao adotado acerca do processo judicial, embora em discordância com a doutrina majoritária, que entende que essa inovação possa vir a desmotivar a adoção. Esta inovação garante o pleno conhecimento pelo adotado sobre todo assunto que envolva seu processo de adoção, antes do advento da Lei 12.010/2009 este conhecimento era apenas em caráter subjetivo na sociedade.

Procurou o Legislador inovar esclarecendo a preferência da adoção por nacionais, exigindo-se, inclusive, prévia consulta de adotantes interessados com residência permanente no Brasil, quando da hipótese de interesse postulado por estrangeiro. Bem como, prioriza aos brasileiros que residem no estrangeiro, preferência por adoção em face de estrangeiros, além de constituir meticuloso processo para a realização da adoção internacional.

## 8.2 INOVAÇÕES DA PARTE ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

De igual modo, o diploma legal em comento não omitiu mudanças significativas, quanto à ameaça de violação dos direitos da criança e do adolescente, regulamentando a política de atendimento ao menor na parte especial do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já prevalece em nosso ordenamento jurídico a prática do princípio da proteção Integral e política de atendimento do menor, mas com o advento da Lei em apreço estes princípios foram dilatados, contando agora com duas novas disposições as políticas para prevenção e abreviação do tempo de afastamento da família, além da garantia de convivência familiar; define também a integração funcional de órgãos a fim de tornar mais eficiente a reintegração à família ou colocação em família substituta e a mobilização da opinião pública para a participação nos mais diversificados seguimentos da sociedade.

Segundo, Lopes e Ferreira no artigo jurídico, A Lei 12010/2009 E AS INOVAÇÕES NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, essas mudanças tornou mais célere e eficiente os processos envolvendo crianças e adolescentes.

Por sua vez, a política de atendimento se sustenta em diretrizes, também, ampliadas pela Lei 12.010/09, sendo agora previstas a integração operacional de órgãos a fim de tornar mais célere a reintegração à família ou colocação em família substituta e a mobilização da opinião pública para a participação nos diversos seguimentos da sociedade (LOPES; FERREIRA 2010, p. 09).

No que tange as ações de política públicas, prescreve a presente Lei sobre a proteção especial para a criança e adolescente que tenha seus direitos ameaçados ou violados em sua integridade física, psicológica ou moral, quando então são recolhidos em instituições conhecidas como casa lar, abrigo institucional e casa de passagem. Tais medidas de proteção são aplicáveis a crianças e adolescentes que tiverem seus direitos violados ou ameaçados

Como visto tais medidas são aplicáveis a crianças e adolescentes que tiveram seus direitos violados ou ameaçados, ao alterar o estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 12.010/09 inovou criando princípios que regem a sua aplicação, entre outros pode-se citar a condição dos menores como sujeitos de direito, proteção integral e prioritária, responsabilidade primária e solidária do poder público, interesse superior da criança e do adolescente, privacidade, intervenção precoce, intervenção mínima, proporcionalidade e atualidade, responsabilidade parental, prevalência da família, obrigatoriedade de informação e oitiva obrigatória e participação.

Dissertando o assunto, Lopes e Ferreira no artigo jurídico, A Lei 12010/2009 E AS INOVAÇÕES NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, assim prescreveu:

Tais princípios regem a sua aplicação, são eles: condição dos menores como sujeitos de direito, proteção integral e prioritária, responsabilidade primária e solidária do poder público, interesse superior da criança e do adolescente, privacidade, intervenção precoce, intervenção mínima, proporcionalidade e atualidade, responsabilidade parental, prevalência da família, obrigatoriedade de informação e oitiva obrigatória e participação (LOPES; FERREIRA 2010, p. 10).

A presente Lei, também inovou ao que se refere ao processo judicial, trazendo previsão de prioridade absoluta na tramitação de processos, nos casos de ação de perda ou suspensão do poder familiar incluíram-se preceitos com vistas a acautelar o procedimento, oitiva de testemunhas, representação por órgão responsável quando os pais forem indígenas, estudo social ou perícia, oitiva do menor, oitiva dos pais, limitação do prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para que seja concluído o processo.

## **9 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O instituto da adoção discutido no mundo desde os seus primórdios, passando por todas as civilizações do mundo antigo, médio, moderno e contemporâneo, teve seu ápice no direito romano e ganhou grande relevância a partir de 1804 com o código civil de Napoleão, tendo este servido de base para as demais legislações de quase todo mundo. No Brasil foi citado ainda que de maneira superficial nas Ordenações Filipinas, que vigoram em nossas terras após a Independência. Disciplinado oficialmente no código civil de 1916, ganhando destaque e relevância a partir do advento da Constituição Federal de 1988, ampliado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

O presente trabalho foi realizado com intuito de melhor divulgar o instituto da adoção, sua evolução histórica, seu conceito, natureza jurídica e suas modalidades. Foi analisado ainda que de maneira superficial o princípio da isonomia entre filho adotivo e filho natural, destacando sua importância na aplicação, seus direitos e deveres e sua concordância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente;



Também trouxe considerações quanto às modificações trazidas pela Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009, no que se refere ao instituto da adoção, bem como as alterações na parte geral e especial do Estatuto da Criança e do Adolescente.

E por fim, disciplinou os aspectos significativos da Lei 12010 de 03 de agosto de 2009 suas alterações na parte geral e especial do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desse modo conclui-se o presente trabalho.

Conclui-se então, que a pesquisa respondeu ao problema, quando também responde o objetivo geral e os objetivos específicos, quanto ao princípio da isonomia entre filho adotivo e filho natural e as inovações da Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009.

A hipótese foi aceita quando através do referencial teórico foi apresentado os fundamentos legais através da Constituição Federal da República de 1988, e demais Legislações vigentes sobre o tema e os entendimentos doutrinários.

## 10 REFERÊNCIAS

1. Amin, Andréa Rodrigues; LEITE, Heloisa Maria Daltro. Novo Código Civil: Livro IV, Direito da Família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 237 – 241.
2. BRASILEIROS, Associação dos Magistrados. **Adoção Passo a Passo**. Disponível em: <http://www.projetorecriar.org.br/main/adocaopassoapasso.pdf>. acesso em: 04 maio. 2011.
3. BRASIL. **Código Civil (Lei nº 10.406 de 10.01.2002)** . Vade Mecum Acadêmico de Direito: coleção de leis RT. Org. por Antonio Belinelo. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.
4. \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
5. \_\_\_\_\_. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/DetailhaDocumento.action?id=134377&titulo=DEC%2099710%20de%2021/11/1990%20-%20DECRETO>. Acesso em 21 nov. 2011.
6. \_\_\_\_\_. Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 21 junho. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3087.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm). Acesso em 21 nov. 2011.
7. \_\_\_\_\_. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. Vade Mecum. Acadêmico de Direito: coleção de leis RT. Org. por Antonio Belinelo. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.
8. \_\_\_\_\_. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção e da outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília 04 de ago.

2009.disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm). Acesso em 21 nov. 2011.

9. \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 4277, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.132. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>. Acesso em 21 nov. 2011.

10. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 433 – 439.

11. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 506.

12. LOPES, Jacqueline Paulino e FERREIRA, Larissa Monforte. A Lei 12.010/2009 e as inovações no Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.metodista.br/gestaodecidades/publicacoes/artigos/sippi-2010-2/A%20Lei%2012010.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2011.

13. SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**: 16. ed. Atualizado por Nagib Slaidi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro, 1999, p. 40.

14. TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**: Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 149.

15. WOLD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro vol. IV**: 8º ed., Revista Ampliada e Atualizada. São Paulo: RT, 1991, p. 183.

## **DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE**

Antonio Alves de Souza Filho<sup>23</sup>

### **RESUMO**

Com a promulgação da nova carta constitucional de 1988 o Direito pátrio passou apresentar originais expectativas materiais, já que a nova ordem jurídica brasileira de um Estado Democrático de Direito se fundamentou na dignidade da pessoa humana e na igualdade das pessoas (igualdade material), princípio da isonomia. Esta igualdade material trazida pelo constituinte originário, fez com que os intérpretes dos direitos e deveres individuais e coletivos esquadrihassem uma interpretação a dar efetividade a estas garantias, pilares do Estado novo. Foram dadas novas interpretações, das quais esta “interpretação axiológica” foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. Tendo hoje, estes princípios já consagrados, como certificamos o princípio do devido processo legal substancial, do mesmo modo, os da proporcionalidade e da razoabilidade. Para o alcance dos objetivos deste trabalho foram utilizadas pesquisas exploratórias e explicativas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios constitucionais. Processo. Igualdade. Isonomia.

### **ABSTRACT**

With the promulgation of the new constitution of 1988 became law paternal submit original material expectations, since the new legal order of a Brazilian Democratic State relied on human dignity and equality of persons (material equality) principle of equality. This material equality brought by the original constituents, caused the performers' rights and individual and collective duties sift interpreted to give effect to these guarantees, pillars of the state again. Were given new interpretations, of which this "axiological interpretation" was pacified by the Supreme Court. Having today, these principles already, as certify the principle of substantive due process, likewise, the proportionality and reasonableness. To achieve the objectives of this work were used exploratory and explanatory.

**KEYWORDS:** Constitutional principles. Procedure. Equality. Equality

## **1 INTRODUÇÃO**

O devido processo legal é uma garantia fundamental dos direitos individuais, conforme proclama o art. 5º, inciso LIV, da CF de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal substancial é o princípio que reúne todos os demais, daí a importância de todas as garantias constitucionais tanto nos processos judiciais quanto nos

---

<sup>23</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

administrativos. Pilares do Estado Democrático de Direitos, onde este Estado comunga com a Ordem Internacional de direitos do homem, os princípios são fontes das garantias de seus membros, onde nestes, se manifestam na ordem constitucional democrática de direitos.

Um desses princípios é o da Isonomia onde, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”<sup>24</sup>. De forma substancial, ou seja, para garantir a isonomia, é preciso tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade nos termos da constituição.

Com a constituição cidadã de 1988 os princípios e os direitos fundamentais ganharam maior relevância no ordenamento jurídico, com a doutrina e a jurisprudência dando base para a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para a sua devida aplicação nas resoluções dos conflitos, dando assim, a eficácia da igualdade substancial.

## 2 ORDENAMENTO JURÍDICO E DIREITO CONSTITUCIONAL

O ordenamento consiste no sistema jurídico Brasileiro que constituiu o Estado democrático de direito. A CF de 1988 com seus princípios, fundamentos e garantias, todos os demais códigos, leis específicas e esparsas, bem como a doutrina e a jurisprudência, são fontes de direitos.

O Estado Soberano, o qual através do poder de legislar outorgado pelo seu povo aos representantes, do poder constituinte originário e reformador ao derivado, para que em seu nome elaborem e aprovam leis que regulam todo o funcionamento do Estado, desta forma, impondo ordens e limitando direitos para garantir a todos seus membros o bom funcionamento da sociedade, seus direitos e garantias individuais e coletivos, com efetiva aplicabilidade.

Este sistema é regido por seus princípios e fundamentos constitucionais, fundamentado no artigo 5º, parágrafo único, da CF que diz: “todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.

Observa Silva (apud SILVA, 2006),

O Direito Constitucional configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política.

No sistema jurídico há uma hierarquia, nesta, a CF sobrepõe todas as outras normas infraconstitucionais. No topo da pirâmide, a Carta Magna, com seus princípios e fundamentos foi a que deu início ao Estado com o poder constituinte originário com todas as garantias, já que desta sobrevivem a constitucionalidade das demais que tem de corresponder fielmente com todos os seus preceitos princípio lógicos primários. Contudo, mesmo sendo dividido em

---

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

ramos especificados, o direito é unificado e a divisão é didática, para melhor tratar seu estudo e aplicação em ramos específicos.

### **3 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO**

Os princípios são fontes onde se manifestam o nascimento dos direitos, bem como, todo ordenamento jurídico de um Estado. Portanto, servem tanto para orientar os operadores do direito, quanto para iluminar o legislador na criação da lei.

Pontifica Sússekind (apud VIEIRA, 2010) que:

Princípios são enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões.

O renomado jurista Arnaldo Sússekind é citado por muitos estudiosos da ciência jurídica em sua explicação sobre os princípios no direito. Sua definição tem contribuído muito para entender tanto seus significados, quanto sua força normativa para a devida aplicação como de direito material. Sússekind ainda esclarece que assim como o intérprete na prática forense, o legislador é iluminado quando da elaboração das leis.

Não obstante, a magna lição de Nascimento (2007, p. 110) assegura que: “princípios jurídicos são valores que o direito reconhece como ideias fundantes do ordenamento jurídico, dos quais as regras jurídicas não devem afastar-se para que possam cumprir adequadamente os seus fins”.

Valores estes, fundamentais para todo ordenamento jurídico, pois são estes que indicam por onde devem trilhar os legisladores quando da elaboração das leis.

Os princípios são de aplicação imediata. O art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro nos permite esta aplicação. “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

### **4 DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O inciso LIV, do art. 5º da CF de 1988 diz que, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esta garantia só ganhou *status* constitucional em nosso ordenamento, com o constituinte originário quando do nascimento do estado novo. Estado democrático de direito.

“A essência do substantivo *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Assim é que o devido processo legal substancial (ou material) deve ser entendido como uma

garantia do trinômio “vida-liberdade-propriedade”, através do qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social. Tal garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis” (CÂMARA, 2008, p. 35).

O devido processo legal substancial é uma garantia do trinômio “vida-liberdade-propriedade”, só podendo ser submetidas às normas razoáveis, que atendem o que a sociedade espera. Logo, isto é o princípio da razoabilidade. É o povo se protegendo do próprio Estado ou de sua arrogância. Daí esta garantia fundamental dos direitos individuais.

#### 4.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL NO DIREITO PÁTRIO

O devido processo legal substancial no Direito Brasileiro está nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destes são extraídos a interpretação axiológica para devida aplicação, tanto nos processos judiciais quanto administrativos. O inciso LIV, do art. 5º, da CF diz que, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esta garantia veio com a promulgação da nova Carta Constitucional de 1988, que até então não despojava das garantias constitucionais. Todavia, esta veio juntamente com outras seguranças no Estado Democrático de Direito, assim como, o princípio da isonomia, art. 5º *caput*, da CF, diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Esta forma substancial ou material, assim, trata os iguais com igualdade e os desiguais de acordo com suas desigualdades.

No Direito Processual Pátrio, a nova Carta Constitucional de 1988, os princípios passaram ter maior relevância com a “interpretação axiológica”, uma interpretação valorativa, os princípios tiveram aplicação exigidas pelo constituinte originário. A doutrina com esta “interpretação axiológica” defendida pela doutrina e consagrada pela jurisprudência. Sendo hoje notória sua interpretação, bem como, a devida aplicação nos processos judiciais e administrativos.

Dos princípios constitucionais do Direito processual, o mais importante sem sombra de dúvida, é o do devido processo legal. Consagrado no inciso LIV, do art. 5º, da constituição da república, este princípio é, em verdade, causa de todos os demais.

O princípio do devido processo legal reúne todos os demais, assim como da isonomia e do contraditório, todos estão incluídos nestes. Segundo o autor, mesmo se não estivessem expressos, mesmo assim, estariam presentes. Isto mostra que no Estado Democrático de Direito com todos os direitos e garantias individuais e coletivos.

### 5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

Com a Constituição Cidadã de 1988, os princípios e os direitos fundamentais ganharam maior relevância no ordenamento jurídico brasileiro, com a doutrina e a jurisprudência dando base para a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para a sua devida

aplicação nas resoluções dos conflitos, produzindo assim, a eficácia da igualdade substancial, por meio da interpretação axiológica, amparada numa filosofia de valor.

Em sua doutrina Lenza (apud Bonfim, 2010) esclarece:

o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Isto é, um processo justo e como princípio geral de direito, exigido em todos os processos, sejam, processuais ou administrativos.

A interpretação axiológica permite o valor através desta explicação substancial, justa, proporcional e razoável. Em cada situação fática e atual, onde nesta, se busca uma finalidade. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas são formalmente iguais ou diferentes em razão da idade, do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire relevo material na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve.

Trata-se de princípio extremamente importante, especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados.

Como parâmetro, pode-se destacar a necessidade de preenchimento de três importantes requisitos:

- Necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;
- Adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;
- Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Pode-se falar em máxima efetividade e mínima restrição.

## 5.1 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Em sua obra teoria dos princípios além de fazer uma diferenciação entre princípios e normas o doutrinador, Ávila chama-os de postulados específicos dando assim a devida estimação para a ciência jurídica que estes princípios concebem.

A Constituição Brasileira é sistema jurídico aberto cujas regras e princípios transcendem o sentido axiológico e teleológico das normas constitucionais e sua conexão com a realidade.

A contradição entre o real e o ideal denega um mal que inviabiliza a concretização dos direitos fundamentais, transmutando o compromisso constitucional assumido em promessas.

A Interpretação constitucional é uma técnica de hermenêutica que busca a eliminação de um vício jurídico maligno, e permite a atualização do direito pré-constitucional, através da interpretação prospectiva das normas que o compõe, investido do real conteúdo axiológico-teleológico da Constituição.

O envolvimento com as questões sociais das normas constitucionais renova todo o sistema jurídico e seus operadores, para atualização no entendimento do desenvolvimento da sociedade e suas necessidades<sup>25</sup>.

A interpretação axiológica que germinou a partir da nova constituição de 1988, estes postulados específicos (princípios razoabilidade e proporcionalidade), transpôs interpretação axiológica, “interpretação filosófica de valor” dando a devida aplicabilidade às garantias individuais, bem como, os princípios gerais de direito. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes.

## 5.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas às situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivos do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às vantagens provocadas pela adoção do meio?).

O postulado da proporcionalidade cresce em importância no direito Brasileiro. Cada vez mais, ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público. O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Desta forma e cada vez com mais afinco, é que está sendo exigido no direito pátrio.

---

<sup>25</sup> DIAS, Joana Soleide. **A necessidade de uma interpretação axiológica da constituição**. 04/06/2011. Disponível em: <<http://direitoinblog.blogspot.com/2011/06/necessidade-de-uma-interpretacao.html>>. Acesso em: 21 out 2011.



### 5.3.1 DISTINÇÃO ENTRE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Muitas vezes vê-se operadores do direito ao citar estes postulados, apresentá-los como sinônimos, entretanto, os dois além de trazerem significados diferentes, são usados em situações diferentes.

A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove o fim.

Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade. É o que passa a demonstrar.

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais subjacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas.

Na primeira hipótese princípios constitucionais subjacentes impõem verticalmente determinada interpretação, pelo afastamento de motivos arbitrários. Inexiste entrecruzamento horizontal de princípios, ou relação de causalidade entre um meio e um fim.

Na segunda hipótese exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está aqui, analisando a relação entre o meio e fim, mas entre critério e medida. Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma relação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva o fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e medida adotada, há uma relação de qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela.

### 5.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo estado de igualdade como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de

diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)<sup>26</sup>.

Esta obra de Humberto Ávila coopera em muito na compreensão deste postulado da igualdade de tamanha distinção no Estado Democrático de Direitos (Estado Social).

Para chegar à igualdade material é preciso um “critério-medida” diferenciador, para dar efetividade e assim tratar os iguais com igualdade e desiguais com desigualdade, já que a igualdade por si só não diz nada. Um exemplo do processo na justiça do trabalho é a lei processual trabalhista dar superioridade jurídica ao obreiro para contrapor a superioridade econômica do empregador. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas são formalmente iguais ou diferentes em razão da idade, do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire relevo material na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve. Por tanto, essa diferenciação somente adquire relevo material na medida em que lhe agrega uma finalidade, por isso a finalidade no direito é dar tratamento proporcional a situação de cada um de acordo com a situação fática e atual dentro da sociedade, em especial no momento em que for praticado os atos processuais ou administrativos. Já que o devido processo legal substancial se aplica a todos os processos.

No direito processual, ou melhor, o devido processo legal substancial e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, esta “interpretação axiológica” tem sua maior importância, porque é através desta interpretação que os operadores do direito conseguirão dar efetividade ao devido processo legal substancial.

## 6 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

A CF classifica, no Título II, os direitos e garantias fundamentais nos seguintes grupos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direito de nacionalidade, direitos políticos, e partidos políticos<sup>27</sup>.

## 7 DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Na prática forense, todos devem buscar por estas garantias que de alguma forma asseguram que os direitos não sejam ameaçados, tão pouco lesados.

As garantias constitucionais na acepção lata dizem respeito à manutenção da eficácia e proteção da ordem constitucional contra

<sup>26</sup> ÁVILA, apud PIRES, Diego Bruno de Souza. **Princípio da Igualdade**. [s.d.]. Disponível em: <[http://artigos.netsaber.com.br/resumo\\_artigo\\_4695/artigo\\_sobre\\_o\\_pincipio\\_da\\_igualdade](http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_4695/artigo_sobre_o_pincipio_da_igualdade)>. Acesso em: 13 out. 2011.

<sup>27</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

fatores que possam colocá-la em risco, por exemplo, situações de crises do sistema político.

Por outro lado, as garantias constitucionais em acepção estrita, buscam proteger de forma direta ou indireta os direitos fundamentais - subjetivos através de remédios jurisdicionais hábeis a combater a violação de direitos fundamentais.

É de importante ressaltar, ainda, a existência das Garantias Institucionais, modalidade autônoma protetiva, assim caracterizada modernamente pelo jurista alemão Carl Schmitt. Este ramo de garantias confere proteção constitucional a algumas instituições reconhecidas como fundamentais pela sociedade, bem como a certos direitos fundamentais de caráter institucional<sup>28</sup>.

As garantias não estão somente na Carta Maior, mas também, nos princípios e normas consuetudinárias (direito dos costumes), e todas buscam proteger direitos. "As garantias constitucionais em acepção estrita buscam proteger de forma direta ou indireta os direitos fundamentais – subjetivos através de remédios jurisdicionais hábeis a combater a violação de direitos fundamentais"<sup>29</sup>.

## 8 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem caráter de norma constitucional, à mercê de sua positivação na Lei Maior. São direitos fundamentais na medida em que estão insertos no Texto Constitucional, tendo passado por declaração do Poder Constituinte para tanto, com fundamento no Princípio da Soberania Popular. *A priori*, tais direitos possuem eficácia e aplicabilidade imediata, situação que pode ser mitigada conforme os critérios de razoabilidade e proporcionalidade previstos na lei ou a serem arbitrados em determinado caso concreto. Mesmo se estiverem fora do art. 5º da CF, todavia, estarão no texto da Carta Maior. Estes direitos emanam da outorga dada ao legislador, pelo povo, no termo da constituição, parágrafo único, do art. 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição”<sup>30</sup>.

As garantias como instrumento de efetivação dos direitos nos pilares da constituição federal distribuídos por toda carta e fora desta, não apenas no art. 5º, ou mesmo em outras garantias, “são características dos direitos fundamentais: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, concorrência, efetividade, interdependência e complementaridade”<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> FOERSTER, Gabriele. **Direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988**. [s.d.]. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/31313>> Acesso em: 23 out. 2011.

<sup>29</sup> FOERSTER, Gabriele. **Direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988**. [s.d.]. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/31313>> Acesso em: 23 out. 2011.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>31</sup> FOERSTER, Gabriele. **Direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988**. [s.d.]. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/31313>> Acesso em: 23 out. 2011.

Estas características representam porque são chamadas de cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser suprimidas pelo legislador. Entretanto, as garantias podem ser ampliadas pelo legislador, contudo, jamais diminuídas.

Como manifestou o STF, corroborando a doutrina mais atualizada, que os direitos e deveres individuais e coletivos não restringem ao art. 5º da CF/ 88, podendo ser encontrado ao longo dos textos constitucionais, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.<sup>32</sup>

Pedro Lenza relata além de todo o que estiver expresso, os tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte. No art. 5º, § 3º, da CF diz que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

## **9 À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AOS PROCESSOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS**

Administração pública regida por seus princípios preponderantes de sua natureza pública que tem finalidade específica a cumprir sua função social. Estas estão tanto na CF, quanto em leis esparsas, regimentos, portarias, decretos e outros regulamentos, mas obedecendo sempre seus princípios que visam atender o bem comum e fim social.

A administração pública além de seus princípios próprios albergados no art. 37 da CF, também deve fielmente atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, onde diz que “a administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”<sup>33</sup>. À Administração Pública no exercício do seu “poder dever”, tem que de modo exemplar, na prática de seus atos, aplicar todos os princípios visando atender o fim social e o bem comum.

## **10 PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DA IGUALDADE**

De acordo com Araujo; Nunes Júnior (apud LENZA 2011, p. 876):

o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma

<sup>32</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>33</sup> BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 jan. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 23 out. 2011.

igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

Nesta busca da igualdade, o autor, mostra que para atingir a igualdade material albergada no Estado Democrático de Direito, é preciso tratar os iguais com igualdade e os desiguais de acordo com suas desigualdades, para dar efetividade ao Estado Social.

Com a promulgação da nova carta magna de 05 de outubro de 1988 e a substituição de seus membros no decorrer das duas primeiras décadas do Estado democrático de direitos, dando assim nova conjuntura a estas cortes, os tribunais superiores, que em seus julgados tem confirmado com amplitude à aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade por meio de interpretação axiológica. Os julgados das cortes superiores tem cotidianamente afirmado a interpretação axiológica em suas decisões, tanto nas relações processuais quanto nas administrativas e legislativas, como exemplo do julgado do STF.

## 11 DO SISTEMA PROCESSUAL

O sistema processual mesmo com suas garantias fundadas nos pilares da constituição ainda não estaria atingindo seus principais objetivos. Com celeridade processual, aplicando rigorosamente o devido processo legal e ao mesmo tempo, este, de forma justa, proporcional e razoável. Mas, parece que nem todos os ritos, sejam os mais variados ramos do direito pátrio, tem conseguido corresponder a estas garantias da carta magna, da qual nasceu com o Estado Democrático de Direito, com o constituinte originário.

O devido processo legal processual e substancial representa, por todo o exposto, o núcleo central não da relativização (Kazuo Watanabe), mas da integração do binômio direito e processo e procura dar o máximo de eficácia às normas constitucionais para a efetivação do controle dos atos de poder e da igualdade substancial das partes no processo.<sup>34</sup>

## 12 DISCIPLINAS DO DIREITO PÁTRIO EM DESTAQUE

Algumas disciplinas do ordenamento jurídico brasileiro, tem se destacado, até por se tratar de matérias com princípios preponderantes de sua natureza. Como é o caso do Direito do Consumidor e do Direito Processual do Trabalho, que com princípios específicos, com a finalidade de dar efetiva garantia constitucional do princípio da isonomia.

Aos consumidores, diante dos fornecedores que conhece bem todo seu ramo empresarial lucrativo, tem reconhecido por lei específica, o CDC, a sua vulnerabilidade diante dos

---

<sup>34</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido processo legal substancial**. [s.d.].

Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2011.

fornecedores. É a lei, para garantir a igualdade substancial (material), dando tratamentos desiguais aos consumidores na relação de consumo com os fornecedores.

### **13 DIREITO DO CONSUMIDOR**

No caso do Direito do Consumidor, este é tratado como vulnerável diante do fornecedor, desta forma, o consumidor é sempre vulnerável na relação de consumo, quando este, “adquire produto ou serviços como destinatário final”.

O CDC foi um grande exemplo de que a igualdade material, resguardando o princípio da isonomia de que todos são iguais perante a lei, quando aplicada em conjunto com todos os preceitos fundamentais do sistema jurídico basilar constitucionalizado, fez o Estado aproximar-se cada vez mais da sua função social e do bem comum, dos quais são os seus principais objetivos.

Duas mulheres são iguais, quando estas por ocasião, tiverem dado à luz aos seus filhos e receberem salário maternidade (direito previdenciário). Mas, são desiguais, quando uma destas é fornecedora (proprietária de um supermercado) e a outra é consumidora (vulnerável) que adquire produtos como consumidora final, nesta relação consumirista.

### **14 DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**

O Direito Laboral, especificamente na relação processual trabalhista, traz como princípio maior, o *pro operário* ou princípio da proteção do trabalhador, desenvolvido pelo jurista Uruguaio, Américo Pla Rodrigues, sendo o empregado o pólo mais fraco na relação da demanda. Princípio da norma mais benéfica ao empregado.

Ademais, na justiça laboral, reina de forma eficaz o princípio da celeridade processual, onde, à audiência além de ser una e todo o conjunto de atos processuais acontece de forma a dar a celeridade necessária para garantir os direitos do empregado, já que, as verbas trabalhistas têm natureza alimentar, e os trabalhadores em sua grande maioria dependem exclusivamente do seu salário para alimentar-se e garantir o sustento de seus familiares.

A justiça laboral tem seu sistema jurídico próprio e autônomo. Após muitos anos se desenvolveu na história por preceitos basilares na dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e da pessoa, bem como, sua saúde e bem estar social, e é hoje exemplo de que é possível impor ao direito processual de forma específica o acordo com a legislação especial de cada ramo do direito para garantir um processo legal, mas principalmente justo, que é base do Estado Democrático de Direito.

Duas pessoas são iguais para votar em uma eleição, quando da escolha de seus representantes dos poderes executivos e legislativos. Entretanto, são desiguais na relação contratual empregatícia quando um empregado e o outro empregador, este, tem superioridade econômica

e subordinação jurídica sobre aquele. Isto para alcançar a igualdade material, ao empregado é garantido esta superioridade jurídica para colocar em condição de igualdade diante na relação processual no direito do trabalho.

## 15 JUIZADOS ESPECIAIS

Com objetivo de dar celeridade aos processos, surgiram em 1995 os juizados especiais, através da Lei 9099/1995<sup>35</sup>. Sejam eles: JEC (Juizados Especiais Cíveis), e JECRIM (Juizados Especiais Criminais). No JEC, para ações com valores de até vinte salários mínimos. Já o JECRIM, somente nos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles com a pena máxima de até dois anos.

### 15.1 JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Os juizados especiais cíveis nos dias atuais são os mais movimentados em território nacional, até por oferecer aos litigantes agilidade através dos princípios que regem estes juizados, quais sejam: “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação”<sup>36</sup>, que em nenhum outro rito processual não encontram. Contudo, para ter acesso aos juizados, somente às causas de valor até vinte salários mínimos, valor este considerado baixo, o que poderia ser aumentado pelo legislador. Um aumento significativo das causas apreciadas pelo judiciário, tornando-o mais célere.

Ademais, cumpre ressaltar, que, os juizados especiais tem sido a grande diferença nas resoluções dos conflitos sociais nas duas últimas décadas, tanto para celeridade, quanto ao próprio acesso a justiça, tanto discutido no meio jurídico. Os quais não tivessem sido instituídos, estaria o judiciário talvez inoperante com suas funções processuais.

Segundo prescreve o art. 2º da Lei 9.099/1995, “o procedimento nos Juizados Especiais deve pautar-se pelos critérios da “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação”<sup>37</sup>.

## 16 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

---

<sup>35</sup> BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 24 out. 2011.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 24 out. 2011.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 24 out. 2011.

Recentemente foi criado o CNJ pela emenda constitucional de nº 45, em 30 de dezembro de 2004, que incluiu o art. 103-B na Constituição Federal<sup>38</sup>. Este, apesar de ainda ser jovem, já apresenta sinais de que pode melhorar muito o sistema processual pátrio, apenas sendo fiscalizado, e seus agentes acompanhados, bem como seus atos, para averiguar se estão cumprindo suas funções jurisdicionais que foram delimitadas pela lei. Neste pouco tempo de atuação do conselho, o judiciário já mostra um movimento novo, ensejando alguma mudança para que os servidores do judiciário e também os operadores do direito, possam dar a efetiva garantia do devido processo legal de forma substancial, proporcional e razoável.

## 17 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da nova carta constitucional de 1988 o Direito Pátrio passou a apresentar originais expectativas materiais, já que a nova ordem jurídica brasileira de um Estado Democrático de Direito se fundamentou na dignidade da pessoa humana e na igualdade das pessoas (igualdade material) princípio da isonomia. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”<sup>39</sup>.

Ou seja, todos são iguais de acordo com suas desigualdades. Logo o direito deve tratar “os iguais com igualdade e os desiguais com suas desigualdades”. Com esta igualdade material trazida pelo constituinte originário, fez com que os intérpretes dos direitos e deveres individuais e coletivos esquadrinhassem uma interpretação a dar efetividade a estas garantias, pilares do Estado Novo.

Daí foi aos poucos se manifestando a interpretação “axiológica” (“filosofia de valor”) que foi seguida pelos novos juristas que foram assumindo as cadeiras nos tribunais superiores em todo âmbito do judiciário e conseqüentemente foi se dando novas interpretações, das quais esta “interpretação axiológica” foi pacificada pelo STF.

Tendo hoje, tanto os processos judiciais, quanto os administrativos estes princípios já consagrados, como certificamos o princípio do devido processo legal substancial, do mesmo modo os da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como nas decisões e atos da administração pública.

Por derradeiro, importante destacar que os objetivos da pesquisa foram atendidos. Portanto, as hipóteses são verdadeiras, ou seja, o devido processo legal substancial, bem como, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade existe no ordenamento pátrio e tem sua efetiva aplicação.

---

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Palácio do Planalto**. Brasília, 30 dez. 2004. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 24 out. 2011.

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.



## 18 REFERÊNCIAS

1. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
2. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
3. BOMFIM, Bianca Neves. **Alterações no sistema eletrônico do controle de jornada: Portaria 1.510/09. Avanço ou retrocesso? Exigibilidade e necessidade de adaptação**. 01/10/2010. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8544](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8544)>. Acesso em: 10 out. 2011.
4. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
5. \_\_\_\_\_ Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Palácio do Planalto**. Brasília, 30 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 24 out. 2011.
6. \_\_\_\_\_ Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 24 out. 2011.
7. \_\_\_\_\_ Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 jan. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 23 out. 2011.
8. \_\_\_\_\_ Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 9 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm)>. Acesso em: 23 out. 2011.
9. \_\_\_\_\_ Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar no habeas corpus: HC 76521 RJ**. Relator: Min. Presidente. 30/12/1997. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19162871/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-76521-rj-stf>>. Acesso em: 10 out. 2011.
10. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

11. DIAS, Joana Soleide. **A necessidade de uma interpretação axiológica da constituição.** 04/06/2011. Disponível em: <<http://direitoinblog.blogspot.com/2011/06/necessidade-de-uma-interpretacao.html>>. Acesso em: 21 out 2011.
12. FOERSTER, Gabriele. **Direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988.** [s.d.]. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/31313>> Acesso em: 23 out. 2011.
13. 16. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
14. 17. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido processo legal substancial.** [s.d.]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2011.
15. 19. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 33. ed. São Paulo: LTR, 2007.
16. 23. SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade. **Os juros nos contratos de mútuo ao consumidor.** 30/04/2006. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1069](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1069)>. Acesso em: 9 out. 2011.