MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

REVISTA DO CAO CÍVEL

R.CAOCível	Belém	Ano 11	n. 15	p. 1-195	Jan-/dez 2009

REVISTA DO CAO CÍVEL

www.mp.pa.gov.br/caocivel

Catalogação na Publicação (CIP)
Capa: Suelen Nino e Ruth Campos

Revista do Centro de Apoio Operacional Cível / Ministério Público do Estado do Pará, Centro de Apoio Operacional Cível.
Ano 11, N.15, (2009-dez.). Belém: M. M. M. Santos Editora E.P.P., 2009.
Anual
ISSN: 1983-4187
1. Direito. 2. Situações jurídicas passivas. 3. Separação_Divórcio_Inventário. 4. Síndrome_Alienação Parental. 5. Síndrome da Alienação Parental_Direito de Visita. 6. Artigo 285-A_Estudo Analítico. 7. Previdência Social_Compromissos Sociais do Estado. 8. Preparo_Preclusão_Consumativa_ Deserção. 9. Doutrina. 10. Direito _ Legislação. 11. Direito _ Jurisprudência. I. Título.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
GERALDO DE MENDONÇA ROCHA
Procurador Geral de Justiça

UBIRAGILDA SILVA PIMENTEL
Corregedora Geral do Ministério Público

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CRIMINAL
ALDIR JORGE VIANA DA SILVA
Promotor de Justiça - Coordenador

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DE INFÂNCIA E JUVENTUDE
MARIA DO SOCORRO MARTINS CARVALHO MENDO
Promotora de Justiça - Coordenadora

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA CIDADANIA
NATANAEL CARDOSO LEITÃO
Promotor de Justiça - Coordenador

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CONSTITUCIONAL
FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça - Coordenador

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CÍVEL
VERA LÚCIA ANDERSEN PINHEIRO
Promotora de Justiça - Coordenadora

ELABORAÇÃO

SUPERVISÃO GERAL
VERA LÚCIA ANDERSEN PINHEIRO
Promotora de Justiça
Coordenadora

ORGANIZADOR
RAQUEL CORRÊA DE ALMEIDA
Técnico-Jurídico

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
SUELEN CRISTINA NINO FERNANDES
Estagiária de Direito

PESQUISA
SUELEN CRISTINA NINO FERNANDES
Estagiária de Direito

CAMILA CAROLINE PEREIRA SERRA
Estagiária de Direito

REVISÃO ORTOGRÁFICA
RAQUEL CORRÊA DE ALMEIDA

EQUIPE DO CAO CÍVEL

VERA LÚCIA ANDERSEN PINHEIRO
Promotora de Justiça
Coordenadora

RAQUEL CORRÊA DE ALMEIDA
Técnico-Jurídico

ROSIVANE DE SOUZA MENDES

Auxiliar de Administração

CAMILA CAROLINE PEREIRA SERRA
Estagiária de Direito

SUELEN CRISTINA NINO FERNANDES
Estagiária de Direito

EDITORIAL

A família é responsável pela formação da sociedade, pois nela se desenvolveu as primeiras noções de Estado e de Direito. Ao longo dos anos sofreu pressões de eventos externos e, aos poucos, foi se modificando. O *poder patriarcal* cedeu lugar ao *poder familiar*.

Modernamente o conceito de família abarca além da família tradicional, a família monoparental, a união estável, e para alguns, as uniões homoafetivas. Esses núcleos constituem a entidade familiar, admitida pela constituição brasileira de 1988. Nesse novo contexto o direito dos filhos ganhou notoriedade, sendo-lhes assegurado, com absoluta prioridade, a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o laser, a profissionalização, a cultura, a dignidade, a liberdade, o respeito e a convivência familiar; direitos resguardados durante a convivência conjugal e que devem ser assegurados após a separação dos pais, porque são direitos invioláveis do homem-cidadão.

Porém, desde o advento da lei do divórcio e as posteriores alterações, as famílias chegaram às portas dos tribunais com maior frequência, quer para legalizar as situações de *convivência,* que *de fato* existiam na clandestinidade, quer para assegurar direitos que eram postergados ou definitivamente negados. A partir de então, os tribunais se tornaram arena, palco, onde se digladiam casais que antes se amavam e agora se detestam. Nesse entrechoque de sentimentos e interesses estão os filhos, com seus direitos claramente preteridos.

Os operadores do direito que militam nas varas de família interagem nos conflitos pós-separação ou de separação traumática, que geram verdadeira guerra privada. Nesse embate, os litigantes para atingirem um ao outro, utilizam os filhos. Os instrumentos dessa guerra, quase sempre, são a prática de mostrar os erros e as falhas do outro, ou denegrir-lhe a imagem, com finalidade de afastá-lo do convívio com a prole, transparecendo o sentimento de posse que os pais têm pelos filhos.

Essa situação desfavorecia a efetiva proteção infanto-juvenil, porque embora os operadores do direito identificassem essa conduta, não dispunham de instrumentos para coibi-la; ela extrapolava o âmbito das ciências jurídicas, concentrando o foco no campo psíquico-emocional, e não no jurídico.

Nesse contexto, o direito de família como uma disciplina puramente normativa, por si só, revelou-se ineficaz na solução dos conflitos familiares.

Era necessário buscar na interdisciplinaridade a aplicação de outras ciências – da saúde: psicologia, psiquiatria; e as sociais – aos casos de família que litigam na justiça. Esse novo olhar sobre os litígios familiares possibilitou a construção da tese da Alienação Parental, caracterizada por uma programação do filho pelo pai-guardião, utilizando por vezes, a implantação de falsas memórias, a fim de que o outro seja, aos poucos, eliminado da vida do filho.

A tese da **Síndrome de Alienação Parental** que surgiu na América do Norte e se irradiou para outros continentes é uma construção do psiquiatra norte-americano Richard A. Gardner, chefe do departamento de Psiquiatria Infantil da faculdade de medicina e cirurgia da Universidade de Columbia, Nova York, Estados Unidos da América.

O judiciário, ao aplicar a multidisciplinaridade aos casos de litígio, identificou essa patologia como um padrão comum, no qual estão subjacentes afirmações que confundem o ressentimento que se instalou na relação conjugal, com o afeto que deve existir entre pais e filhos, como se uma coisa dependesse da outra.

A estrutura social brasileira mantém como regra atribuir a guarda do filho à mãe. Isso gera o padrão *pai alienado* e *mãe alienadora*. Todavia, os filhos têm o direito de conviver com pai e mãe, o que ocorre na constância da união, quando as responsabilidades sobre eles são partilhadas. A regra, porém, não permanece na separação, pela limitação e intolerância inerentes ao ser humano.

A partir do conhecimento científico da *Alienação Parental* como *Síndrome,* e a intervenção de profissionais multidisciplinares na atuação do poder judiciário, tornou-se possível conter a imposição de vontade do genitor sobre o filho, e a utilização dele como instrumento para atingir o outro genitor. Além disso, o domínio desse conhecimento permite compreender que o alienador é uma pessoa que, ou passa por uma fase difícil, ou apresenta alguma patologia, cujo tratamento se faz necessário. Por essa razão, não se pode deixar crianças e adolescentes a mercê desse genitor.

O genitor-guardião quando adoecido pela *Síndrome,* utiliza os mais variados artifícios: subtrai o filho de suas raízes sócioculturais, leva-o para outra cidade, outro Estado, quiçá a país estrangeiro. Em juízo faz acusações falsas de abuso sexual, o que leva o Poder Judiciário, por cautela, proteger a prole do risco que a acusação representa. Nessas circunstâncias, juízes,

promotores e advogados optam pelo afastamento do suposto agressor, intensificando a fragilidade da relação que une o pai não-guardião aos filhos.

A agressão de um pai a outro é tão prejudicial a eles mesmos, quanto maior é o prejuízo que causam aos filhos. Essa agressão está embutida na *Alienação Parental,* ora camuflada, ora escancarada. Quando o quadro patológico de *Síndrome* é identificado no grupo familiar em litígio, os tribunais aplicam o direito levando em consideração as consequências negativas que ela poderá causar a esse núcleo. Determinam medidas para coibir os atos alienadores, tais como, a obrigatoriedade ou a ampliação das visitas do genitor afastado, acompanhamento terapêutico da família e, em casos extremos, a troca de guarda.

Tais decisões têm sido embasadas nas ciências auxiliares, com respaldo na jurisprudência que se formou na última década. Falta regulamentação da matéria. E o Poder Legislativo foi compelido a exercer seu papel normatizador.

Graças à participação destacada do Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM – que levou o tema *Alienação Parental* aos congressos e incentivou o estudo e a pesquisa – tramita hoje no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 4. 053/2008, atualmente na mesa da Câmara dos Deputados, aguardando recursos. Urge que esse projeto torne-se Lei. É preciso subsidiar o judiciário de instrumento legal para combater atos tão nocivos de guardiões alienadores e, nos casos extremos, apená-los. O Estado não pode ficar inerte, esperando apenas pelo bom-senso dos pais para assegurar aos filhos ambiente familiar sadio.

Relembrando o pensamento pitagoriano, conclui-se que **é preciso zelar pela criança hoje, para no futuro, não ter que corrigir o homem!**

Vera Lúcia Andersen Pinheiro
Promotora de Família

SUMÁRIO

DOUTRINA

Situações jurídicas coletivas passivas
Fredie Didier Jr 17

Caráter facultativo de separação, divórcio e inventário extrajudiciais
Magno Federici Gomes e Frederico Oliveira Freitas 29

Síndrome da alienação parental, o que é isso?
Maria Berenice Dias 45

Síndrome de alienação parental
Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca 49

A síndrome da alienação parental e o titular do direito de visita
Iracema Jandira Oliveira da Silva 61

Estudo analítico do art. 285-A do Código de Processo Civil
Rui Alberto Batista da Silva e Magno Federici Gomes 85

O direito fundamental à Previdência Social e a concessão de benefícios a trabalhadores rurais sem terra. Análise à luz dos compromissos sociais do estado
Arthur Laércio Homci 115

Preparo, preclusão consumativa e deserção: perspectiva instrumentalista do CPC, art.. 511
Pedro Bentes Pinheiro Filho 135

LEGISLAÇÃO FEDERAL

Projeto de Lei nº. 4.053, de sete de outubro de 2008
Dispõe sobre a alienação parental 161

Emenda modificativa ao Projeto de Lei nº 4.053, de 2008 164

Lei nº. 12.016, de 07 de agosto de 2009
Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo 167

Lei nº. 12.008, de 29 de julho de 2009
Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a fim de estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica 175

Lei nº. 11.924, de 17 de abril de 2009
Autoriza o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta 177

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

Lei nº. 7.257, de 08 de abril de 2009.
Dispõe sobre a criação de cargos no Quadro de Pessoal do Ministério Público do Estado do Pará e dá outras providências 179

Lei nº. 7.267, de 05 de maio de 2009.
Altera dispositivos da Lei nº 5.810, de 24 de janeiro de 1994, que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará 180

MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGISLAÇÃO

Resolução nº. 37, de 28 de abril de 2009.
Altera as Resoluções CNMP nº. 01/2005, nº. 07/06 e nº. 21/07, considerando o disposto na Súmula Vinculante nº. 13 do Supremo Tribunal Federal 183

JUSRISPRUDÊNCIA

Síndrome da Alienação Parental
Apelação (2008.001.30015)_____187

Síndrome da Alienação Parental
Agravo de Instrumento (70028674190)_____189

Síndrome da Alienação Parental
Agravo de Instrumento (70028169118)_____190

Regulamentação de Visita
Agravo de Instrumento (66540240000)_____191

Alimentos gravídicos
Agravo de Instrumento (70029200391)_____193

DOUTRINA

SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS PASSIVAS

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito. Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual. Advogado e consultor jurídico.
www.frediedidier.com.br

Resumo: O ensaio tem por objetivo propor um conceito de processo coletivo passivo (*defendant class actions*), a partir da análise do conteúdo do seu objeto litigioso, composto pela afirmação da existência de uma situação jurídica coletiva passiva, categoria cujo desenvolvimento dogmático se faz necessário.
Palavras-chave: Tutela jurisdicional coletiva. Situações jurídicas ativas e passivas. Ações coletivas passivas.

Riassunto: Il saggio, ha per obiettivo proponere un conceto di processo colletivo passivo (*defendant class actions*), partenendo dall´analise dello contenuto del suo obietto litigioso, composto per l´afirmazzione della esistenza di una situazzione giuridica colletiva passiva, categoria cui sviluppo dogmatico é ancora necessario.
Parole chiave: Tutela giurisdizionale colletiva. Situazzione giuridiche ative e passive. Azzione colletive passive.

1. NOTA INTRODUTÓRIA.

O processo coletivo passivo é um dos temas menos versados nos estudos sobre a tutela jurisdicional coletiva, que costumam concentrar-se na definição das situações jurídicas coletivas *ativas* (direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos),[1] no exame da legitimidade *ad causam* e do regime jurídico da coisa julgada.

---

[1] De acordo com a sistematização prevista no direito brasileiro (art. 81, par. ún., do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor).

Sobre o processo coletivo passivo, a escassez de produção doutrinária é ainda mais grave: os ensaios e livros publicados costumam restringir a abordagem apenas à análise da legitimidade e da coisa julgada.

Nada se fala sobre outros aspectos do processo coletivo, sobre os aspectos *substanciais* da tutela jurisdicional coletiva passiva.

Esse ensaio tem o objetivo de contribuir para o desenvolvimento teórico dessa questão: a definição do objeto litigioso do processo coletivo passivo. Destaca-se, assim, a investigação sobre quais são as situações jurídicas substanciais objeto de um processo coletivo passivo. Após do desenvolvimento da categoria *"situações jurídicas coletivas passivas"* será mais fácil compreender a finalidade e a utilidade do processo coletivo passivo, para que, então, se possa preparar uma legislação processual adequada ao tratamento desse fenômeno.

2. AÇÃO COLETIVA ATIVA E SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS ATIVAS.

A ação coletiva ativa é a demanda pela qual se afirma a existência de um direito coletivo *lato sensu* (uma situação jurídica coletiva ativa) e se busca a certificação, a efetivação ou a proteção a esse direito.

Denominam-se *direitos coletivos lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses *essencialmente* coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos *acidentalmente* coletivos (individuais homogêneos).[2]

Reputam-se *direitos difusos* aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), pertencente a uma coletividade composta por pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato. Assim, por exemplo, são

---

[2] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos". *Temas de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série, p. 195-197.

direitos difusos o direito à proteção ambiental, o direito à publicidade não-enganosa, o direito à preservação da moralidade administrativa etc.

Os direitos coletivos *stricto sensu* são os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis, ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo "*affectio societatis*" ou pela sua ligação com a "parte contrária". No primeiro caso temos os advogados inscritos no conselho profissional (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como "classe de pessoas" (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como "grupo de pessoas" (contribuintes). Cabe ressalvar que a *relação-base* necessita ser anterior à lesão. A relação-base forma-se entre os associados de uma determinada associação, os acionistas da sociedade ou ainda os advogados, enquanto membros de uma classe, quando unidos entre si (*affectio societatis*, elemento subjetivo que os une entre si em busca de objetivos comuns); ou, pelo vínculo jurídico que os liga a parte contrária, *e.g.*, contribuintes de um mesmo tributo, estudantes de uma mesma escola, contratantes de seguro com um mesmo tipo de seguro etc. No caso da publicidade enganosa, a "ligação" com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu* (propriamente dito).

Os *direitos individuais homogêneos* são aqueles direitos individuais decorrentes de origem comum,[3] ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais. O que esses direitos têm em comum é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou de fato[4] que lhes conferem

---

[3] "A homogeneidade decorre da circunstância de serem os direitos individuais provenientes de uma origem comum. Isso possibilita, na prática, a defesa coletiva de direitos individuais, porque as peculiaridades inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais, no que diz respeito às questões de direito, são muito semelhantes e, em tese, a decisão deveria ser a mesma em todos e em cada um dos casos." (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 30-31).

[4] GIDI, Antonio. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007,p. 71-88.

características de homogeneidade, a revelar, assim, a prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva. Os direitos individuais homogêneos é uma ficção jurídica, "criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada".[5] O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência da ação coletiva. Permanece o traço distintivo: o tratamento molecular, nas ações coletivas, em relação à fragmentação da tutela (tratamento atomizado) nas ações individuais. É evidente a vantagem do tratamento unitário das pretensões em conjunto, para obtenção de um provimento genérico. Como bem anotou Antonio Gidi as ações coletivas garantem três objetivos: proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material[6].

Observe-se que uma característica marcante dos direitos coletivos em sentido amplo é exatamente a sua titularidade: eles pertencem a uma coletividade, a um grupo. Trata-se de direitos com titulares coletivos[7]. Muito conveniente é a menção ao parágrafo único do art. 1º da Lei antitruste brasileira (Lei Federal n. 8.884/1994), que regula a proteção contra o abuso de concorrência: "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei".

Eis o panorama conceitual das situações jurídicas coletivas ativas, objeto das ações coletivas ativas.

3. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS. AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PASSIVAS COLETIVAS: DEVERES E ESTADOS DE SUJEIÇÃO DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

---

[5] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 20.
[6] GIDI, Antonio. "Las acciones colectivas en Estados Unidos". In: GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo F (coord.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada.* México – DF: Editorial Porrúa, 2003.
[7] DIDIER Jr., Fredie., ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil.* 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 4, p. 82-83.

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano é colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda *contra* uma dada coletividade.

Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) – nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas[8].

Seguindo o regime jurídico de toda ação coletiva, exige-se para a admissibilidade da ação coletiva passiva que a demanda seja proposta *contra* um "representante adequado" (legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva) e que a causa se revista de "interesse social". Neste aspecto, portanto, nada há de peculiar na ação coletiva passiva.

O que torna a ação coletiva passiva digna de um tratamento diferenciado é a circunstância de a situação jurídica titularizada pela coletividade ser uma situação jurídica passiva. A demanda é dirigida *contra uma coletividade*, que é o sujeito de uma situação jurídica passiva (um dever ou um estado de sujeição, por exemplo).

Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa, examinado no item precedente), ela também pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas). É preciso desenvolver dogmaticamente a categoria das *situações jurídicas coletivas passivas*: *deveres e estado de sujeição coletivos.*

O conceito dessas situações jurídicas deverá ser extraído dos conceitos dos "direitos", aplicados em sentido inverso: *deveres e estados de sujeição indivisíveis* e *deveres e estados de sujeição individuais homogêneos (indivisíveis para fins de tutela, mas individualizáveis em sede de execução ou cumprimento).*

Há, pois, situações jurídicas coletivas ativas e passivas. Essas situações relacionam-se entre si e com as situações individuais.

---

[8] DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica.* Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 133; MENDES, Aluísio. "O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a legislação brasileira". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2004, n. 31, p. 11.

Um direito coletivo pode estar relacionado a uma situação passiva individual (p. ex.: o direito coletivo de exigir que uma determinada empresa proceda à correção de sua publicidade). Um direito individual pode estar relacionado a uma situação jurídica passiva coletiva (p. ex.: o direito do titular de uma patente impedir a sua reiterada violação por um grupo de empresas[9]). Um direito coletivo pode estar relacionado, finalmente, a uma situação jurídica coletiva (p. ex.: o direito de uma categoria de trabalhadores a que determinada categoria de empregadores reajuste o salário-base).

Haverá uma ação coletiva passiva, portanto, em toda demanda onde estiver em discussão uma situação coletiva passiva. Seja como correlata a um direito individual, seja como correlata a um direito coletivo.

Mas isso não é o bastante para apresentar o tema.

A ação coletiva passiva pode ser classificada em *original* ou *derivada*[10].

Ação coletiva passiva *original* é a que dá início a um processo coletivo, sem qualquer vinculação a um processo anterior. Ação coletiva passiva *derivada* é aquela que decorre de um processo coletivo "ativo" anterior e é proposta pelo réu desse processo, como a ação de rescisão da sentença coletiva e a ação cautelar incidental a um processo coletivo. A classificação é importante, pois nas ações coletivas passivas derivadas não haverá problema na identificação do "representante adequado", que será aquele legitimado que propôs a ação coletiva de onde ela se originou.

De fato, um dos principais problemas da ação coletiva passiva é a identificação do "representante adequado", o que levou Antonio Gidi a defender que "[p]ara garantir a adequação da representação de todos os interesses em jogo, seria recomendável que a ação coletiva passiva fosse proposta contra o maior número possível de associações conhecidas que congregassem os membros do grupo-réu. As associações eventualmente excluídas da ação deveriam ser notificadas e poderiam intervir como

---

[9] GIDI, Antonio. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 390-391.

[10] Proposta de classificação aceita pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, formulado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (cap. III). Diogo Maia também se utiliza desta classificação, com outra designação, porém: ações coletivas independentes e ações coletivas derivadas ou incidentes (MAIA, Diogo. *Fundamentos da ação coletiva passiva.* Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 71.)

assistentes litisconsorciais"[11]. Em tese, qualquer um dos possíveis legitimados à tutela coletiva poderá ter, também, legitimação extraordinária passiva. Imprescindível, no particular, o controle jurisdicional da "representação adequada", conforme já defendido alhures pelos autores deste artigo.

Neste aspecto, merece crítica a proposta de Antonio Gidi de Código para processos coletivos em países de direito escrito (CM-GIDI), que restringe, parcialmente, a legitimação coletiva passiva às associações. Eis o texto da proposta de Gidi: "28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue" [12]. Em uma ação coletiva passiva derivada de uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público, o réu será esse mesmo Ministério Público. A melhor solução é manter o rol dos legitimados em tese para a proteção das situações jurídicas coletivas e deixar ao órgão jurisdicional o controle *in concreto* da adequação da representação[13].

4. EXEMPLOS DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Alguns exemplos podem ser úteis à compreensão do tema.

Os litígios trabalhistas coletivos são objetos de processos duplamente coletivos: em cada um dos pólos, conduzidos pelos sindicatos das categorias profissionais (empregador e empregado), discutem-se situações jurídicas coletivas. No direito brasileiro, inclusive, podem ser considerados como os primeiros exemplos de ação coletiva passiva[14].

---

[11] GIDI, Antonio. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 415.

[12] GIDI, Antonio. "Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito". *Revista de Processo*. São Paulo, RT, 2003, n. 111.

[13] No projeto Gidi ainda há a previsão de o indivíduo poder ser legitimado passivo coletivo: "28.2 Se não houver associação que congregue os membros do grupo-réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo".

[14] MAIA, Diogo Campos Medina. "A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente". *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 329. A Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n. 5.452/1943 já previa os processos duplamente coletivos (art. 856 e segs.): os dissídios coletivos. Além disso, há o art. 1º da Lei Federal brasileira n. 8.984/1995: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de

No foro brasileiro, têm surgido diversos exemplos de ação coletiva passiva.

Em 2004, em razão da greve nacional dos policiais federais, o Governo Federal ingressou com demanda judicial contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal[15], pleiteando o retorno das atividades. Trata-se, induvidosamente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria "policial federal" encontrava-se como sujeito passivo da relação jurídica deduzida em juízo: afirmava-se que a categoria tinha o dever coletivo de voltar ao trabalho. Desde então, sempre que há greve, o empregador que se sente prejudicado e que reputa a greve injusta vai ao Judiciário pleitear o retorno da categoria de trabalhadores ao serviço.

Há notícia de ação coletiva proposta contra o sindicato de revendedores de combustível, em que se pediu uma adequação dos preços a limites máximos de lucro, como forma de proteção da concorrência e dos consumidores[16].

Em 2008, alunos da Universidade de Brasília invadiram o prédio da Reitoria, reivindicando a renúncia do Reitor, que estava sendo acusado de irregularidades. A Universidade ingressou em juízo, pleiteando a proteção possessória do seu bem. Trata-se de ação coletiva passiva: propõe-se a demanda em face de uma coletividade de praticantes de ilícitos. A Universidade afirma possuir direitos individuais contra cada um dos invasores, que teriam, portanto, *deveres individuais homogêneos.* Em vez de propor uma ação possessória contra cada aluno, "coletivizou" o conflito, reunindo os diversos "deveres" em uma ação coletiva passiva. A demanda foi proposta contra o órgão de representação estudantil (Diretório Central dos Estudantes), considerado, corretamente, como o "representante adequado" do grupo[17]. Neste caso, está diante de uma pretensão formulada *contra* deveres individuais

---

convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador". Muito embora possam servir de exemplo, os dissídios coletivos não são processos coletivos para parcela da doutrina. Os litígios trabalhistas podem ser veiculados através de ações coletivas propriamente ditas, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, nestes casos serão efetivamente processos coletivos.

[15] O andamento deste processo pode ser consultado no sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasil: www.trf1.gov.br. O processo foi registrado sob o número 2004.34.00.010685-2.

[16] VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 79-80.

[17] O andamento deste processo pode ser consultado no sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasil: www.trf1.gov.br. O processo foi registrado sob o número 2008.34.00.010500-5.

homogêneos: o comportamento ilícito imputado a todos os envolvidos possui origem comum. Em vez de *coletividade de vítimas*, como se costuma referir aos titulares dos direitos individuais homogêneos, tem-se aqui uma *coletividade de autores de ato ilícito.*

Antonio Gidi traz outros exemplos:

> "... a ação coletiva poderá ser utilizada quando todos os estudantes de uma cidade ou de um Estado tiverem uma pretensão contra todas as escolas, cada um desses grupos sendo representado por uma associação que os reúna. Igualmente, ações coletivas poderão ser propostas contra lojas, cartórios, órgãos públicos, planos de seguro-saúde, prisões, fábricas, cidades etc., em benefício de consumidores, prisioneiros, empregados, contribuintes de impostos ou taxas ou mesmo em benefício do meio ambiente" [18].

Pedro Dinamarco traz exemplos de ações coletivas passivas declaratórias: a) ação declaratória, proposta por empresa, para reconhecer a regularidade ambiental do seu projeto: de um lado, se ganhasse, evitaria futura ação coletiva contra ela, de outro, se perdesse, desistiria de implantar o projeto, economizando dinheiro e não prejudicando o meio-ambiente; b) ação declaratória, proposta por empresa que se vale de contrato de adesão, com o objetivo de reconhecer a licitude de suas cláusulas contratuais[19].

Embora seja possível imaginar demandas coletivas passivas declaratórias negativas (p. ex.: declarar a inexistência de um *dever coletivo*), não é disso que tratam os exemplos de Pedro Dinamarco[20].

---

[18] GIDI, Antonio. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos,* cit., p. 392. Ver, ainda, a respeito do tema, GIDI, Antonio "Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica.* Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 411; *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51-52, nota 128.

[19] DINAMARCO, Pedro. "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica.* Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 134. (GIDI, Antonio. "Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica.* Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 411.)

[20] "En principio, la acción colectiva pasiva no debe ser comprendida simplemente como una acción colectiva al revés. Por tanto, no debe ser utilizada por un demandado potencial (en una

Nos casos citados, temos uma ação coletiva ativa reversa. Busca-se a declaração de que *não existe uma situação jurídica coletiva ativa (inexistência de um direito pela ausência de poluição ambiental, por exemplo)*. Não se afirma a existência de uma *situação jurídica coletiva passiva*, como acontece em ações coletivas passivas declaratórias positivas, constitutivas ou condenatórias. Não basta dizer, como pioneiramente fez Antonio Gidi, que tais ações são inadmissíveis por falta de interesse de agir ou dificuldade na identificação do legitimado passivo, embora a lição seja correta. É preciso ir além: rigorosamente, *não são ações coletivas passivas*[21]. Para que haja ação coletiva passiva, é preciso, como dito, que uma situação jurídica coletiva passiva seja afirmada, o que não ocorre nesses exemplos. E mais: é preciso reconhecer, como em qualquer ação coletiva, uma potencial vantagem ao interesse público, sem o que as demandas passam a ser meramente individuais (o que legitima a ficção jurídica "direitos individuais homogêneos" é a particular circunstância da presença do interesse público na sua tutela, que ficaria prejudicado em face de uma tutela fragmentada e individual).

Isso não significa que não haja ação coletiva passiva declaratória. No âmbito trabalhista, por exemplo, cogita-se da ação declaratória para certificação da correta interpretação de um acordo coletivo, em que são fixadas as situações jurídicas coletivas ativas e passivas.

Há ainda a possibilidade de utilização da ação coletiva passiva para efetivar a chamada *responsabilidade anônima* ou *coletiva*, "em que se permite a responsabilização do grupo caso o ato gerador da lesão tenha sido

---

acción colectiva activa indemnizatoria por daños individuales) para lograr una sentencia declaratoria de que su producto no ha causado daño a los miembros del grupo (sentencia declaratoria negativa de responsabilidad por daños). Al parecer, no existe interés procesal en proponer esa demanda colectiva. Ni siquiera se podría encontrar un representante adecuado para tal acción. Si un grupo afectado quisiera entablar un pleito colectivo, lo iniciaría en el momento oportuno: no le correspondería al demandado anticiparse al grupo". (GIDI, Antonio. "Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal". *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica.* Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 411.)

[21] Neste ponto, o autor deste ensaio altera o entendimento manifestado em DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271-272; DIDIER Jr., Fredie, ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil.* 3ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, v. 4, p. 218-219. É preciso registrar que essa mudança de pensamento decorreu de uma série de debates travados com Antonio Gidi, que, como visto, há anos criticava os exemplos de ação declaratória negativa como espécies de ação coletiva passiva. Sem esse debate, as idéias aqui divulgadas certamente não existiriam.

ocasionado pela união de pessoas, sendo impossível individualizar o autor ou os autores específicos do dano" [22]. No exemplo da invasão do prédio da Universidade, além da ação de reintegração de posse, seria possível manejar ação de indenização pelos prejuízos eventualmente sofridos contra o grupo, acaso não fosse possível a identificação dos causadores do dano. Na demanda, o autor afirmaria a existência de um de *dever de indenizar*, cujo sujeito passivo é o *grupo.*

Diogo Maia menciona o exemplo de uma ação coletiva ajuizada contra os comerciantes de uma cidade, acusados de utilização indevida das calçadas para a exposição dos produtos[23]. Trata-se de um claro exemplo de *ilícitos individuais homogêneos, que geram deveres individuais homogêneos*.

Ainda é possível cogitar de uma ação coletiva proposta contra uma comunidade indígena, que esteja, por exemplo, sendo acusada de impedir o acesso a um determinado espaço público. A tribo é a titular do *dever coletivo difuso* de não impedir o acesso ao espaço público. A comunidade indígena é, ainda, a legitimada a estar em juízo na defesa dessa acusação. Não se trata de uma pessoa jurídica. É um grupo humano. Trata-se de caso raro, talvez único, de legitimação coletiva ordinária, pois o titular da situação jurídica coletiva é, também, o legitimado a defendê-la em juízo[24]. Com relação ao objeto, o Judiciário deverá analisar se se trata de uma legítima manifestação política, pacífica e organizada, ou de um ato ilícito, gerador de deveres individuais homogêneos. Aqui faz muito sentido insistir na necessidade de certificação da demanda como uma ação coletiva, o juiz poderá indeferir liminarmente pretensões que não sejam escoradas em deveres coletivos.

---

[22] MAIA, Diogo Campos Medina. "A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente", cit., p. 338. Sobre a responsabilidade civil do grupo, CRUZ, Giselda Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 267-312.

[23] MAIA, Diogo Campos Medina. "A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente", cit., p. 339. No texto, o autor cita vários outros exemplos.

[24] Confira-se, por exemplo, o art. 232 da Constituição da República Federativa do Brasil: "Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo". Há, ainda, a regra do art. 37 da Lei Federal brasileira n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".

5. CONSIDERAÇÃO FINAL

No Brasil, um dos principais argumentos contra a ação coletiva passiva é a inexistência de texto legislativo expresso.

Sucede que a permissão da ação coletiva passiva é decorrência do princípio do acesso à justiça (nenhuma pretensão pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário). Não admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de defesa, mas não poderia demandar. Negar a possibilidade de ação coletiva passiva é, ainda, fechar os olhos para a realidade: os conflitos de interesses podem envolver particular-particular, particular-grupo e grupo-grupo. Na sociedade de massas, há conflitos *de* massa e conflitos *entre* massas.

A inexistência de texto legal expresso que confira legitimação coletiva passiva não parece obstáculo intransponível. A atribuição de legitimação extraordinária não precisa constar de texto expresso, bastando que se a retire do sistema jurídico. A partir do momento em que não se proíbe o ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou qualquer outra ação de impugnação pelo réu de ação coletiva ativa, admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade, ou seja, admite-se a ação coletiva passiva.

CARÁTER FACULTATIVO DE SEPARAÇÃO, DIVÓRCIO E INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAIS

Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Mestre em Direito Processual, Doutor em Direito e Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor Adjunto da PUC Minas. Professor Titular da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Advogado.Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

Frederico Oliveira Freitas

Pós-graduado em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Professor Assistente da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Advogado.Endereço eletrônico: frederico.jus@gmail.com

Resumo: O presente artigo interpreta a Lei nº 11.441/2007, analisando se a norma trouxe ou não caráter obrigatório aos interessados que, após preencherem os requisitos legais, poderão pedir separação, divórcio, partilha e inventário, pelo meio extrajudicial. Justifica-se o referido estudo pelos posicionamentos doutrinários divergentes sobre o assunto. Apesar disso, muitos doutrinadores optaram, em suas obras, por simplesmente se omitirem sobre o tema. Trata-se de um trabalho teórico-documental e jurídico-propositivo, por analisar uma lei, suas falhas e propor soluções. Conclui-se, ao final, que a aludida lei, ao objetivar efetividade processual, celeridade procedimental e desafogar a máquina judiciária, cuidou por trazer uma nova opção aos jurisdicionados, para pleitearem os procedimentos alhures, não uma imposição normativa à via extrajudicial, em conformidade com os arts. 982 e 1.124-A, do Código de Processo Civil (CPC).

Palavras-chave: Direito Civil, Processual Civil e Notarial; Separação, Divórcio, Inventário e Partilha Extrajudiciais; Manutenção do Interesse de Agir na Via Judicial; Caráter Facultativo do Procedimento Administrativo.

Resumén: El presente trabajo interpreta la Ley nº 11.441/2007, analizando si la norma trajo o no la obligación a los interesados que, caso rellenen los requisitos legales, podrán pedir separación, divorcio e inventario, por los medios extrajudiciales. Se justifica el referido estudio por la divergencia doctrinaria sobre el asunto y por la omisión de varios autores sobre el tema. Se trata de un trabajo teórico-documental y jurídico-propositivo, por analizar una ley, sus defectos y proponer soluciones. Se ha concluido que la citada ley, deseando la efectividad procesal, la celeridad del procedimiento y la disminución de las demandas en los Juzgados, creó una nueva opción a los justiciables, para solicitaren los procedimientos antes mencionados, y no una imposición normativa a la vía extrajudicial, en conformidad con los artículos 982 y 1.124-A, de la Ley de Enjuiciamiento Civil brasileña (CPC).
Palabras-clave: Derecho Civil, Procesal Civil y Notarial; Separación, Divorcio e Inventario Extrajudiciales; Manutención del Interés de Actuar en la Vía Judicial; Carácter Facultativo del Procedimiento Administrativo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Requisitos legais aplicáveis. 3. Controvérsia sobre o caráter obrigatório ou facultativo da lei em questão. 4. Do interesse de agir. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, trouxe grandes inovações para o ordenamento jurídico pátrio. Ao objetivar a diminuição dos feitos em trâmite perante os Juízos nacionais e obter celeridade procedimental para os jurisdicionados, a legislação processual civil inovou com o advento da referida norma e permitiu que a separação, o divórcio, o inventário e a partilha consensuais realizassem-se fora da esfera do Poder Judiciário, ou seja, extrajudicialmente em Cartórios de Notas.

Com isso, possibilitou que, em tais casos[1], os Serviços de Tabelionato pudessem conhecer e expedir escrituras para o rompimento, total ou parcial, de vínculos matrimoniais, mediante divórcio ou separação, respectivamente, e arrolar os bens e direitos, bem como os herdeiros de um falecido, após a abertura de sua sucessão.

Para que se possam realizar os ditos procedimentos, em sede administrativa, faz-se necessário o preenchimento de determinados requisitos legais, de ordem material e instrumental, que serão abordados ao longo deste trabalho.

O estudo em questão pretende analisar se, constatados os pressupostos existentes em lei para o trâmite extrajudicial dos aludidos procedimentos, poderão ou não os requerentes optar por ajuizar no Poder Judiciário tais pleitos. Assim, deseja-se discutir se os pedidos extrajudiciais de divórcio, separação, inventário e partilha consensuais são obrigatórios ou facultativos.

Dito de outra forma, cumpridas as condições legais, terá o jurisdicionado a possibilidade de escolher se realizará o procedimento em sede judicial ou extrajudicial? A novel legislação trouxe uma situação impositiva ou facultativa? Como deve agir o Estado-Juiz nas situações em que os requerentes, mesmo preenchidos os pressupostos para a realização do procedimento extrajudicial, optam por ingressar em Juízo?

Justifica-se esta análise pelos posicionamentos doutrinários divergentes sobre o assunto, como se verá posteriormente. Além disso, muitos doutrinadores renomados escolheram, em suas obras, por simplesmente se omitirem sobre o tema. Desse modo, o presente artigo visa apresentar os entendimentos opostos sobre o problema e, com isso, oferecer resposta às indagações acima, eis que o tema é novo e de grande importância para a comunidade jurídica, mormente considerando que existem magistrados que julgam extintos os feitos, sem resolução de mérito, nos casos enquadrados nos arts. 982 e 1.124-A, do CPC, por entenderem que não há interesse de agir (art. 267, inciso VI, do CPC).

Na tentativa de uma melhor compreensão, serão abordadas questões correlatas ao assunto, por meio de uma pesquisa teórico-documental e jurídico-propositiva, por analisar uma lei, suas falhas e propor soluções.

---

[1] Nos quais predominava a administração pública de interesses privados, isto é, em algumas hipóteses de jurisdição voluntária em que inexiste litígio entre as partes.

2. REQUISITOS LEGAIS APLICÁVEIS

A Lei nº 11.441/2007 alterou a redação do art. 982, do Código de Processo Civil (CPC), e inseriu, no mesmo *codex*, o art. 1.124-A. Aquele trata do inventário e partilha e este da separação e divórcio, todos consensuais e extrajudiciais.

Os citados dispositivos legais apresentaram os requisitos para que o inventário, a partilha, a separação e o divórcio consensuais sejam realizados extrajudicialmente, em Cartórios de Notas.

Para melhor visualização e compreensão do tema, faz-se mister, primeiramente, colacionar os dispositivos atinentes ao assunto e explicá-los. Dessa maneira, serão transcritos abaixo os principais artigos, do CPC, que guardam relação com a matéria:

> Art. 982 CPC. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.
>
> Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial[2].

O texto anterior à Lei nº 11.441/2007 mencionava: "Art. 982 CPC. Proceder-se-á ao inventário judicial, ainda que todas as partes sejam capazes" [3].

Depreende-se que a Lei nº 11.441/2007 quebrou o antigo paradigma do sistema jurídico de exigir a obrigatória intervenção do Poder Judiciário, para a realização de inventários e partilhas de bens. A nova lei, portanto, deixou claro que, para os inventários vinculados a testamentos e/ou para aqueles em que participem incapazes, não será possível a utilização da via extrajudicial. Além disso, havendo litígio entre os herdeiros, far-se-á o inventário através dos procedimentos judiciais tradicionais, eis que o Poder Judiciário é o órgão investido de competência para, no caso concreto, atingir a solução para os conflitos de interesses, em consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito. A lei também cuidou de exigir que todos os

---

[2] BRASIL, 1973, art. 982.
[3] BRASIL, 1973, art. 982 (antiga redação).

interessados estejam devidamente representados por advogados, que poderão zelar pelos direitos de seus mandantes.

Por sua vez, o art. 1.124-A, do CPC, dispõe:

> Art. 1.124-A CPC. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.
>
> § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.
>
> § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.
>
> § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei[4].

No que tange à separação e ao divórcio consensuais, a lei em comento trouxe como exigências, para a decretação extrajudicial, que o casal não tenha filhos menores ou incapazes, pois nessas situações haverá a necessidade da intervenção obrigatória do representante do Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, por força do art. 82, inciso I, do CPC, o que afasta a viabilidade da via administrativa, ante a indisponibilidade dos interesses envolvidos na questão.

Para que os pedidos de separação e divórcio possam ser realizados, por meio extrajudicial, deverão ser observados, por óbvias razões, os prazos e exigências previstos nos arts. 1.574 e 1.580, todos do Código Civil (CC). Com isso, é possível, além da separação extrajudicial, os pedidos de divórcio direto, mediante depoimento, em Cartório, de testemunhas que comprovem a separação fática por 02 (dois) ou mais anos, e de divórcio por conversão, passado o prazo de 01 (um) ano da decretação da separação judicial ou extrajudicial. Salienta-se que a redação do art. 1.580, do CC, menciona, para a conversão da separação em divórcio, a necessidade de decretação prévia da separação judicial. Todavia, a interpretação literal não deve prevalecer, ante a

---

[4] BRASIL, 1973, art. 1.124-A.

redação do art. 1.124-A, do CPC, que prevê a possibilidade de divórcio extrajudicial, em qualquer modalidade[5].

Também há a necessidade de que os cônjuges estejam assistidos por advogado, comum a ambos ou um para cada consorte, para resguardar os interesses dos requerentes e legitimar formalmente o ato, evitando a ocorrência de vícios no negócio jurídico.

3. CONTROVÉRSIA SOBRE O CARÁTER OBRIGATÓRIO OU FACULTATIVO DA LEI EM QUESTÃO

Como dito acima, com relação ao inventário e a partilha extrajudiciais, tem-se que tais procedimentos serão permitidos, em via extrajudicial, desde que todos os herdeiros sejam civilmente capazes e estejam em consenso com relação ao modo de partilhar a herança, ou então, na hipótese de ser somente um único herdeiro, que este seja civilmente capaz e não haja testamento. Existem doutrinadores, como por exemplo, Câmara (2008), que entendem não haver "interesse-necessidade para a instauração de processo judicial de inventário e partilha" [6], quando cumprida integralmente a nova situação traçada no CPC. Nesse sentido:

> A realização extrajudicial do inventário e partilha não é, como pode parecer a quem faça interpretação literal da lei, uma faculdade. Presente os requisitos (capacidade civil de todos os herdeiros e total acordo entre eles quanto ao modo de partilhar a herança), não será possível realizar em Juízo o inventário e partilha do monte. É que, nesse caso, faltará a necessidade de ir a Juízo, elemento formador do interesse de agir (o qual, como sabido, é um dos requisitos essenciais para que o Estado possa emitir um provimento de mérito). Assim, a instauração do processo judicial no caso em que cabível a realização extrajudicial do inventário e partilha deverá levar a uma sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por falta de interesse de agir[7].

O aludido doutrinador (2008) tece considerações no mesmo sentido para os casos de separação e divórcio consensuais:

---

[5] Trata-se, então, de interpretação ampliada do art. 1.124-A, do CPC.
[6] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. vol. III, p. 418.
[7] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil* – ob. cit., 2008, p. 418.

> Dispensa-se, porém, o processo judicial de separação consensual (que não poderá se instaurar por falta de interesse-necessidade), quando não houver filhos incapazes do casal, caso em que se celebrará o negócio jurídico de separação consensual por escritura pública, a ser lavrada em notas de tabelião, na forma do art. 1.124-A, do CPC[8].

Noutro sentido, Marcato (2007) traz entendimento completamente diverso, pois:

> na exata dicção do art. 1.124-A, trata-se de *faculdade* conferida aos interessados, que poderão valer-se, a seu *exclusivo critério*, da via extrajudicial ou judicial para a obtenção da separação e do divórcio consensuais. Por outras palavras, é defeso ao juiz impedir aos separandos ou divorciandos o acesso à via judicial, sob o equivocado argumento de que agora dispõem da extrajudicial[9].

A Corregedoria Geral de Justiça, do Estado de São Paulo, em atenção ao oficio remetido pelo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seção São Paulo (OAB/SP), editou o Comunicado nº 236/2007, que se manifestou sobre o tema:

> Tendo em vista que, a despeito dos termos do artigo 3º, da Lei n. 11.441/07 ("A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento"), inúmeras reclamações têm chegado à Corregedoria Geral, derivadas da extinção de processos de separação e divórcio consensuais, o Desembargador Gilberto Passos de Freitas, Corregedor Geral da Justiça, ALERTA os Meritíssimos Juízes de Direito que o interesse dos cônjuges em recorrer à via judicial pode consistir na preservação do segredo de justiça assegurado pelo artigo 155, II, do Código de Processo Civil.
>
> Fixado o entendimento de que escrituras de separação e divórcio consensuais não podem ser lavradas sob sigilo (Conclusão 5.11 do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG nº 01/2007 – D.O. de 08/02/07), extinções de processos sem resolução do mérito provocarão situação

---

[8] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil* – ob. cit., 2008, p. 500.
[9] MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 352.

> insolúvel para as partes, vez que impedidas de, sob sigilo, utilizar tanto a via judicial quanto a extrajudicial[10].

Questão importante impõe colacionar abaixo o ofício do Excelentíssimo Presidente da OAB/SP, que desencadeou o comunicado acima:

> São Paulo, 12 de março de 2007.
>
> Senhor Corregedor.
>
> A Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo, por seu Presidente abaixo assinado, recorre a V. Exa. para o que segue:
>
> 1 - entrou em vigor a Lei nº 11.441 de 4 de janeiro de 2007, dando aos casais sem filhos menores o direito de optar pela separação consensual, divórcio, partilha em inventário feitos em cartório;
>
> 2 - esta Lei foi discutida em São Paulo, pelos advogados designados pela OAB SP na Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, juntamente com o Ministério Público, Juízes de 1ª Instância, Desembargadores, Defensoria Pública e Colégio Notarial;
>
> 3 - ocorre que, surgiu uma tendência de alguns Juízes, tais como em Mirassol, Mogi Mirim e Santos, que entenderam que os divórcios e separações em curso pela Vara de Família e Sucessões deveriam ser extintos por falta de interesse processual para que fossem refeitos em cartório extrajudicial, que poderiam ter optado por continuar na Justiça.
>
> Isto somado significa mais de 400 processos, os quais, caso persistam as sentenças, levarão os advogados a interpor Apelação com provável demora de 5 anos, período no qual as partes com sua condição inalterada. Há ainda um prejuízo financeiro porque já foram recolhidas custas judiciais as quais não serão devolvidas.
>
> Tentando evitar mal maior, a OAB SP requer de V. Exa. a normatização das regras da citada Lei, ressaltando que a mesma é opcional para que não ocorrem [sic] mais fatos semelhantes, o que acarretaria prejuízos incontestáveis à comunidade.
>
> Aproveito a oportunidade para renovar meus protestos de estima e consideração. Luiz Flávio Borges D'Urso – Presidente[11].

---

[10] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. *Comunicado nº 236*. Trata da aplicação da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Mar. 2007. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[11] SÃO PAULO. Ordem dos Advogados do Brasil. *Ofício à Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo*. 12 mar. 2007. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

Ressaltou, ainda, em entrevista, o então Presidente da OAB/SP, D´Urso (2007):

> A OAB/SP recebeu cerca de 400 reclamações de advogados de várias cidades do Estado, especialmente de Santos, Mirassol e Mogi Guaçu, onde alguns juízes estavam entendendo que divórcios e separações em tramitação nas Varas de Família e Sucessões deveriam ser extintos por falta de interesse processual e refeitos em cartório extra judicial. Isso acarretaria um prejuízo moral e econômico injustificado para as partes, até porque a lei faculta que os cônjuges possam optar por uma decisão judicial ou não[12].

Ademais, encontra-se disponível no *site* do Tribunal de Justiça, do Estado de São Paulo, entendimento consolidado sobre o assunto:

> (269/2007-E) – Protoc. CG nº 26.081/2007
>
> TABELIONATO DE NOTAS – Possibilidade da realização de separações, divórcios, inventários e partilhas na esfera administrativa não impede a opção pela via judicial – Entendimento já consolidado nesta Corregedoria Geral da Justiça (Conclusões n° "1.1" e "1.2", do Grupo de Estudos instituído pela Portaria CG n° 01/2007, e ainda o Comunicado nº 236/2007) – O mesmo entendimento também se consolidou no Conselho Nacional de Justiça (art. 2º, da Resolução n° 35/2007, bem como decisão proferida no Pedido de Providências n° 1413/2007) – Conveniência da publicação no DOE desta última decisão, na íntegra, para conhecimento dos MM. Juízes, em razão da menção à possibilidade de "abertura de processo disciplinar contra magistrados, por descumprimento de seus deveres funcionais" [13].

Para resolver, de uma vez por todas o assunto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, visando disciplinar a aplicação da Lei nº 11.441/07, pelos Serviços Notariais. Nesse sentido:

> A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e tendo em vista o disposto no art. 19, I, do Regimento Interno deste Conselho, e

---

[12] D´URSO, Luiz Flávio Borges. *Entrevista*: OAB/SP alerta Corregedoria do TJ sobre extinção de processos com base na Lei 11.441/07: diante das reclamações encaminhadas pela OAB/SP, Corregedoria edita comunicado alertando juízes de Direito. 14 mar. 2007. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

[13] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. *Ementário Consolidado das Decisões da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo*: extrajudicial – biênio 2006/2007. 2008. Disponível em: <http://www.extrajudicial.tj.sp.gov.broabsp.org.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

> Considerando que a aplicação da Lei nº 11.441/2007 tem gerado muitas divergências;
>
> Considerando que a finalidade da referida lei foi tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário;
>
> Considerando a necessidade de adoção de medidas uniformes quanto à aplicação da Lei nº 11.441/2007, em todo o território nacional, com vistas a prevenir e evitar conflitos;
>
> Considerando as sugestões apresentadas pelos Corregedores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal em reunião promovida pela Corregedoria Nacional de Justiça;
>
> Considerando que, sobre o tema, foram ouvidos o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Notários e Registradores do Brasil;
>
> RESOLVE:
>
> SEÇÃO I
>
> DISPOSIÇÕES DE CARÁTER GERAL
>
> […]
>
> Art. 2° É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial[14].

Portanto, nota-se que a questão apresentada é controvertida. A doutrina, representada por Câmara (2008) e Marcato (2007), ainda não está pacificada. Além disso, a divergência produziu efeitos graves no Estado de São Paulo, demandando manifestações explícitas da Corregedoria Geral de Justiça, que serão reanalisadas na próxima parte deste estudo, a fim de se evitar litígio semelhante em outras entidades federadas.

---

[14] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 35*. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. 24 abr. 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

4. DO INTERESSE DE AGIR

Para que a parte obtenha uma sentença final que adentre no mérito da causa, necessário se faz que estejam presentes todas as condições da ação. As condições de ação são os requisitos especiais de viabilidade da ação cível, decorrentes do sistema adotado pelo CPC brasileiro, segundo o qual o direito de ação fica condicionado ao preenchimento de todos os requisitos formais ao provimento final, que venha a solucionar o conflito de interesses[15].

A condição de ação que interessa ao presente estudo é a denominada interesse de agir ou também chamada interesse processual[16].

O interesse de agir justifica-se dentro da premissa de que não se pode impulsionar a máquina judiciária em casos que não se demonstre indispensável à atuação do Estado-Juiz, para exercer a jurisdição, "dizendo" o direito aplicável ao caso concreto. Evita-se que o Poder Judiciário atue em situações completamente inúteis para o próprio demandante, isto é, sem utilidade, pois nesses casos outras pessoas poderiam estar precisando da atuação estatal, que estaria sobrecarregada por demandas desnecessárias.

Por isso, o interesse de agir é aferido a partir da presença do binômio necessidade e adequação. Dessa forma, é indispensável que a demanda proposta seja necessária e que o autor tenha buscado provimento adequado para a tutela de seu suposto direito.

Ensina Câmara (2007) que "terá interesse de agir aquele que apresentar necessidade da tutela jurisdicional, tendo pleiteado um provimento que se revele adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem afirmada na demanda" [17].

Theodoro Júnior (2009) cita Buzaid e, com isso, explica que: "há interesse processual se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e

---

[15] Denomina-se teoria eclética da ação, de Liebman. Para aprofundamentos, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 172-186.

[16] As condições da ação são a legitimidade de ser parte, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir. Somente a última será abordada neste estudo, por estar diretamente ligada à fundamentação daqueles que entendem que a via extrajudicial, quando permitida para os procedimentos de separação, divórcio, inventário e partilha consensuais, retira, dos requerentes, o interesse de agir.

[17] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. vol. I, p. 133.

daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais" [18].

Arremata Theodoro Júnior (2009), de forma esclarecedora, que: "mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão" [19].

Portanto, é necessário que a pretensão deduzida em Juízo seja razoável e assim justifique a intervenção jurisdicional, pois, se não estiver presente o binômio necessidade e adequação, a parte será carecedora do direito de ação, devendo ser extinto o feito sem resolução do mérito, por meio de sentença terminativa, em conformidade com o inciso VI, do art. 267, do CPC.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que há entendimento no sentido de que após preenchidos os requisitos legais para o divórcio, a separação, a partilha e o inventário consensuais, não terão os interessados outra opção a não ser recorrer à via extrajudicial. Esse posicionamento baseia-se na premissa de que, caso os requerentes, naquelas situações, ingressem em Juízo, lhes faltaria o interesse de agir e então careceriam do direito de ação, devendo ser o processo extinto sem resolução do mérito.

Contudo, viu-se também que há posicionamentos em sentido diverso, daqueles que interpretam a Lei nº 11.441/2007 como uma faculdade aos interessados e não como uma obrigação para que eles requeiram seus direitos extrajudicialmente.

Entende-se que o próprio texto legal dos arts. 982 e 1.124-A, do CPC, emprega a palavra "*poderá*" e "*poderão*", respectivamente, ou seja, se a legislação quisesse atribuir uma imposição ao jurisdicionado a nomenclatura seria "*deverá*" e "*deverão*". Os termos empregados dão a clara idéia de faculdade, mediante uma interpretação literal dos comandos legais.

---

[18] BUZAID *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. I, p. 62-63.

[19] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – ob. cit., 2009, p. 63.

O sentido da lei não pode ser alterado de forma forçosa, como pretendem aqueles que interpretam que a novel legislação trouxe uma obrigação para os interessados.

Além disso, também não pode ser aceita a tese de que faltará aos requerentes o interesse de agir para ingressem em Juízo, caso preenchidos os requisitos legais. Tem-se que os interessados perderão as benesses do segredo de justiça, na hipótese de serem compelidos a tratar de suas questões familiares e patrimoniais em sede extrajudicial. De modo que o art. 155, inciso II, do CPC, seria constantemente desrespeitado para as causas que versem questões matrimoniais.

E não foi isso que a Lei nº 11.441/2007 objetivou, em interpretação teleológica, em conformidade com o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). A dita norma visou apenas abrir uma possibilidade para que os que quisessem realizar as separações, divórcios, partilhas e inventários consensuais, desde que preenchidos os requisitos legais, pudessem usufruir de uma segunda via, no caso a extrajudicial, que lhes garantissem a mesma segurança jurídica alcançada no Poder Judiciário, mas com menor espaço de tempo e de forma mais simples que a judicial.

Contudo, aqueles que, por questões de foro íntimo ou por outras razões, venham a optar pelo procedimento judicial, não poderão ser considerados carecedores do direito de ação, na medida que os interessados objetivam primar pelo segredo de justiça. Portanto, eles terão interesse de agir ao ingressar no Judiciário, pois as vias extrajudiciais não lhes assegurarão tal direito, ante o princípio da publicidade que rege todo e qualquer documento público.

Urge salientar a situação das pessoas carentes de recursos financeiros que não dispõem de meios para arcar com os honorários de um advogado particular e que procuram, constantemente, a Defensoria Pública e os Núcleos de Prática Jurídica, encontrados nas Faculdades de Direito, que também prestam serviços jurídicos gratuitos. Muitas vezes, tais núcleos jurídicos não possuem infra-estrutura suficiente para atenderem a população junto aos Cartórios de Notas, em sede extrajudicial, e, por isso, somente atuam perante os Fóruns das comarcas onde se situam. Nesse contexto, faz-se imprescindível permitir aos interessados o ingresso em Juízo, sob pena deles não conseguirem profissionais para resolver suas questões particulares, o que violaria o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988 (CR/88), por negativa de acesso à jurisdição.

Diante do exposto e com base no Comunicado nº 236/2007, editado pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, e na Resolução nº 35/2007, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, conclui-se que a Lei nº 11.441/2007 trouxe uma opção a mais para os interessados e não uma imposição legal aos procedimentos extrajudiciais de divórcios, separações, inventários e partilhas consensuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação Civil, Processual civil e Empresarial, Constituição Federal*. Organização Yussef Said Cahali. 11. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 35*. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. 24 abr. 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. vol. I, 549p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. vol. III, 560p.

D´URSO, Luiz Flávio Borges. *Entrevista*: OAB/SP alerta Corregedoria do TJ sobre extinção de processos com base na Lei 11.441/07: diante das reclamações encaminhadas pela OAB/SP, Corregedoria edita comunicado alertando juízes de Direito. 14 mar. 2007. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 455p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, 528p.

SÃO PAULO. Ordem dos Advogados do Brasil. *Ofício à Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo*. 12 mar. 2007. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. *Comunicado nº 236*. Trata da aplicação da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Mar. 2007. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. *Ementário Consolidado das Decisões da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo*: extrajudicial – biênio 2006/2007. 2008. Disponível em: <http://www.extrajudicial.tj.sp.gov.broabsp.org.br>. Acesso em: 02 abr. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. I, 794p.

SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL, O QUE É ISSO?

Maria Berenice Dias

Advogada. Ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do RS. Vice-Presidente Nacional do IBDFAM
www.mariaberenice.com.br

Certamente todos que se dedicam ao estudo dos conflitos familiares e da violência no âmbito das relações interpessoais já se depararam com um fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome. Uns chamam de "síndrome de alienação parental"; outros, de "implantação de falsas memórias".

Este tema começa a despertar a atenção, pois é prática que vem sendo denunciada de forma recorrente. Sua origem está ligada à intensificação das estruturas de convivência familiar, o que fez surgir, em consequência, maior aproximação dos pais com os filhos. Assim, quando da separação dos genitores, passou a haver entre eles uma disputa pela guarda dos filhos, algo impensável até algum tempo atrás. Antes, a naturalização da função materna levava a que os filhos ficassem sob a guarda da mãe. Ao pai restava somente o direito de visitas em dias predeterminados, normalmente em fins-de-semana alternados.

Como encontros impostos de modo tarifado não alimentam o estreitamento dos vínculos afetivos, a tendência é o arrefecimento da cumplicidade que só a convivência traz. Afrouxando-se os elos de afetividade, ocorre o distanciamento, tornando as visitas rarefeitas. Com isso, os encontros acabam protocolares: uma obrigação para o pai e, muitas vezes, um suplício para os filhos.

Agora, porém, se está vivendo uma outra era. Mudou o conceito de família. O primado da afetividade na identificação das estruturas familiares levou à valoração do que se chama filiação afetiva. Graças ao tratamento interdisciplinar que vem recebendo o Direito de Família, passou-se a emprestar maior atenção às questões de ordem psíquica, permitindo o reconhecimento da presença de dano afetivo pela ausência de convívio paterno-filial.

A evolução dos costumes, que levou a mulher para fora do lar, convocou o homem a participar das tarefas domésticas e a assumir o cuidado

com a prole. Assim, quando da separação, o pai passou a reivindicar a guarda da prole, o estabelecimento da guarda conjunta, a flexibilização de horários e a intensificação das visitas.

No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.

Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de "síndrome de alienação parental": programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.

A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro.

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade

passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.

Esta notícia, comunicada a um pediatra ou a um advogado, desencadeia a pior situação com que pode um profissional defrontar-se. Aflitiva a situação de quem é informado sobre tal fato. De um lado, há o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio.

A tendência, de um modo geral, é imediatamente levar o fato ao Poder Judiciário, buscando a suspensão das visitas. Diante da gravidade da situação, acaba o juiz não encontrando outra saída senão a de suspender a visitação e determinar a realização de estudos sociais e psicológicos para aferir a veracidade do que lhe foi noticiado. Como esses procedimentos são demorados – aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos –, durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho. Nem é preciso declinar as sequelas que a abrupta cessação das visitas pode trazer, bem como os constrangimentos que as inúmeras entrevistas e testes a que é submetida a vítima na busca da identificação da verdade.

No máximo, são estabelecidas visitas de forma monitorada, na companhia de terceiros, ou no recinto do fórum, lugar que não pode ser mais inadequado. E tudo em nome da preservação da criança. Como a intenção da mãe é fazer cessar a convivência, os encontros são boicotados, sendo utilizado todo o tipo de artifícios para que não se concretizem as visitas.

O mais doloroso – e ocorre quase sempre – é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz diante de um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar; enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo cujo único crime eventualmente pode ter sido amar demais o filho e querer tê-lo em sua companhia. Talvez, se ele não tivesse manifestado o interesse em estreitar os vínculos de convívio, não estivesse sujeito à falsa imputação da prática de crime que não cometeu.

Diante da dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados, mister que o juiz tome cautelas redobradas.

Não há outra saída senão buscar identificar a presença de outros sintomas que permitam reconhecer que se está frente à síndrome da alienação

parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como instrumento para acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Para isso, é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Em face da imediata suspensão das visitas ou determinação do monitoramento dos encontros, o sentimento do guardião é de que saiu vitorioso, conseguiu o seu intento: rompeu o vínculo de convívio. Nem atenta ao mal que ocasionou ao filho, aos danos psíquicos que lhe infringiu.

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional de uma criança. Ela acaba passando por uma crise de lealdade, pois a lealdade para com um dos pais implica deslealdade para com o outro, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça.

A estas questões devem todos estar mais atentos. Não mais cabe ficar silente diante destas maquiavélicas estratégias que vêm ganhando popularidade e que estão crescendo de forma alarmante.

A falsa denúncia de abuso sexual não pode merecer o beneplácito da Justiça, que, em nome da proteção integral, de forma muitas vezes precipitada ou sem atentar ao que realmente possa ter acontecido, vem rompendo vínculo de convivência tão indispensável ao desenvolvimento saudável e integral de crianças em desenvolvimento.

Flagrada a presença da síndrome da alienação parental, é indispensável a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Mister que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável.

SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica, Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo e Professora de Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP

Resumo:

Objetivo: destacar a importância da síndrome de alienação parental sob o enfoque da Ciência Jurídica. **Aspectos abordados:** 1. conceito; 2. causas determinantes do processo de alienação; 3. graus e extensão da alienação; 4. meios para obter a alienação parental; 5. elementos de identificação da alienação parental; 6. conseqüências da alienação parental; 7. a repressão judicial à alienação parental; 8. o papel do advogado diante da alienação parental. **Conclusões:** identificar a alienação parental e evitar que esse maléfico processo afete a criança e se converta em síndrome são tarefas que se impõem ao Poder Judiciário. O advogado que milita na área do direito de família deve priorizar a defesa do menor, mesmo quando procurado pelo genitor alienante para a defesa de seus direitos, inclusive com a recusa ao patrocínio da causa do progenitor alienante.

Descritores: Maus tratos infantis. Leis. Ética. Criança.

Resumen:

Objetivo*:* destacar la importancia del síndrome de alienación parental sobre enfoque de la Ciencia Jurídica.**Aspectos abordados:** 1. concepto; 2. causas determinantes del proceso de alienación; 3. grados y extensión de la alienación; 4. medios para obtener la alienación parental; 5. elementos de identificación de la alienación parental: 6. consequencias de la alienación parental; 7. la represión judicial a la alienación parental; 8. el papel del abogado delante de la alienación parental. **Conclusiones:** identificar la alienación parental y evitar que este maléfico proceso afecte al niño y se convierta en síndrome son tareas para el Poder Judicial. El abogado que milita en el área del derecho de família debe priorizar la defensa del niño, inclusive con la recusa al patrocínio de la causa del progenitor alienante.

Palabras clave*:* Maus tratos. Leyes. Ética. Niño.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Uma vez consumada a separação do casal e outorgada a guarda dos filhos a um dos ex-consortes, assiste ao outro, como cediço, o direito-dever de com eles estar. É o chamado direito de visitas, o qual não compreende, ao contrário do que possa parecer, apenas o contato físico e a comunicação entre ambos, mas o direito de o progenitor privado da custódia participar do crescimento e da educação do menor. Trata-se de uma forma de assegurar a continuidade da convivência entre o filho e o genitor não-guardião, ou seja, do vínculo familiar, minimizando, assim, a desagregação imposta pela dissolução do casamento.

O regime de visitas estabelecido no acordo de separação ou determinado pelo juiz objetiva, desse modo, não apenas atender aos interesses e às necessidades do genitor não-titular da guarda, mas principalmente aqueles referentes ao próprio menor. Por essa razão, o exercício do direito de visitas não pode ser embaraçado ou suprimido, a não ser que circunstâncias extremamente graves assim recomendem.

Lamentavelmente, e com maior freqüência do que se supõe, reiteradas barreiras são opostas pelo guardião à realização das visitas. Como se demonstrará mais adiante, não são poucos os artifícios e manobras de que se vale o titular da guarda para obstaculizar os encontros do ex-cônjuge com o filho: doenças inexistentes, compromissos de última hora, etc. E, o que é pior e mais grave, tais impedimentos vêm ditados por inconcebível egoísmo, fruto exclusivo da animosidade que ainda reina entre os ex-consortes, sendo certo que, sem qualquer pejo, em nome de tais espúrios sentimentos, a criança é transformada em instrumento de vingança.

Esquecem os genitores que a criança, desde o nascimento, tem direito ao afeto, à assistência moral e material e à educação. [1] E não é por outra razão que a Constituição no art. 227 estabelece ser "dever da família (...) assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito (...) à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Pois bem, o ex-consorte – geralmente o detentor da custódia -, que intenta afastar o filho do relacionamento com o outro genitor, promove aquilo que se denomina de alienação parental. Essa situação pode dar ensejo ao aparecimento de uma síndrome, a qual exsurge do apego excessivo e exclusivo da criança com relação a um dos genitores e do afastamento total do outro.

Apresenta-se como resultado da conjugação de técnicas e/ou processos que consciente ou inconscientemente[2] são utilizados pelo genitor que pretende alienar a criança, aos quais se faz aliar a pouca vontade da criança em estar com o genitor não titular da guarda.

A criança que padece do mal se nega terminante e obstinadamente a manter qualquer tipo de contato com um dos genitores, independentemente de qualquer razão ou motivo plausível. Cuida-se, na verdade, de um sentimento de rejeição a um dos genitores, via de regra incutido pelo outro genitor no infante, o qual, em um primeiro momento, leva o petiz a externar – sem justificativas e explicações plausíveis – apenas conceitos negativos sobre o progenitor do qual se intenta alienar e que evolui, com o tempo, para um completo e, via de regra, irreversível afastamento, não apenas do genitor alienado, como também de seus familiares e amigos. [3]

Essa alienação pode perdurar anos seguidos – com gravíssimas conseqüências de ordem comportamental e psíquica -, e geralmente só é superada quando o filho consegue alcançar certa independência do genitor-guardião que lhe permite entrever a irrazoabilidade do distanciamento a que foi induzido.

A esse processo patológico dá-se o nome de síndrome de alienação parental, [4] a qual é considerada, do ponto de vista médico, relativamente à criança, como uma forma de abuso emocional [5] e é punida, nos EUA, segundo o Family Court Act, com a perda da guarda e a supressão do direito de visitas por parte do genitor responsável pela alienação. [6]

Àquele que busca arredar a presença do outro genitor da esfera de relacionamento com o filho outorga-se o nome de "progenitor alienante" e ao outro, de cujo contato se subtrai a criança, de "progenitor alienado". Geralmente o papel de progenitor alienante cabe à mãe e o de alienado ao pai.

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta – quando

ainda não dá lugar à instalação da síndrome – é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário - o restabelecimento das relações com o genitor preterido. [7] Já a síndrome, segundo estatísticas divulgadas por DARNALL, somente cede, durante a infância, em 5% (cinco por cento) dos casos.

Essa patologia afeta mais os meninos – que são os que mais sofrem com a ausência paterna – em idade que varia entre 8 e 11 anos. Crianças mais velhas tendem a opor maior resistência à pressão do genitor alienante, pois já têm um pouco mais de independência e de vontade própria. [8]

2. CAUSAS DETERMINANTES DO PROCESSO DE ALIENAÇÃO

Malgrado o objetivo da alienação seja sempre o mesmo – o banimento do outro genitor da vida do filho - , as razões que levam o genitor alienante a promovê-la denotam-se bastante diversificadas, muito embora resultem quase sempre das circunstâncias de se tratar o genitor alienante de pessoa exclusivista ou que assim procede motivado por um espírito de vingança ou de mera inveja.

Muitas vezes o afastamento da criança vem ditado pelo inconformismo do cônjuge com a separação; em outras situações funda-se na insatisfação do genitor alienante, ora com as condições econômicas advindas do fim do vínculo conjugal, ora com as razões que conduziram ao desfazimento do matrimônio, principalmente quando este se dá em decorrência de adultério e, mais frequentemente, quando o ex-cônjuge prossegue a relação com o parceiro da relação extra-matrimonial. Nesse último caso, o alijamento dos filhos de um dos pais resulta de um sentimento de retaliação por parte do ex-cônjuge abandonado que entrevê, na criança, o instrumento perfeito da mais acabada vindita.

Pode suceder também que a exclusividade da posse dos filhos revele-se como conseqüência do desejo de não os ver partilhar da convivência com aqueles que vierem a se relacionar com o ex-cônjuge – independentemente de terem sido estes, ou não, os responsáveis pelo rompimento do vínculo matrimonial.

Em outras hipóteses - não de rara ocorrência – a alienação promovida apresenta-se como mero resultado da posse exclusiva que o ex-cônjuge pretende ter sobre os filhos. São situações que se repetem na prática, muito

embora os motivos que as ditam se mostrem de natureza diversa: às vezes é a solidão a que se vê relegado o ex-cônjuge, especialmente quando não tem familiares próximos -, isolamento esse que o leva a não prescindir da companhia dos filhos; outras vezes é a falta de confiança – fundada ou infundada -, que o ex-cônjuge titular da guarda nutre pelo ex-consorte para cuidar dos filhos. Em determinadas situações, a alienação representa mera conseqüência do desejo de o alienante deter, apenas para si, o amor do filho; algumas outras vezes, resulta do ódio que o genitor alienante nutre pelo alienado ou mesmo do simples fato de julgar o alienante não ser o outro genitor digno do amor da criança.

A depressão de que possa padecer o progenitor alienante também é apontada como motivadora da alienação parental, assim como a dificuldade de relacionamento entre os pais. Às vezes, até mesmo a diversidade de estilos de vida é tida como causa da alienação parental, e quando isso ocorre, tal se dá diante do receio que tem o alienante de que a criança possa adotar ou preferir aquele *modus vivendi* por ele não adotado.

Lamentavelmente, em alguns casos, o fator responsável pela alienação é o econômico: o genitor alienante objetiva obter maiores ganhos financeiros ou mesmo outros benefícios afins, à custa do afastamento da criança. Em circunstâncias como essas, se o genitor alienado resistir à chantagem, as portas para a síndrome estarão abertas. [9]

Quando provocada especificamente pelo pai, a alienação parental ora vem motivada pelo desejo de vingança pela separação - ou pelas causas que a determinaram (v.g. adultério)-; ora pela necessidade de continuar mantendo o controle sobre a família; ora até mesmo para evitar o pagamento de pensão alimentícia.

A alienação parental - seja ela induzida pelo pai ou pela mãe e malgrado motivada por fatores diversos -, produz os mesmos sintomas na criança e a afeta de igual modo[10].

Todas essas circunstâncias - oriundas de uma atitude imatura e egoísta – acabam dando ensejo ao alijamento pretendido e, por consequência, à síndrome. Se por um lado, logra o genitor alienante prejudicar o alienado, por outro, torna vítima dessa situação, a criança. A partir daí, como veremos, as conseqüências para os filhos - ainda que a ruptura da convivência com o outro progenitor não seja absoluta -, são as mais graves possíveis.

3. GRAUS E EXTENSÃO DA ALIENAÇÃO

A alienação nem sempre é atingida em termos absolutos: às vezes a resistência do genitor alienado é de tal ordem que ainda consegue este se avistar com os filhos – de modo forçado ou não – em casas de parentes, educandários ou até mesmo em visitários públicos. A alienação parental, no entanto, é via de regra, alcançada pelo trabalho incansável de destruição da figura do progenitor alienado, promovida pelo progenitor alienante. Tal esforço conduz a situações extremas de alienação que acabam por inviabilizar qualquer contato com o genitor definitivamente alienado. Muitas vezes até, a resistência oferecida pelos filhos ao relacionamento com um dos pais é tamanha que a alienação parental acaba por contar, inclusive, com o beneplácito do Poder Judiciário. Não raro, diante de circunstâncias como essas, alguns juízes chegam até mesmo a deferir a suspensão do regime de visitas. É o quanto basta para que se tenha a síndrome por instalada em caráter definitivo.

Um outro meio de manobra para excluir o outro genitor da vida do filho é a mudança de cidade, estado ou país. Geralmente essa transferência de domicílio dá-se de modo abrupto, após anos de vida em local ao qual não apenas o genitor alienante encontrava-se acostumado e adaptado, como também a criança que, de inopino, vê-se privada do contato com o progenitor alienado, com os familiares, com os amiguinhos, com a escola à qual já se encontrava integrada etc. E tudo em nome de vagas escusas: melhores condições de trabalho ou de vida, novo relacionamento amoroso com pessoa residente em cidade diferente e, via de regra, distante, etc. Nesses casos, adverte GARDNER, o juiz deve se mostrar muito atento para verificar quando se trata de mudança ditada por motivos reais e justificados e quando esta não passa de subterfúgio para afastar o outro genitor do filho. [11]

Por fim, quando o genitor alienante não logra obter a alienação desejada, esta é alcançada pelo mais trágico dos meios: o assassinato do genitor que se pretende alienar, ou mesmo – o que é mais terrível – dos próprios filhos.

É conhecido, em São Paulo, o caso de uma mulher que, inconformada com a perda do marido em decorrência da separação havida, assassinou os três filhos e, em seguida, se suicidou. O homicídio e o suicídio perpetrados justificar-se-iam, consoante as palavras por ela deixadas, pelo fato de quê, sem a sua presença, ninguém mais saberia cuidar e educar os seus filhos. Daí

porque não conseguindo mais viver sem o marido de quem se separara, entendia ela que os filhos também não teriam condições de continuar vivendo. Foi por essa estapafúrdia e pífia razão que, antes de se suicidar, matara as três crianças.

O caso representa, sem dúvida, o grau máximo em que se pode verificar a consumação da alienação parental.

4. MEIOS PARA OBTER A ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é obtida por meio de um trabalho incessante levado a efeito pelo genitor alienante, muitas vezes, até mesmo, de modo silencioso ou não explícito. Nem sempre, realmente, é alcançada por meio de lavagens cerebrais ou discursos atentatórios à figura paterna. Na maior parte dos casos, o cônjuge titular da guarda, diante da injustificada resistência do filho em ir ao encontro do outro genitor, limita-se a não interferir, permitindo, desse modo, que a insensatez do petiz prevaleça.

É curioso observar que, em situações como essas, se indagado o menor acerca dos motivos pelos quais não deseja estar com o outro genitor, nenhuma explicação convincente é fornecida. Algumas vezes a justificativa resume-se no desagrado em comparecer em determinados lugares (casa dos avós, por exemplo); em outras oportunidades a justificativa encontra amparo na não participação do genitor em determinadas brincadeiras, ou mesmo, no inconformismo com o cumprimento dos deveres escolares imposto pelo outro genitor.

Em outras circunstâncias, o genitor alienante opõe às visitas toda sorte de desculpas: estar a criança febril; acometida por dor de garganta; visitas inesperadas de familiares; festinhas na casa de amigos etc. Também, com freqüência, o genitor alienante vale-se de chantagem emocional para lograr a alienação parental: induz a criança à crença de que se ela mantiver relacionamento com o genitor alienado estar-lhe-á traindo, permitindo, desse modo, que ele, genitor alienante, permaneça só, abandonado e, portanto, infeliz.

5. ELEMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Tendo em vista o casuísmo das situações que levam à identificação da síndrome de alienação parental, a melhor forma de reconhecê-las encontra-se no padrão de conduta do genitor alienante, o qual se mostra caracterizado quando este, dentre outras atitudes: a) denigre a imagem da pessoa do outro genitor; b) organiza diversas atividades para o dia de visitas, de modo a torná-las desinteressantes ou mesmo inibi-las; c) não comunica ao outro genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos (rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doenças etc.) d) toma decisões importantes sobre a vida dos filhos sem prévia consulta ao outro cônjuge (por exemplo: escolha ou mudança de escola, de pediatra etc.); e) viaja e deixa os filhos com terceiros sem comunicação ao outro genitor; f) apresenta o novo companheiro à criança como sendo seu novo pai ou mãe; g) faz comentários desairosos sobre presentes ou roupas compradas pelo outro genitor ou mesmo sobre o gênero do lazer por este oferecido ao filho; h) critica a competência profissional e a situação financeira do ex-cônjuge; i) obriga a criança a optar entre a mãe e o pai, ameaçando-a das conseqüências caso a escolha recaia sobre o outro genitor; j) transmite o seu desagrado diante da manifestação de contentamento externada pela criança em estar com o outro genitor; k) controla excessivamente os horários de visitas; l) recorda à criança, com insistência, motivos ou fatos ocorridos pelos quais deverá ficar aborrecida com o outro genitor; m) transforma a criança em espiã da vida do ex-cônjuge; n) sugere à criança que o outro genitor é pessoa perigosa; o) emite falsas imputações de abuso sexual, uso de drogas e álcool; p) dá em dobro ou triplo o número de presentes que a criança recebe do outro genitor; q) quebra, esconde ou cuida mal dos presentes que o genitor alienado dá ao filho; r) não autoriza que a criança leve para a casa do genitor alienado os brinquedos e roupas de que mais gosta; s) ignora, em encontros casuais, quando junto com o filho, a presença do outro progenitor, levando a criança a também desconhecê-la; t) não permite que a criança esteja com o progenitor alienado em ocasiões outras que não aquelas prévia e expressamente estipuladas etc.[12] / [13]

6. CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Consumadas a alienação e a desistência do alienado de estar com os filhos tem lugar a síndrome da alienação parental, sendo certo que as seqüelas

de tal processo patológico comprometerão, definitivamente, o normal desenvolvimento da criança. [14]

A síndrome uma vez instalada no menor enseja que este, quando adulto, padeça de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado. Por outro lado, o genitor alienante passa a ter papel de principal e único modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento. Mas os principais efeitos da referida síndrome são aqueles correspondentes às perdas importantes (morte de pais, familiares próximos, amigos etc.). Como decorrência, a criança passa a revelar sintomas diversos: ora apresenta-se como portadora de doenças psicossomáticas, ora mostra-se ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva. Os relatos acerca das conseqüências da síndrome da alienação parental abrangem ainda a depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e às vezes suicídio. É escusado dizer que, como toda conduta inadequada, a tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como conseqüência da síndrome.

Por essa razão, instilar a alienação parental em criança é considerado, pelos estudiosos do assunto, como comportamento abusivo, tal como aqueles de natureza sexual ou física.

Em grande parte dos casos, a alienação parental não afeta apenas a pessoa do genitor alienado, mas também de todos aqueles que o cercam: familiares, amigos, serviçais etc., privando a criança do necessário e salutar convívio com todo um núcleo familiar e afetivo do qual faz parte e no qual deveria permanecer integrada.

7. A REPRESSÃO JUDICIAL À ALIENAÇÃO PARENTAL

Uma vez identificado o processo de alienação parental é importante que o Poder Judiciário aborte o seu desenvolvimento, impedindo, dessa forma, que a síndrome venha a se instalar.

Via de regra, até por falta de adequada formação, os juízes de família fazem vistas grossas a situações que, se examinadas com um pouco mais de cautela, não se converteriam em exemplos do distúrbio ora analisado.

É imperioso que os juízes se dêem conta dos elementos identificadores da alienação parental, determinando, nestes casos, rigorosa perícia psicossocial para, aí então, ordenar as medidas necessárias para a proteção do infante.

Observe-se que não se cuida de exigir do magistrado – que não tem formação em psicologia – o diagnóstico da alienação parental. Mas o que não se pode tolerar é que, diante da presença de seus elementos identificadores, não adote o julgador, com urgência máxima, as providências adequadas, dentre as quais o exame psicológico e psiquiátrico das partes envolvidas.

Uma vez apurado o intento do genitor alienante, insta ao magistrado determinar a adoção de medidas que permitam a aproximação da criança com o genitor alienado, impedindo, assim, que o progenitor alienante obtenha sucesso no procedimento já encetado.

As providências judiciais a serem adotadas dependerão do grau em que se encontre o estágio da alienação parental. Assim, poderá o juiz: a) ordenar a realização de terapia familiar[15], nos casos em que o menor já apresente sinais de repulsa ao genitor alienado; b) determinar o cumprimento do regime de visitas estabelecido em favor do genitor alienado, valendo-se, se necessário, da medida de busca e apreensão; c) condenar o genitor alienante ao pagamento de multa diária enquanto perdurar a resistência às visitas ou a prática ensejadora da alienação; d) alterar a guarda do menor - principalmente quando o genitor alienante apresenta conduta que se possa reputar como patológica -, determinando, ainda, a suspensão das visitas em favor do genitor alienante ou que sejam estas realizadas de forma supervisionada[16]; e) dependendo da gravidade do padrão de comportamento do genitor alienante ou mesmo diante da resistência por este oposta ao cumprimento das visitas[17], ordenar a respectiva prisão.

Muito embora, no Direito Brasileiro, a oposição de impedimento ao exercício do direito de visitas não seja considerada crime – ao contrário do que sucede em outros países[18] -, entre nós o apenamento pode vir alicerçado no descumprimento de ordem judicial, delito contemplado no art. 330 do Código Penal.

8. O PAPEL DO ADVOGADO DIANTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Identificar a alienação parental e evitar que este maléfico processo afete a criança e se converta em síndrome é tarefa que se impõe ao Poder Judiciário que, para esse fim, deverá contar com o concurso de assistentes sociais e, principalmente, de psicólogas. Por sua vez, aos advogados que militam na área do direito de família, quando procurados pelo genitor alienante

para a defesa de seus direitos, tarefa de menor dificuldade e importância não lhes é destinada.

Patenteado o processo de alienação parental promovido pelo progenitor alienante, não se permite aos advogados, em nome de uma suposta defesa dos de seus direitos, prejudicar aquele que é, em tais casos, o interesse maior a ser protegido: o do menor. A recusa ao patrocínio, em tais situações, impõe-se, também, por força do comando constitucional que erige à condição de dever da sociedade – e, por conseguinte, de todo e qualquer cidadão – assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar (Constituição, art. 227).

---

[1] Princípios esses repetidos pelos arts. 4º. e 5ºdo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei no. 8.069 de 13 de julho de 1.990).

[2] Daí porque nos EUA fala-se do *"naive alienator"*, ou seja, aquele que procura, inconscientemente, afastar o outro genitor do convívio com o filho.

[3] Cf. STAN HAYWARD FNF Research Officer *in* A Guide to the Parental Alienation Syndrome (www.coeffic.demon.co.UK/pas.htm).

[4] A síndrome da alienação parental foi concebida em 1985 por um professor de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia (EUA), doutor Richard A. Gardener.

[5] Cf. Texas Fathers for Equal Rights – The Father Guide Coping with Parental Alienation, p. 2 (www.startext.net/home/tfer/FG3.htm).

[6] JOEL R. BRANDES *in* Parental Alienation, NY Law Journal, March, 26, 2000,, p. 1 (www.brandeslaw.com/parental 1%20 alienation.htm).

[7] .cf. DOUGLAS DARNALL, Parental Alienation Conference, 3.2.99, (www.fact.on.ca/info/pas/darnall.htm).

[8] Cf. DOUGLAS DARNALL, Parental Alienation Conference cit., p. 3.; cf. também do mesmo autor Parental Alienation: Not in the Best Interest of the Children , *in* North Dakota Law Review vol. 75, 1999, p. 323-336;

[9] Cf. outras hipóteses menos frequentes em STAN HAYWARD, A Guide cit., p.).

[10] LEONA M. KOPETSKI, Identifying Cases of Parental Alienation Syndrome, Part II, *in* The Colorado Lawyer, March, 1998, vol. 27, n. 3, p. 4

[11] *In* Family Therapy of the Moderate Type of Parental Alienation Syndrome, p. 6.

[12] DOUGLAS DARNALL: Parental Alienation: Not in the Best Interest of the Children, *in* North Dakota Law Review vol. 75, 1999, p. 323-336; Parental Alienation Conference cit. (www.fact.on.ca/info/pas/darnall.htm); Symtoms of Parental Alienation (www.parental alienation.com/PASfound3.htm); L.F.LOWENSTEIN, Parental Alienation Syndrome: A two Step Approach Toward a Solution, p. 10 *from Contemporary Family Therapy, vol. 20, n. 4,p. 505-520.*

[13] STAN HAYWARD FNF Research Officer A Guide to the Parental Alienation Syndrome, p. 9 (www.coeffic.demon.co.UK/pas.htm).

[14] GARDNER anota, a propósito, que nesses casos a ruptura do relacionamento entre a criança e o genitor alienado é de tal ordem que a respectiva reconstrução, quando possível, demandará hiato de largos anos (Parental Alienation Syndrome, Addendum I to 2nd Edition – June 1999, p. 1)

[15] L.F.LOWENSTEIN, Parental Alienation Syndrome: A two Step Approach Toward a Solution, p. 10 *from Contemporary Family Therapy, vol. 20, n. 4,p. 505-520.*

[16] Não se registra nos anais de nossa jurisprudência decisão de modificação de guarda ditada exclusivamente pelo impedimento oposto às visitas por parte do titular da custódia. Há um único e isolado julgado em que a alteração da custódia encontrava um de seus fundamentos em tal circunstância, mas a razão primeira da decisão fulcrava-se nos maus tratos infligidos pelo guardião à filha menor.(TJRS, Ap. Cível no. 598242972, 8ª. CC, Rel. Dês. Alzir Felippe Schmitz, j. em 13/04/2000)

[17] Código Penal, art. 330.

[18] Assim, por ex: A) Código Penal da Noruega "§ 216. Any person who causes or is accessory to causing a minor to be unlawfully deprived of or kept deprived of his parents' or other authorized persons' care shall be liable to imprisonment for a term not exceeding three years. If there are extenuating circumstances, fines may be imposed.

A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E O TITULAR DO DIREITO DE VISITA

Iracema Jandira Oliveira da Silva

Especialista em Psicologia Clínica pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Psicologia pela Pontifica Universidade Católica de São Paulo. Psicóloga do Ministério Público do Estado do Pará, Professora da Faculdade de Psicologia da Universidade Federal do Pará.

"Então vieram duas mulheres prostitutas ao rei, e se puseram perante ele. E disse-lhe uma das mulheres: Ah! senhor meu, eu e esta mulher moramos numa casa; e tive um filho, estando com ela naquela casa E sucedeu que, ao terceiro dia, depois do meu parto, teve um filho também esta mulher; estávamos juntas; nenhum estranho estava conosco na casa; somente nós duas naquela casa. E de noite morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele. E levantou-se à meia noite, e tirou o meu filho do meu lado, enquanto dormia a tua serva, e o deitou no seu seio; e a seu filho morto deitou no meu seio. E, levantando-me eu pela manhã, para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas, atentando pela manhã para ele, eis que não era meu filho, que eu havia tido. Então disse à outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho, e teu filho o morto. Porém esta disse: Não, por certo, o morto é teu filho, e meu filho o vivo. Assim falaram perante o rei. Então disse o rei: Esta diz: Este que vive é meu filho, e teu filho o morto; e esta outra diz: Não, por certo, o morto é teu filho e Disse mais o rei: Trazei-me uma espada. E trouxeram uma espada diante do rei. E disse o rei: Dividi em duas partes o menino vivo; e dai metade a uma, e metade a outra. Mas a mulher, cujo filho era o vivo, falou ao rei (porque as suas entranhas se lhe enterneceram por seu filho), e disse: Ah! senhor meu, dai-lhe o menino vivo, e de modo nenhum o mateis. Porém a outra dizia: Nem teu nem meu seja; dividi-o. Então respondeu o rei, e disse: Dai a esta o menino vivo, e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe." Reis I,3:15;28

1. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A guarda de menores é uma questão das mais delicadas na vida forense. Os operadores do direito devem, mais do que guiar-se pelos aspectos puramente jurídicos, orientar-se pelos fatos da causa, deixando fluir a sensibilidade necessária para a resolução do conflito.

Nesse aspecto, os Tribunais de Família desde há muito, têm assistido a disputas em custódia de crianças que se recusam terminantemente a conviver com um dos genitores, as quais apresentam doenças psicossomáticas, crises emocionais, ou de *birra*, às vésperas do encontro com o genitor que rejeitam; relatam acontecimentos inexistentes atribuídos a ele, relatos que amiúde, podem levá-lo a perder o poder familiar ou até a responder criminalmente pela atitude que lhe foi creditada pela criança.

Essa rejeição a um dos pais é mais visível na presença do genitor guardião. Com frequência, o incômodo diante do progenitor rejeitado cessa quando a criança fica a sós com ele, mas ao retornar para a casa do guardião, a criança passa a externar o quanto se sentiu mal e incomodado durante a visita do final de semana ao não-guardião, em uma necessidade premente de agradar ao guardião, demonstrando que percebe a necessidade dele de querer ser amado exclusivamente em detrimento do outro genitor.

Essa situação é duradoura e se pereniza indefinidamente, ou perdura próximo à independência emocional da criança, ao final da adolescência, se os operadores do direito não tiverem a necessária sensibilidade de perceber e de intervir adequadamente no conflito relacional, interpsíquico e intrapsíquico, advindo das problemáticas paternas e maternas, que subjazem à disputa pelo infante.

Um médico americano, professor de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, EUA, Richard A. Gardner, em 1985, chamou a esse processo patológico de Síndrome de Alienação Parental, nomeando *alienado* ao genitor excluído da relação com os filhos e *alienante* ao genitor que busca excluir o outro genitor da relação com a prole.

Do ponto de vista psicológico, esta *síndrome* é uma forma de abuso emocional cometida por um dos pais contra a criança.

Muito embora o referido autor descreva e nomeie como síndrome a este processo, é preciso esclarecer que os sistemas classificatórios nosológicos existentes, tanto o DSM-IV-TR (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental*

Disorders), pertencente à American Psychiatric Association, quanto a *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*, conhecida como CID-10, organizada pela OMS, em sua 10ª Revisão, não creditam ao processo descrito por Gardner um quadro nosológico ou sindrômico específico. Isto quer dizer que apesar do termo *Síndrome da Alienação Parental* ter se popularizado nos Tribunais de Família, e em especial, nas disputas de guarda e custódia de crianças, ela não é reconhecida oficialmente como um processo sindrômico pelos sistemas classificatórios nosológicos existentes na atualidade. O motivo do não reconhecimento é a inexistência de estudos científicos objetivos e consistentes em número considerável que fundamentem a tese de Gardner, bem como os que existem se baseiam mais em estudos descritivos sobre a dinâmica do processo.

2 INDICADORES COMPORTAMENTAIS NA CONDUTA DO PAI ALIENANTE

Pode-se descrever fenomenologicamente o comportamento do genitor alienante da seguinte maneira: o objetivo principal da sua conduta alienante é denegrir a imagem da pessoa do outro genitor para a criança, de modo a destruir o valor afetivo que o ela possui para o filho, ou seja, *devastar o império para reinar sozinho*, não importando a que preço ele conseguirá imperar sobre os filhos, mesmo que para isso desorganize o psiquismo desses, reinando sobre um império devastado.

Com esse propósito organiza diversas atividades no dia das visitas estabelecidas, de modo a torná-las desinteressantes para a criança ou mesmo impedi-las; não comunica ao outro genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos, tais como rendimento escolar, data de consultas médicas, doenças das crianças, contudo reclama que o outro genitor é negligente no trato à saúde e educação dos filhos; toma decisões importantes sobre a vida deles sem prévia consulta, por exemplo, mudar de escola ou de médico; viaja e deixa os filhos com terceiros sem comunicação aos demais interessados; apresenta um namorado à criança como sendo seu novo pai ou mãe; desfaz de presentes ou roupas compradas pelo outro genitor ou mesmo sobre o gênero do lazer que o outro oferece aos filhos; faz críticas ao modo ou ao comportamento do ex-cônjuge, criticando, também, sua competência profissional e sua situação financeira.

O genitor alienante costuma fazer chantagem emocional com a criança quando observa que ela gostou de estar na companhia do outro genitor; obriga a criança a optar entre a mãe e o pai, ameaçando-a das consequências caso a escolha recaia sobre o outro genitor; transmite o seu desagrado diante da manifestação de contentamento externada pela criança em estar com o genitor não guardião; controla excessivamente os horários das visitas; recorda à criança, com insistência, motivos ou fatos ocorridos pelos quais se aborreceu com o ex-cônjuge; transforma a criança em espiã da vida do outro genitor, perguntando-lhe sobre os acontecimentos havidos durante a visita realizada no fim de semana, os detalhes do cotidiano da vida do outro casal e se irrita com os filhos quando eles se recusam a desempenhar tal papel.

Sugere à criança que o outro genitor é pessoa perigosa; orienta a criança a emitir falsas imputações de abuso sexual, uso de drogas e álcool, ou mesmo interpreta como abusivo o comportamento materno/paterno que em qualquer outra circunstância seria analisado como normal.

Em relação aos presentes dá em dobro ou triplo o número dos que a criança recebe do outro genitor, quebrando, escondendo ou cuidando mal daqueles que o genitor alienado dá ao filho, para em seguida anunciar que os objetos eram todos de péssima qualidade; não autoriza a criança levar para a casa do genitor alienado os brinquedos e roupas de que mais gosta, alegando, ou terem sido compradas por ele guardião ou que o genitor alienado tem a obrigação de comprar vestimentas, e mantê-las na outra residência.

Ignora, em encontros casuais, quando junto com o filho, a presença do outro progenitor, levando a criança a comportar-se da mesma maneira; não permite que a criança esteja com o progenitor alienado em outras ocasiões que não aquelas previamente estipuladas pelo juízo, impede a criança de ir para a casa do genitor em ocasiões e cerimônias importantes, tais como, casamentos, batizados, aniversários de meio-irmãos e que a criança gostaria de comparecer; está sempre atento à possibilidade de emissão de documentos de busca e apreensão dos filhos, mas desaparece temporariamente com eles, para reaparecer depois como se nada houvesse acontecido, e como se não soubesse da emissão do pedido de busca.

Muitas vezes, a chantagem emocional chega ao limite da patologia, ao ponto de expressar verbalmente às crianças que sem elas a vida ficará tão sem sentido que preferirá a morte. Enfim, mantém os filhos aprisionados a sua loucura pessoal.

3. DINÂMICA FAMILIAR ONDE SE DESENROLA A ALIENAÇÃO PARENTAL

No artigo *A Dissolução do Complexo de Édipo*, escrito em 1924, Sigmund Freud refere que o complexo de édipo revela sua importância como fenômeno central do período sexual da primeira infância[1]. Passada a primeira infância, o complexo de édipo efetua sua dissolução, sucumbindo à repressão e é, então, seguido pelo período de latência, isto é, de adormecimento. Inicialmente, Freud declara que ainda não se tornaram claros para ele os motivos pelos quais o complexo de édipo é dissolvido. Mas dá uma indicação – as experiências frustrantes vividas pelas crianças em relação a seus pais.

Em *Observações sobre a estrutura psicótica*, comunicação feita à Sociedade Francesa de Psicanálise em janeiro de 1963, Piera Aulagnier, psicanalista francesa, de origem italiana, que dá continuidade à obra freudiana, refere que a relação mãe-bebê não espera o parto para existir[2], isto quer dizer que a gravidez instaura na mãe uma relação imaginária na qual a criança é representada pelo que a referida autora chama de *corpo imaginado*, ou seja, um corpo já completo e unificado, dotado de todos os atributos necessários para isso[3].

O corpo do filho é imaginariamente concebido pela mãe como sexuado e autônomo. E é sobre essa imagem, suporte imaginário do embrião, que se despeja a libido materna. A inserção da criança no imaginário materno enquanto um corpo sexuado e dotado de autonomia (...) testemunha o fato de que a mãe pode simbolizar seu discurso em torno do significante correspondente à ordem humana na qual ela se insere, mas que ela deve reconhecer como pré-existente e independente de sua própria existência[4].

A essa capacidade materna indispensável para que a criança possa ser reconhecida como mais um elo na cadeia significante cuja mãe é o fim e cujo prosseguimento esta tem que garantir, através da inserção de seu filho nela, chama-se de dimensão histórica materna.

É nessa perspectiva que, quando do primeiro encontro mãe-bebê, uma dinâmica muito peculiar ocorre – a mãe oferece ao filho um material psíquico

---

[1] FREUD, Sigmund, (1924), A dissolução do complexo de Édipo, *ESB*, vol., XIX, Rio de Janeiro, Imago, 1986, p.215
[2] AULAGNIER, Piera. Observações sobre a estrutura psicótica. 1986, p. 13.
[3] Idem. 1986, p. 14.
[4] AULAGNIER, op.cit. p. 15.

que respeita as exigências da repressão, e que foi remodelado pela sua própria psique. Por esse motivo, esse material é estruturante para o psiquismo infantil. Por seu lado, o bebê recebe esse material psíquico e o reconstrói tal como ele existia em sua forma arcaica, para que ela, em seu tempo, tinha-o recebido do Outro[5].

E, a maneira como a mãe percebe a criança, como sendo a materialização de seu ideal e de seu desejo, será registrada pela criança através da constituição de uma imagem que ela aceitará como sua. Assim sendo, é através do encontro do corpo da criança com as produções da psique materna que surgem as primeiras representações que a criança fará de si. A mãe, então, servirá à criança como seu primeiro agente identificatório.

Essa imagem que a criança faz de si mesma, e que organiza o Eu, constitui-se, portanto, mediante uma imagem advinda do outro, na medida em que, ele dota a criança de poderes soberanos e onipotentes, ao investir narcisicamente o seu corpo. Desta forma, o narcisismo infantil, isto é, o investimento do Eu pela libido, advém do narcisismo dos pais que imaginam suas crianças como se fossem o centro da criação e lhes atribuem toda a sorte de perfeições.

Do investimento libidinal materno sobre o corpo do filho, isto é, os cuidados com o corpo da criança, os carinhos, os afagos, a higienização do corpinho, resulta, a erogeneização do corpo infantil. E a representação que a criança irá fazer de si mesma possui estreita relação com a experiência afetiva e corporal que o bebê possui com sua mãe – seu primeiro objeto amoroso. Mais do que ser seu próprio ideal, ela é a herdeira dos ideais maternos.

Assim, surge o rudimento de um Eu que não é senão um saber que o Eu pode ter sobre o Eu [6]. Este Eu é formado pelo conjunto dos enunciados que torna dizível a relação da psique com os objetos do mundo por ela investidos e que ganham valor de referências identificatórias reconhecíveis pelos outros Eus que cercam o sujeito.

É, portanto, no que se segue e pelo que se segue à nominação do objeto investido, que surge o Eu: a descoberta do nome do objeto e da nominação do laço que o une ao sujeito, é que dão nascimento e sentido a uma instância que se auto define como sendo desejo, inveja, amor, ódio, espera deste objeto[7]. Isto quer dizer que, para se constituir, o Eu exige realidade:

---

[5] Idem, 1975, p. 109.
[6] Idem, 1975, p. 136.
[7] Idem, 1975, p. 135.

prazer real, significação e reconhecimento advindo de, pelo menos outro Eu, que lhe sirva de apoio, modelo identificatório e suporte de investimento.

Desta forma, o discurso materno antecipa o Eu para a criança, na medida em que emite enunciados que falam sobre o seu desejo pela criança e para a criança. Ao mesmo tempo, a criança se apropria desses enunciados, presentes no discurso materno, para dar sentido ao mundo e construir suas identificações.

Esses enunciados servem, então, à criança como emblemas identificatórios, mas o Eu não possui apenas uma dimensão identificada – aquela que é provida pelo discurso materno – ele também atribui sentido ao mundo, nomeia os sentimentos, significa as relações, possuindo um papel importante como instância identificante, não sendo, portanto, um produto passivo do discurso dos outros.

Essas duas dimensões do Eu, a identificada e a identificante, devem constituir-se em uma unidade harmônica. Da coincidência entre essas duas dimensões resultará o Eu ideal, unidade imaginária do Eu.

As origens da vida psíquica e do conflito coincidem, e a cena psíquica se desenrola tendo como pano de fundo uma matriz conflitual, isto é, uma luta entre Eros, desejo de vida, e Thanatos, desejo de morte, ou desejo de não desejar[8].

A dialética identificatória constitutiva do Eu, inicia-se no nascimento quando a mãe deseja que o *infans* demande e, por outro lado, o *infans* demanda que a mãe deseje. A essa demanda que visa a libido da mãe, chama-se de demanda primária. A essa demanda primária a mãe responderá ao filho oferecendo o seio.

Este seio, objeto inaugural de resposta, abre o jogo e terá, na identificação primária, uma função determinante[9]. Para a mãe, o seio é emblemático na medida em que não lhe serve tão somente como sinônimo de demanda alimentar, mas sim como emblema de um desejo de amor e de vida, sendo aquilo pelo qual ela se representa como alvo do desejo do bebê. Ao mesmo tempo, a resposta materna à demanda do bebê é dada a partir de seu próprio desejo (da mãe).

---

[8] AULAGNIER, Os dois princípios do funcionamento identificatório: permanência e mudança. 1986, p. 183.
[9] Op.cit. p. 198.

Nesse encontro inaugural, no qual o bebê demanda desejo e a mãe deseja que ele demande seu seio, ocorre a *identificação primária*, primeira manifestação da atividade psíquica. Esse primeiro encontro mãe-bebê, chama-se de *figura de abertura do jogo identificatório*, no qual mãe e bebê são colocados em cena. Nesse momento, qualquer manifestação de vida da criança é percebida pela mãe como um apelo, uma mensagem para a qual ela é a destinatária. Esse jogo interpretativo que a mãe realiza sobre as demandas de seu bebê é baseado em seu próprio desejo.

Assim, o desejo materno-paterno de ter filhos e o desejo pelo filho, desempenham um papel importante na constituição psíquica do sujeito. O desejo materno representa o suporte de toda dimensão identificatória, desejo cujas raízes encontram-se antes mesmo de o bebê nascer, por meio de pré-investimento de seu corpo imaginado e pré-enunciado pela mãe. É a um corpo que ainda não existe, a uma sombra, que o discurso materno se dirige. Esta sombra se constitui, então, de uma série de enunciados, suportes do desejo materno referentes à criança.

Após essa identificação primária, há um outro momento da dialética identificatória constitutiva do Eu, que é o momento do advento do Eu por meio da identificação especular. Nela, o Eu se constitui, como um Eu Ideal, identificado com a resposta dada ao (suposto) desejo materno. As respostas da mãe às demandas do bebê, vão ser metabolizadas fantasmaticamente por ele, como o desejo de dar-lhe ou de recusar-lhe prazer.

A relação do Eu à imagem na qual a criança se reconhece e se aliena surge no estádio do espelho proposto por Lacan. Esse é um encontro decisivo entre o observador, a criança, e seu reflexo. Essa experiência implica três momentos: primeiro, o surgimento no espelho de uma imagem que a psique reconhece como sua. Segundo, o bebê desvia o seu olhar em direção ao olhar de sua mãe, onde ele lê um enunciado que lhe fala de um prazer e de um desejo materno por ele. E, terceiro, o retorno do olhar da criança à imagem presente no espelho. A imagem que o bebê terá de si mesmo será constituída pela função entre a imagem e a legenda tal como a criança leu no olhar materno[10].

A junção entre esses três momentos aciona o registro imaginário, entrando em cena o momento no qual se opera uma soma entre a imagem especular e o enunciado identificatório que o outro pronuncia sobre esta

[10] AULAGNIER, 1975, p. 166.

imagem. Neste registro, a criança encontra não a simples imagem objetiva de si mesma, mas a designação que lhe envia o olhar do outro.

É ainda a associação realizada entre o discurso materno (escutado) e a própria imagem refletida no olhar materno (visto) que permite essa identificação especular ou imaginária. Esses enunciados se tornarão, num segundo tempo, propriedade do Eu e um ponto de ancoragem para sua constituição.

A identificação imaginária pressupõe a possibilidade para o sujeito se designar por um enunciado identificatório que possa ser referido à sua imagem, entendendo-se aqui a imagem de si que o acompanha ao longo de sua existência[11].

Com o surgimento do Eu e a aquisição da linguagem, as palavras são descobertas pela criança como portadoras de significado partilhado pelo meio social, e independente do desejo materno. Essas palavras passam a adquirir o atributo de emblemas identificatórios. Assim é que o Eu é historiado e estruturado pela linguagem a partir do discurso materno e paterno, os quais portam o desejo dos pais pelo filho.

Posteriormente, ocorre a *identificação simbólica* em dois tempos: o primeiro tempo da constituição do Eu (*identificação especular*) até o momento da castração, e o segundo tempo, que se segue à castração. No primeiro momento, a criança se apropria dos enunciados identificatórios presentes no discurso materno. O segundo momento, no qual o Eu constituído deve reelaborar esses enunciados e construir o seu próprio projeto identificatório.

Com a assunção da castração simbólica, e após a criança ter se tornado independente deste primeiro suporte identificatório, representado pelos pais, surge um enunciado identificatório do tipo quando eu crescer serei..., diferente do que era enunciado antes. Esses enunciados assinalam a entrada do sujeito na ordem da temporalidade, na medida em que há um tempo presente, tanto quanto um passado e um tempo futuro. Nesse momento, o Eu torna explícita sua demanda e seu voto identificatório dirigido a si mesmo.

Dessa forma, o Eu torna-se o redator de um compromisso identificatório. Compromisso esse que possui dois tipos de cláusulas, uma fixa e uma modificável, a fim de que possa preservar o futuro do Eu. Esse funcionamento identificatório é regido por dois princípios: o de permanência e o de mudança.

---

[11] Op.cit. p. 166.

O Eu é o compromisso que faz com que nos reconheçamos na nossa singularidade, porém parte de um conjunto, que é resultado de uma história que nos precedeu, mas que ao mesmo tempo é autor de uma história que está por vir.

Para que o trabalho de identificação ocorra de maneira viável, o Eu é obrigado a realizar alianças com o Eu parental, bem como deve dispor de um conjunto de defesas que o protejam de uma falha ou recusa desse outro Eu parental.

Nesse compromisso identificatório, o Eu parental é co-signatário, e lhe cabe a tarefa de garantir a identidade do redator e os limites da cláusula modificável nesse compromisso, ajudando-o em suas escolhas, excluindo as que são partes do impossível ou do interditado.

Ao final da infância, o Eu será o único redator do compromisso identificatório, tomando a si a responsabilidade de negociar os conflitos existentes entre as diversas instâncias, entre seus desejos e os dos outros, e entre seu mundo intrapsíquico e o dos demais.

A saída da infância coincide também com a sagração de uma redação conclusiva referente às cláusulas modificáveis, cláusulas essas que permitem ao Eu a inalienabilidade de sua posição no registro simbólico. Nesse momento, o Eu terá adquirido referências tais que lhe permitem reconhecer-se mesmo com as alterações que inevitavelmente ocorrerão no decurso da vida. Um princípio de permanência se encarregará da garantia de sua singularidade.

O Eu não se resume a ser um mero efeito do discurso dos pais. A criança poderá operar uma reformulação no discurso deles de acordo com seu desejo, e com o discurso do meio. Para reformular esse discurso o Eu precisa ancorar-se em alguns pontos de certeza sobre si – que foram nomeados, significados e investidos pelo porta voz a mãe, a fim de que possa agregar a esses pontos as imagens de si, identificadas no olhar de outras pessoas investidas pelo sujeito: pais, irmãos, amigos. Essas duas referências: o seu reconhecimento e o reconhecimento de si, através do olhar do outro, deverão ser articuladas pelo Eu.

Desse modo, o Eu é constituído pelo discurso do meio social, mediatizado por um meio psíquico organizado pelo desejo e pelo discurso dos pais. Isso significa que pouco poderia ser dito sobre o efeito da palavra

materna e paterna se não fosse levado em conta a lei à qual essa palavra está submetida[12].

Assim, faz-se necessário articular o registro sócio-cultural, isto é, o conjunto de instituições cujo funcionamento participa de um mesmo traço característico e que é acompanhado de um discurso sobre a instituição que afirma seus fundamentos e sua necessidade.

O ideal de ego freudiano de *projeto identificatório*, definindo-o como *a autoconstrução contínua do Eu pelo Eu*. Essa autoconstrução é necessária para que o Eu possa se projetar em um movimento temporal. E essa projeção no futuro exige do Eu a renúncia ao atributo da certeza, pois o Eu só pode esperar tornar-se[13].

Assim, o projeto identificatório marca o momento em que o sujeito pode investir em si mesmo e projetar-se no futuro, na busca vã e ilusória de procurar tornar-se aquilo que foi um dia, isto é, o Eu ideal.

A existência do Eu depende desta sua projeção no futuro. Para investir na mudança, o Eu deve acreditar na possibilidade de encontrar uma recompensa no futuro. Essa possibilidade de ver na mudança o instrumento de uma recompensa sob a forma de prazer futuro é uma condição necessária ao Eu.

O acesso ao projeto identificatório vem provar que o sujeito pode ultrapassar essa experiência fundamental que o obriga a renunciar aos objetos, que em uma primeira fase da vida, foram o suporte de sua libido objetal e de sua libido narcísica.

Entretanto, mesmo que a demanda enunciada pelo projeto identificatório seja de ideais dirigidos a si mesmo, o Eu precisa encontrar na realidade social a promessa de que esses ideais são possíveis de serem alcançados e que o grupo social, que é investido pelo sujeito, também valoriza seus ideais. Esse laço entre sujeito e meio social chama-se de contrato narcisista.

Por grupo social entende-se como sendo um conjunto de sujeitos que falam a mesma língua, são regidos pelas mesmas instituições e, quando é o caso, tendo a mesma religião. Metonimicamente esse grupo social é o conjunto das vozes presentes, o qual pode pronunciar um número indeterminado de

---

[12] Op.cit.1975. p. 146.
[13] Op.cit.1975. p. 154.

enunciados, entre eles os enunciados que definem a realidade do mundo, a razão de ser do grupo, a origem de seus modelos[14].

É necessário que esses enunciados sejam recebidos pelo grupo como palavras de certeza, senão serão substituídos por uma nova série. Qualquer que seja o grupo que defende, propõe ou impõe um modelo social, este modelo será sempre adequado aos ideais daqueles que o defendem. O sujeito avalia a realidade do mundo, tal qual ela lhe aparece, a partir de uma imagem ideal favorecida por sua teoria. Daí resulta que todo subgrupo em conflito com o modelo dominante vai se constituir em torno de seu próprio modelo.

A existência de um grupo implica que a maioria dos sujeitos – a não ser em momentos extremamente rápidos de sua história – aceita como verdadeiro um discurso que afirma o fundamento das leis que regem o funcionamento do grupo.

Essas leis são como tela de fundo que sustenta a representação que o sujeito faz do meio ideal. Em termos de conjunto, o sujeito vê no conjunto o suporte oferecido a uma parte de sua libido narcísica.

Por outro lado, o contrato narcisista se estabelece graças ao pré-investimento que o meio faz sobre a criança, como uma voz futura que ocupará o lugar que lhe será designado, dotando-a antecipadamente por projeção, do papel de sujeito do grupo. O contrato narcisista tem como signatários a criança e o grupo. O investimento da criança pelo grupo antecipa o investimento do grupo pela criança[15]. Desde sua vinda ao mundo, o grupo investe na criança como possibilidade futura, isto é, uma voz que repetirá os enunciados do grupo, garantindo dessa forma sua continuidade e perenização.

Em contrapartida ao investimento que a criança fará do grupo e de seus modelos, ela pedirá que lhe seja assegurado o direito de ocupar um lugar independente do veredicto parental, que lhe seja oferecido um modelo ideal que esteja afim com as leis do meio, e que os demais não possam negar, sem que reneguem essas mesmas leis.

A definição dada ao contrato narcisista implica na sua universalidade. Entretanto, a parte da libido narcisista investida pelo sujeito, varia de sujeito a sujeito, de casal a casal, e entre os dois elementos do casal. Porém, a qualidade e o montante do investimento presente no contrato que liga o casal parental ao meio, bem como a particularidade das referências e emblemas que ele

---

[14] Op. Cit. 1975. p. 149
[15] Op. Cit. 1975. p. 151.

privilegiará no registro sociocultural agirão de diferentes modos no espaço no qual o Eu da criança se constituirá.

O estado infantil faz com que entre a psique singular e o *meio psíquico ambiente*, um *micro-meio* – o ambiente familiar – sirva de elo intermediário e seja, em um primeiro momento, percebido e investido pela criança como metonímia do todo[16].

O meio ambiente familiar é, então, um micro meio e representa um lugar de transição entre a psique singular e o *meio psíquico ambiente*. Este ambiente é chamado por Piera Aulagnier de *minúsculo fragmento do campo social*, e esse fragmento torna-se para a criança o equivalente e o reflexo de uma realidade da qual ela só descobrirá as características diferenciais no curso de uma série de elaborações sucessivas sobre os enunciados identificantes emitidos pelas figuras parentais.

Daí decorre a necessidade de definir quais são os parâmetros próprios a esse *micro-meio* que pode ser: primeiro, a organização das forças libidinais que percorrem seu campo (*micro-meio familiar*); segundo, a ação exercida pelo discurso e pelo desejo do casal parental sobre a psique da criança, sendo o discurso e o desejo parental dois organizadores essenciais do espaço familiar.

A análise que se faz do meio psíquico privilegiado pela psique do *infans*, e que determinarão o seu destino, refere-se aos seguintes fatores: o porta-voz e sua ação repressora, com os efeitos e finalidades próprias do discurso materno; a ambigüidade da relação da mãe ao *saber-poder* pensar da criança; o reforço da violência imposta pela *linguagem fundamental*, enunciados pré-formativos que virão nomear o vivenciado que transformarão o afeto em sentimento; além do discurso parental, retorna à cena psíquica para construir os primeiros rudimentos do Eu[17]; e o desejo do pai de ter filhos, e desejar o filho.

Os fatores do *micro-meio familiar* – o porta-voz e sua ação repressora, como efeito e finalidade próprias do discurso materno; o desejo do pai pela filha, – a forma como esse desejo será atualizado sobre ela e, como esse desejo contribuirá para a constituição da sua feminilidade, é que vão estar no âmbito dessa análise.

---

[16] AULAGNIER. 1975. p. 105.

[17] Para Piera Aulagnier são esses objetos exteriores e, já investidos pela libido que, a posteriori, darão nascimento ao Eu, designando-o como aquele que os inveja, os possui, os recusa, os deseja.

Os desvios sofridos no decorrer desse processo, mostram a função desempenhada por uma terceira referência que remete ao pai, na medida em que ele se considera e é considerado como o primeiro representante dos outros, isto é como garantia da existência de uma ordem cultural constitutiva do discurso e do social; ordem esta a qual o pai deveria se submeter como sujeito.

Numa primeira fase da vida é a voz materna que permite a comunicação entre os dois espaços psíquicos em questão, sendo esses dois espaços, a psique infantil e o meio psíquico ambiente – o meio familiar.

Nesse sentido, o discurso da mãe possui um papel fundamental na estruturação da psique, pois, é ao discurso da mãe que o *infans* deve o fato de ser incluído em um discurso que pré-existe a ele próprio. Mas, a mãe também é porta-voz para a criança, no sentido de representar uma ordem exterior, cujo discurso enuncia suas leis e exigências. Assim, o discurso e o desejo parental são dois organizadores essenciais do espaço familiar, sendo que, o discurso da mãe ocupa um lugar privilegiado para a criança.

Então, que tipo de material é metabolizado pela psique da criança, se esses objetos estão, a priori, na área da psique materna? O que o bebê metaboliza um fragmento do mundo de acordo com a interpretação imposta pela repressão da psique materna[18].

Esse fragmento do mundo, modelado pelo trabalho da repressão da psique materna, será metabolizado pela psique infantil, numa representação que ainda não sofreu o efeito da repressão. Isso quer dizer que a psique se apropria de um objeto marcado pelo princípio da realidade, metabolizando-o em um objeto modelado apenas pelo princípio do prazer[19].

Assim, anterior à existência da criança, há um discurso que pré-enuncia para ela o mundo exterior. Esse discurso exerce sobre o psiquismo infantil uma violência, que entretanto, é necessária para permitir o acesso da criança à ordem do humano. Esse discurso, que é pronunciado pela voz materna, dirige-se a uma sombra falante projetada sobre o corpo do bebê. A essa função atribuída ao discurso materno na estruturação psíquica da criança, Piera Aulagnier chama de porta-voz.

A consequência essencial da ação antecipadora do discurso da mãe, e do discurso em geral, é o efeito pré-formativo e indutor do que deverá ser

---

[18] Op. Cit. 1975. p. 108.
[19] Op. Cit. 1975. p. 108.

reprimido[20]**.** Esta antecipação oferece ao sujeito um dom sem o qual ele não poderá se tornar sujeito: de início ele transforma em significação – de amor, de desejo, de agressão, de recusa – acessível e partilhada pelo meio, o indivisível e o impensável próprios do originário.

Essa metabolização operada pela mãe sobre aquilo que é vivenciado pelo bebê, instrumenta-se e se justifica aos seus olhos, pelo saber que ela se outorga a respeito das necessidades do corpo e da psique da criança.

A sombra é constituída de uma série de enunciados que testemunham o desejo materno referente à criança; constituindo uma imagem identificatória que antecipa o que será enunciado pela voz do corpo infantil ainda ausente. Isto quer dizer que, é um discurso pelo qual o Eu materno significa sua relação identificatória e libidinal à criança.

Tudo o que no discurso materno fala a linguagem da libido do amor é dedicado à sombra. É este discurso da sombra e para a sombra que permite à mãe ignorar o componente sexual inerente ao seu amor pela criança. E é também, o discurso da sombra que vela para que não retorne o que deve ficar reprimido na mãe. Mas este desejo que a mãe imputa à sombra lhe é desconhecido.

Esse discurso assegura ao Eu materno o fundamento e a *não interdição* de seus investimentos: a criança é quem na cena do real testemunha a vitória do Eu sobre o reprimido. Entretanto, paradoxalmente, a criança é quem se mantém mais próximo do objeto de um desejo inconsciente. O retorno desse desejo faria da criança o objeto de uma apropriação interditada ao Eu materno.

Se quisermos isolar o objeto-criança como suporte de um investimento privilegiado, devemos admitir que ele é, ao mesmo tempo, o que retorna da cena do real com um mínimo de distância do objeto do desejo inconsciente, mas também o que é dotado de uma força repressora máxima em relação a esse mesmo objeto[21]. Dessa forma, na cena do processo secundário, o desejo materno expresso no discurso da sombra falada, ocupa um lugar que impede a irrupção do desejo inconsciente, opondo-se, ao mesmo tempo, ao seu retorno.

Assim, a criança ocupa, ao mesmo tempo, o papel de suporte do desejo materno e o papel repressor do desejo inconsciente da mãe. A criança torna-se um apoio a serviço das defesas maternas. Dessa forma, a criança

---

[20] AULAGNIER. Violência da Interpretação. 1975. p.121
[21] Op. Cit. 1975. p. 114.

ocupa uma posição paradoxal: ao mesmo tempo em que ocupa um lugar mais próximo do objeto de desejo inconsciente, ela é solicitada a obstaculizar esse desejo.

A sombra se torna a ilusão[22]. Essa ilusão permite à mãe acreditar que há uma equivalência entre a satisfação do desejo inconsciente e a satisfação do desejo do Eu, permitindo ao reprimido ficar fora do campo de ação do Eu. A criança real fica garantida em sua diferença de uma criança mítica – aquela que a mãe não podia dar e o pai recusou – mas herda, de início, um desejo, que supostamente refere-se a uma criança[23].

Essa criança, introduzida pela antecipação do discurso materno, ocupa, no registro da interdição, uma posição análoga à ocupada pelos primeiros destinatários do desejo da mãe, seus pai e mãe.

Esse desejo materno é formulado por um sujeito que sofreu o impacto da repressão e é endereçado a um sujeito que não pode dar ou ter um filho. Essa impossibilidade ajuda a desconhecer o passado que o desejo exorciza, para tornar compatível com a finalidade defendida pelo Eu, no seu projeto atual, que é o projeto materno.

Através da voz da sombra falada, a mãe enuncia para si própria e para a criança, as interdições aí projetadas. Dessa forma, a mãe significa para a sombra uma interdição que se antecipa ao seu próprio desejo. Aí se estabelece também uma relação de reciprocidade funcional na qual mãe e *infans* se tornam reciprocamente agentes de interdição, um para o outro. A evolução dos enunciados referentes às interdições de ambos confirmará esta relação de funcionalidade entre eles.

Desta maneira, o desejo *ter uma criança* é herdeiro de um passado que faz deste enunciado a formulação do desejo humano, mas que este desejo, tal qual a mãe o pronuncia, e tal como ela o imputa à criança, é paradoxalmente o que permite à mãe se colocar como doador interditado.

É através deste desejo que a mãe institui a criança como herdeira de um saber sobre a diferença que separa o objeto que atualiza um desejo, do objeto que permite ao desejo de persistir.

---

[22] Op. Cit. 1975. p. 114.
[23] Op. Cit. 1975. p. 116.

4. AS FUNÇÕES MATERNAS E PATERNAS.

O termo mãe vai se referir a um sujeito em quem se supõe as seguintes características: a repressão bem realizada de sua própria sexualidade infantil; um sentimento de amor dedicado à criança; o acordo com o essencial do discurso cultural é a função materna; a presença, a seu lado, de um pai da criança a quem ela dedica sentimentos positivos[24].

Esse perfil, refere-se ao comportamento presente ou manifesto da mãe; a um perfil de motivações inconscientes do que se chama de *mãe normal*, ou seja, aquela cujo comportamento e motivações inconscientes não tem ação específica e determinante na eventual evolução psicótica da criança. Não é possível avançar no entendimento sobre o papel patogênico que uma mãe pode vir a desempenhar em relação ao filho, se não se analisar a função materna, apesar dos mecanismos de projeção que a criança imporá sobre a mãe.

Não é possível avançar também, se não houver entendimento sobre quais sejam as funções maternas e paternas e suas relações entre pais e filhos, bem como a função que a mãe atribui ao pai de seus filhos, a interpretação que ela dá à função de seu próprio pai, o que ela deseja transmitir da função paterna a seus filhos e o que ela pode querer interditar a esse respeito.

Piera Aulagnier observa que uma análise do desejo inconsciente da mãe pela criança mostrará **sempre** a participação de um desejo de morte e de um sentimento de culpa e a inevitável ambivalência suscitada por este objeto que ocupa nesta cena, o lugar de um primeiro objeto perdido: retorno acompanhado dos afetos vivenciados por este primeiro objeto cujo lugar ele vem agora ocupar. (grifos da autora)[25].

Numa primeira fase da criança, será na mãe que ela irá procurar as razões da existência paterna. A significação da função paterna para a criança será demarcada pela função que a mãe atribuirá ao pai. Isto quer dizer que a criança reconhece como representante desta função aquele que está presente no discurso materno. Assim, a função que a mãe atribuirá ao pai terá importante papel na significação da função paterna para a criança.

A significação desta função para a criança, também será demarcada pela interpretação que a mãe se deu a respeito da função de seu próprio pai, bem como pelo que a mãe deseja transmitir desta função, e o que ela pode

---

[24] Op. Cit. 1975. p. 115.
[25] Op. Cit. 1975. p. 111.

querer demarcar a esse respeito. O desejo do pai pela criança é o último fator que permite que o espaço extra-psique se organize de forma a tornar possível o funcionamento do Eu ou a obstaculizá-lo.

Dessa forma, falar do vínculo que os filhos estabelecem com o pai é necessário lembrar o que há de universal no funcionamento psíquico e na constatação que a criança realiza a partir da relação com sua mãe[26].

Assim, a partir de sua relação com a mãe, toda criança se impõe três constatações: primeiro que o corpo do homem possui um órgão que a mulher não possui; segundo que este objeto é, para ela, fonte de prazer e necessário à procriação; terceiro, que toda criança descobre que o primeiro objeto investido pela totalidade da sua libido não responde da mesma forma, pois a mãe deseja outra coisa que ele não pode dar e, que o prazer sexual materno tem um outro suporte. A criança constata também que a mãe respeita, teme ou venera o discurso de um outro ou dos outros, e que seu desejo e sua demanda não são suficientes para que ele obtenha a resposta que espera receber[27].

Após essas constatações, a criança parte para uma busca no sentido de tentar saber a quem o desejo da mãe se dirige, a quem ela venera e respeita, ou quem lhe dita a lei. Em nossa cultura, essa busca fará com que a criança se depare com o pai e, consequentemente, com o seu desejo por ela.

Neste momento, analisa-se dentre outros fatores, a função paterna, como último fator que permite que o espaço extra-psique se organize de forma a tornar possível o funcionamento do Eu ou a obstaculizá-lo[28].

A psicanálise oferece um lugar ambíguo ao pai: ele é referente da lei, detentor das chaves que dão acesso ao simbólico, doador do nome. A função paterna terá um papel central na teoria freudiana. Sua forclusão designará a causa do destino psicótico. Mas o seu não reconhecimento pelo discurso materno será considerado como responsável pela antinomia entre o sujeito do enunciado e o sujeito desejante[29].

Na relação que a criança estabelece com seu pai, ao tentar entender o que ele é, e o que significa o conceito de função paterna, a criança realiza interpretações sobre essa função e que serão demarcadas por três referentes: a) a interpretação que a mãe se deu em razão da função de seu próprio pai; b) a função que a criança atribui a seu pai e a função que a mãe atribui a ele; c) o

---

[26] Op. Cit. 1975. p. 136.
[27] Op. Cit. 1975. p. 116.
[28] Op. Cit. 1975. p. 136.
[29] Op. Cit. 1975. p. 136.

que a mãe deseja transmitir dessa função e o que ela pode querer interditar a seu respeito[30]. A mãe possui então, importante lugar na interpretação que a criança fará do termo pai e do conceito de função paterna. E o que a mãe não pode ou não quis interditar a respeito do pai.

Para Piera Aulagnier, na nossa cultura o pai representa aquele que permite à mãe designar para a criança na cena do real, um referente garantindo que seu discurso, suas exigências e suas interdições escapam ao arbitrário e se justificam por sua conformidade a um discurso cultural o qual lhe delega o direito e o dever de transmiti-lo[31].

A criança reconhece o representante da função paterna não só a partir do discurso que a mãe lhe designa como tal, mas também no discurso efetivo pronunciado pela voz paterna. É necessário, portanto, que o pai se coloque nesse lugar para que efetivamente ele possa ser reconhecido pela criança como tal.

Assim, do encontro da criança com o pai, diferencia-se dois momentos e duas experiências: primeiro, o encontro com a voz do pai e o acesso à paternidade; segundo, o desejo do pai – compreendendo o desejo da criança pelo pai e o desejo do pai pela criança.

O desejo materno, por sua vez, condensa duas relações libidinais: a que a mãe estabelece com a imagem de seu próprio pai, e a que ela vive com o homem a quem ela efetivamente deu um filho.

O que se oferece inicialmente à criança, ao seu olhar e a sua libido, é este outro, sem seio, que pode ser fonte de prazer e mais geralmente de afeto. E antes de ocupar o lugar de rival, o pai se apresenta ao *infans* como causa da impotência infantil em preservar sem falhas, e de maneira autônoma, um estado de prazer.

O encontro da criança com a figura paterna não se faz no registro da necessidade. O pai é quem induz a primeira fissura na colusão original que torna indissociáveis a satisfação das necessidades do corpo e a satisfação das necessidades libidinais. E esse é um marco diferencial entre a relação que a criança estabelece com o seu pai e a que estabelece com sua mãe, sendo que esta última se faz no registro do desejo.

Essa brecha vai induzir a psique do bebê a reconhecer que se a presença paterna é desejada pela mãe, ela permanece totalmente estranha ao

---

[30] Op. Cit. 1975. p. 137.
[31] Op. Cit. 1975. p. 138.

campo da necessidade. É ao pai que a mãe fará referência para demonstrar a legalidade de seus modelos. Inversamente é ao lado da mãe que a criança procura e encontra as razões da existência paterna.

Porque o pai deseja a mãe e se apresenta como o agente do gozo e de sua legitimidade, ele ocupa o lugar daquele que tem o direito de decretar o que o filho pode oferecer à mãe como prazer e o que lhe é interditado propor. Por essa dupla razão que o pai vai se apresentar à criança como objeto a seduzir e o objeto a odiar.

Enquanto objeto a seduzir – esperar-se tornar desejado pelo pai – é esperar desempenhar o mesmo papel que a mãe, no registro do seu desejo: o olhar do pai, ao decretar a equivalência entre a criança e a mãe, como objetos igualmente desejados, permitirá que este atributo comum se transforme numa prova de identidade entre esses dois sujeitos.

5. PAIS ALIENANTES

Analisando circunstâncias concretas de alienação parental toma-se como referência um caso emblemático trazido ao poder judiciário.

Grupo familiar constituído há oito anos, pelo casamento civil, separado há cinco anos. A esposa tomou a iniciativa da separação pela opção por outro companheiro, saiu de casa, levando consigo os três filhos nas idades de seis e dois anos, e a recém-nascida. Por não ter independência financeira e o genitor se recusar a pagar pensão alimentícia, não conseguiu sustentar a si e aos filhos. Devolveu as crianças ao pai.

Durante certo tempo, o pai esperou que a esposa se arrependesse e retornasse ao lar, porém como este fato não ocorreu, ele pediu a separação judicial e a guarda dos filhos.

Com o tempo, o genitor passou a informar ao conselho tutelar da área residencial, que a mãe de seus filhos estava convivendo no meio de traficantes e bandidos, razão pela qual ele impedia o acesso dela às crianças, ou permitia na casa dele.

Instalada essa situação, a mãe das crianças passou a frequentar a casa do ex-cônjuge para visitar os filhos, segundo ele, somente para infernizá-lo: *"ela não cumpria suas obrigações com os filhos, não dava um real para as crianças, ia na casa dele, arrebentava todos os cadeados da casa, pegava as*

crianças sem sua autorização, levava-as para passear. Até que um dia ele prometeu ao mais velho: 'Se você sair com sua mãe, você vai apanhar'. Ele me desobedeceu e dei uma pisa nele. Quando eu cheguei tinha policial dentro de casa, ela disse que tinha levado ele para a Delegacia, tinha feito IML e tudo o mais."

Após o incidente, o casal voltou a se relacionar pacificamente, o que fez com que o pai pensasse em propor recasamento à mãe de seus filhos, atendendo a sua fé religiosa e ao fato de terem três filhos juntos. A proposta não foi aceita pela ex-esposa, para frustração desse pai, que voltou ao estado anterior de impedimento da visita da mãe aos filhos.

As crianças em entrevista mantinham posicionamentos diversos em relação à mãe: o filho mais velho, que na época da separação dos pais tinha seis anos de idade, e que desobedecera ao pai para se encontrar com sua mãe, e pela desobediência foi vítima de espancamento, referiu amar a mãe e sentir saudades dela, relatou querer morar em sua companhia; o irmão de sete anos, que estava com dois anos na época da separação, referiu que sua mãe foi muito má com seu pai, traiu ele com outro homem, ao que o mais velho gritou *Eh! Que nada! Tu não sabes de nada! Fica falando besteira!;* a menina, que na época da separação era recém-nascida, disse: *Eu não gosto dela, não gosto de ir com ela, prefiro ficar com meu pai. Eu não quero que ele se case com ela.*

6. O DIREITO DE VISITA COMO SUPERIOR INTERESSE DOS FILHOS

O filho é o titular do direito de visita. É ele quem tem o direito de conviver com seus pais. Quando um dos genitores está sendo impedido de lhe ter acesso, na verdade, é o direito do filho que está sendo cerceado. Esse é o superior interesse dos filhos em detrimento do interesse dos pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 21, determina que o pátrio poder seja exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação cível, assegurado a qualquer deles o direito de recorrer à autoridade judiciária em caso de discordância.

O Código Civil, nos artigos 1.584, 1.589, e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) no artigo 15, afirmam o direito subjetivo de vista. O artigo 1584 determina que decretada a separação judicial ou divórcio sem acordo entre as partes quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída a quem revelar melhores

condições de exercê-la. Os demais artigos disciplinam que o pai ou a mãe que não detém a guarda dos filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Desse modo, a lei elimina o privilégio materno na guarda de filhos e abre uma nova era de igualdade entre pai e mãe.

O direito de visita do genitor não guardião, significa o direito *latu sensu,* de se comunicar com eles [filhos], implicando, portanto, o direito de correspondência, que não pode ser obstruído nem embargado, salvo ocorrendo motivo legítimo[32].

Não são poucos os pais renitentes nas concessões de visitas, tomando-as como meio exclusivo de satisfação íntima da outra parte, contra a qual alimentam mágoas que reclamam compensação. Transformam o direito em paixão e os filhos em instrumentos de revide, cercando-lhes o contato e a comunicação efetivos. Os juízes insistem na tentativa de os convencer da absoluta necessidade desse intercurso. Quem lida com problemas psicológicos sabe que a introdução da figura paterna ou materna, quando deficiente ou precária, conduz a desajustamento na área da sexualidade[33].

Compreende-se que o direito de visita não é uma obrigatoriedade legal, porém uma responsabilidade dos pais com o desenvolvimento integral dos filhos, e deve ser realizado espontaneamente, estando os pais cientes da importância de sua presença e da presença do outro genitor, no acompanhamento da formação da criança e do adolescente.

A imposição judicial da guarda e do direito de visita visa solucionar ou amenizar divergências entre os pais, tendo como prioridade o bem-estar dos filhos. A finalidade precípua do direito de visita é proteger os filhos de relações familiares que lhes possam cercear esse direito, pelo abuso do poder familiar praticado pelos pais, que parecem desconhecer tanto a necessidade da criança de conviver com ambos os genitores, quanto a gravidade das consequências de sua conduta isoladora para o psiquismo infantil, e para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

É dever daquele que detém a guarda assegurar ao *não guardião* o direito de visita, preservando a convivência entre pais e filhos. Tal medida tem por finalidade assegurar a continuidade fundamental das relações de afeto, respeito, dependência, reciprocidade e responsabilidade que possam existir

---

[32] RODRIGUÊS. 1987. p. 26.

[33] Peluso, Cezar **"O não sagrado direito de visitas", Direito de família, repertório de doutrina e jurisprudência.** São Paulo, Saraiva, , vol., III, 1983.

entre eles, mesmo quando os pais já possuem outros relacionamentos e se encontram afastados da prole anterior, ou quando se encontram impedidos de ver os filhos e levá-los em sua companhia.

É possível afirmar-se que a formação da criança e do adolescente depende do diálogo estabelecido no âmbito familiar, por meio do qual se dá a compreensão das diferenças entre pais e filhos, resguardando interesses e direitos, com alternativas de soluções para seus problemas. Todavia, quando a relação familiar não se dá de forma amigável, corre-se o risco de quaisquer obstáculos entre as partes gerarem grandes conflitos.

Assim, quando o bom-senso não está presente nas discussões e decisões familiares, o bem-estar dos filhos fica sob ameaça e sujeito a sofrer danos que refletirão no desenvolvimento físico e mental, pois como diz o adágio popular: *Quando o mar e o rochedo brigam, quem sofre são os mariscos.* Os filhos, mariscos em um mar tormentoso, submissos e desprovidos de defesa diante de seus poderosos pais, sofrem disputas e negligências por não serem reconhecidos como portadores de identidade própria e como sujeito de direitos, dos quais, o direito a uma vida livre de maus-tratos e o direito de convivência familiar harmônica.

Vê-se assim, que o desrespeito aos direitos da criança e do adolescente pelos pais que não conseguem superar o fim de um relacionamento, muitas vezes, alimentando mágoas e ressentimentos, se traduz no relacionamento com os filhos por meio de comportamentos autoritários, constrangedores e abusivos, negligenciando a espontânea liberdade de convivência deles com os que amam, parecendo desconhecer que a reconciliação com as figuras parentais primitivas, pai e mãe, ainda é o melhor antidepressivo.

Contribui para esse desrespeito aos direitos dos filhos, o sentimento de poder paternal vivido na injusta posse patriarcal e de propriedade ilimitada dos pais sobre filhos, acreditando-se legítimos donos e proprietários dos mesmos, chegando, muitas vezes, na disputa de guarda, ao ponto de atribuir-lhes valor, colocando-os em *negociação,* lembrando o adágio o *caminho mais longo é o que vai do coração ao bolso*.

Litigantes assim parecem jamais ter lido Oscar Wilde: *No início, os filhos amam os pais. Depois de um certo tempo, passam a julgá-los. Raramente ou quase nunca os perdoam.* E, como por ironia, o genitor mantido a distância nos tempos infantis, frequentemente passa a ser o mais amado e desejado na vida adulta, talvez por estar envolto em um véu de mistério, enquanto aquele que se manteve próximo ao filho, passa quase

sempre a ser esquecido e até mesmo hostilizado pelos filhos já crescidos, visto como mais culpado por tudo o que de ruim aconteceu, bem como pelas escolhas nefastas ao longo da vida.

A garantia do direito de visita, então, visa assegurar à criança o direito a um desenvolvimento pleno, permitindo que no futuro, quando o filho enviar pai e mãe ao *Tribunal de Justiça* para o julgamento, que todo filho inexoravelmente faz de seus pais, ao colocá-los no *banco dos réus*, que seja um julgamento justo, e que ambos, pai e mãe, tenham tido direito à ampla defesa e ao contraditório no decorrer de suas existências, no relacionamento com o filho, para o próprio bem dele, mais do que para o bem de seus pais. Que ele tenha provas da inocência deles, porém se os julgar culpados, que conclua que não houve dolo. Erraram. São humanos, demasiados humanos. Afinal errar na criação dos filhos, os bons pais sempre errarão, pois como disse Sigmund Freud, há três tarefas impossíveis: governar, psicanalisar e educar.

REFERÊNCIAS

AULAGNIER, Piera (1975) **A Violência da Interpretação – Do pictograma ao enunciado**. Tradução de Maria Clara Pellegrino. Rio de Janeiro, Imago, 1979.

AULAGNIER, Piera (1979) **Os Destinos do Prazer: alienação, amor, paixão**. Rio de Janeiro, Imago, 1985.

AULAGNIER, Piera (1986) **Um intérprete em busca de sentido**, vol. II, São Paulo, Escuta, 1990.

FREUD, Sigmund, (1924), A dissolução do complexo de Édipo, *ESB*, vol., XIX, Rio de Janeiro, Imago, 1986.

PELUSO, Cezar **"O não sagrado direito de visitas", Direito de família, repertório de doutrina e jurisprudência.** São Paulo, Saraiva, , vol., III, 1983.

ESTUDO ANALÍTICO DO ART. 285-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rui Alberto Batista da Silva

Servidor Público Federal. Especialista em Direito Processual Civil, pela PUC Minas
Endereço eletrônico: rui.batista@ig.com.br

Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Mestre em Direito Processual, Doutor em Direito e Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor da PUC Minas. Professor Titular da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Advogado.
Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

Resumo: O presente trabalho é resultado da análise do novel art. 285-A, do Código de Processo Civil (CPC), o qual engendrou o julgamento liminar de mérito do processo, tendo sido utilizado o método axiomático, quanto ao procedimento, e da máxima verossimilhança, quanto à abordagem e as técnicas de documentação direta e indireta. A finalidade do presente texto é aferir a constitucionalidade, ou não, do referido dispositivo legal, em especial frente às teorias neoinstitucionalista e instrumentalista do processo. Nesse sentido, a sumarização da jurisdição levada a efeito com o novo regime de julgamento liminar de mérito resta inconstitucional, se analisado sob a primeira teoria, e constitucional, sob o prisma da segunda, a qual foi adotada pelo ordenamento processual pátrio.
Palavras-chaves: Julgamento liminar de mérito do processo; Constitucionalidade do art. 285-A do CPC; Teoria neoinstitucionalista do processo; Teoria instrumentalista do processo

Resumén: El presente trabajo es resultado del análisis del nuevo artículo 285-A, de la Ley de Enjuiciamiento Civil brasileña (CPC), que ha introducido la resolución liminar de mérito de la demanda, empleando el método axiomático,

en el procedimiento, y de la máxima verdad, en el abordaje y en las técnicas de documentación directa e indirecta. La finalidad del presente estudio es constatar la constitucionalidad, o no, de la referida disposición legal, especialmente ante las teorías neo institucionalista e instrumental del proceso. En ese sentido, la abreviación de la jurisdicción llevada a efecto con el nuevo régimen de resolución liminar de mérito es inconstitucional, se analizado bajo la primera teoría, y constitucional, bajo el prisma de la segunda, que fue adoptada por el ordenamiento procesal patrio.

Palabras-clave: Resolución liminar de mérito de la demanda; Constitucionalidad del artículo 285-A del CPC; Teoría neo institucionalista del proceso; Teoría instrumental del proceso.

SUMÁRIO: 1. Intróito e observações preliminares – 2. Exegese do art. 285-A, do CPC – 2.1. Procedimentos afetos ao art. 285-A, do CPC – 2.2. Comentários aos §§ 1º e 2º, do art. 285-A, do CPC – 3. Conclusões antecipadas – 4. Análise da constitucionalidade do novo julgamento liminar de mérito, na ótica das teorias neoinstitucionalista e instrumentalista do processo – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRÓITO E OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

Inicialmente, cumpre observar que o presente texto está em consonância com as prescrições do Segundo Protocolo Modificativo ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em São Tomé, em 25 de julho de 2004, objeto do Decreto nº 6.585, de 29/09/2008.

O ideal do sistema processual mais célere e efetivo, que concretize a chamada função social do processo, é o norte de uma bússola jurídica, não apenas do Brasil, mais de todos os países, na atualidade.

No Brasil, tal assertiva resta comprovada pelas sucessivas alterações perpetradas no Código de Processo Civil (CPC), tendo sido efetivada a terceira fase da reforma no referido *digesto*.

O sistema processual civil pátrio, outrora ridicularizado e adjetivado de moroso, custoso e insatisfatório, segundo Almeida Júnior (2006), desestimulou o acesso do cidadão ao Poder Judiciário.

Tal panorama começou a mudar em 1994, com a chamada "primeira onda reformista" do CPC, com a edição das Leis nº 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94 e 9.079/95. A "segunda onda reformista" do CPC foi deflagrada com a edição das Leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02. Por sua vez, a "terceira onda reformista" do CPC concerne às Leis nº 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.341/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07, 11.448/07, 11.672/08 e 11.694/08.

As alterações realizadas pelos diplomas normativos acima discriminados visam, como observa Garcia (2006), primordialmente, à agilização e à eficácia do provimento jurisdicional.

É nesse contexto que se pretende, dentre outros fatores, analisar as alterações promovidas especificamente pela Lei n° 11.277/06.

Nesse turno, impende, desde já, ressaltar que a Lei n° 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, acrescentou o art. 285-A ao CPC, com a seguinte redação:

> Art. 285-A CPC. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
>
> § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 05 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
>
> § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso[1].

Destarte, segundo Didier Jr. (2007), o novel regime inclui no rol de hipóteses de julgamento liminar de mérito, já então constituído pelo reconhecimento da prescrição e da decadência, o julgamento imediato de improcedência de causas repetitivas.

Desse modo, preenchidos os requisitos legais (matéria controvertida de direito e no Juízo já houver sido prolatada sentença de improcedência total dos pleitos em outros casos semelhantes), há a possibilidade de julgamento liminar da causa com resolução de mérito, julgando-se improcedente o pedido, dispensando-se, inclusive, a citação da parte adversa.

Não obstante, no que pese haver um avanço no caminho da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional, com a edição da Lei n° 11.277/06, impende analisar, em especial, a constitucionalidade do novel art. 285-A, do

---

[1] BRASIL, 1973, art. 285-A.

CPC, bem como suas nuanças procedimentais, em face do sucinto regulamento efetuado pelo legislador quanto à aplicação de tal dispositivo legal.

Assim, a relevância da matéria decorre da importância do novo regime, frente aos primados constitucionais do contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988 – CR/88) e da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CR/88) e ao princípio da ponderação de interesses. Ademais, impõe-se um estudo do novo regime jurídico enquanto uma nova possibilidade para a efetivação e a celeridade jurisdicionais.

Em tal mister, foi utilizado o método axiomático, quanto ao procedimento, através da formalização de uma teoria visando à explicitação das proposições primitivas, das quais se deduziu a teoria final. Quanto à abordagem, foi utilizado o método da máxima verossimilhança, impondo parâmetros baseados na determinação do máximo da função de verossimilhança de um conjunto de valores obtidos.

Foram, ainda, utilizadas as técnicas de documentação direta e indireta. No que se refere à documentação direta, adotou-se, especificamente, a técnica de observação e análise sistemática, para a interpretação dos dispositivos das normas jurídicas pertinentes à matéria, em especial a CR/88. Quanto à documentação indireta, foi abrangida tanto a pesquisa documental quanto a pesquisa bibliográfica, relacionada ao tema proposto.

Cabe, preliminarmente, trazer à baila a posição topográfica do art. 285-A, no *digesto* processual civil. O referido dispositivo legal foi acrescido na Seção I ("Dos requisitos da petição Inicial"), do Capítulo I ("Da petição inicial"), do Título VIII ("Do procedimento ordinário"), do Livro I ("Do processo de conhecimento"), do CPC.

Dessa feita, o art. 285-A, do CPC, passou a ser a derradeira prescrição da seção afeta aos requisitos da petição inicial, encontrando-se logo depois do art. 285, também do CPC, o qual preceitua: "estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor" [2].

Nesse turno, o novo regramento incluiu mais uma possibilidade ao magistrado, quando, do primeiro contato com a inicial, então, ao invés de despachá-la ordenando a citação da parte demandada, se preenchidos os

[2] BRASIL, 1973, art. 285.

requisitos processuais autorizadores para tanto, será promovido o julgamento liminar de mérito, sendo julgados improcedentes os pedidos autorais.

Oportuno registrar que o novel art. 285-A, do CPC, no que pese disciplinar o procedimento ordinário, excetuada disposição expressa em sentido contrário, é aplicável a todos os procedimentos, inclusive ao comum sumário, aos especiais e ao do Juizado Especial Cível. Destaca-se que não há incompatibilidade entre o julgamento liminar de mérito do processo e os princípios informadores dos Juizados Especiais Cíveis, pelo contrário (art. 2°, da Lei n° 9.099/95).

Tais assertivas resultam de raciocínio análogo ao aplicado à antecipação dos efeitos da tutela, a qual, segundo Santos (2007), pode ser concedida em qualquer procedimento. Acrescente-se, ainda com vista a solidificar a aplicação do novel instituto aos demais procedimentos cíveis, que o preceito inserto no art. 272, parágrafo único, do CPC, assevera: "o procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário" [3].

Para consecução de seu desiderato, o procedimento ordinário fraciona-se, em regra, em quatro fases: postulatória, saneamento, instrutória e decisória.

Sob tal prisma, o art. 285-A, do CPC, manifesta-se ainda na fase postulatória, na qual a parte autora manifesta sua pretensão por meio da exordial e o magistrado, caso se façam presentes os requisitos previstos no mandamento legal em questão, pode promover o julgamento liminar de mérito, pronunciando a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Na verdade, há uma concentração de atividades processuais em uma fase procedimental *sui generis*, havendo a extinção do feito, com resolução de mérito, antes mesmo da formação da relação jurídica processual.

Por sua vez, o instituto do novo art. 285-A, do CPC, pode ser chamado de "julgamento liminar de improcedência do pedido", "julgamento liminar com resolução de mérito do processo" ou, resumidamente, de "julgamento liminar de mérito". Mister ressaltar que o julgamento com espeque no referido dispositivo legal traz ínsito um julgamento liminar, ou seja, célere e antes da citação da parte contrária, o que não significa que o mesmo seja prematuro.

Salienta-se, ainda, que a Terceira Turma, do Tribunal Regional Federal, da 5ª Região, utilizou a nomenclatura "julgamento ultra-antecidado da

---

[3] BRASIL, 1973, art. 272, parágrafo único.

lide" [4]. Infelizmente, a terminologia "julgamento ultra-antecipado da lide" possui um fator negativo, qual seja, a preexistência do julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, do CPC, que somente se efetiva quando há a perfeita formação da relação jurídico-processual, com a citação da parte adversa, não estando vinculado à improcedência do pedido autoral.

Dessa forma, a fim de diferenciar os institutos dos arts. 330 e 285-A, do CPC, não é aconselhável a adoção da nomenclatura em questão, sendo preferíveis as antes mencionadas.

O julgamento liminar do mérito do processo não é instituto integralmente inédito no ordenamento jurídico pátrio, havendo, antes da edição da Lei n° 11.277/06, norma que previa medida similar, especificamente na hipótese de julgamento de processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nesse sentido, os Ministros Relatores do STF e do STJ estão autorizados, monocraticamente, a negar seguimento "a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal", nos termos do art. 38, da Lei n° 8.038/90, o qual prevê:

> Art. 38, Lei nº 8.038/90. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal[5].

Dessa sorte, em sede de julgamento de processos de competência originária do STF e do STJ e inexistindo juízo negativo de admissibilidade, há anterior previsão para a efetivação de julgamento liminar do mérito do processo ou recurso, situação em que é possível, assim como na previsão do art. 285-A, do CPC, concretizar-se o julgamento antes da citação da parte adversa (por exemplo, em uma ação cível originária, o Relator, Ministro do STF, poderá negar, monocraticamente, pedido manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente).

Oportuno, ainda, consignar que o art. 38, da Lei n° 8.038/90, foi codificado, conforme se infere do at. 557, do CPC, o qual prevê, em seu *caput*:

---

[4] Ver: AC 410026, processo 200683000117598/PE, Terceira Turma, DJU de 29/06/2007, p. 812, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.
[5] BRASIL, 1990, art. 38.

> Art. 557 CPC. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior[6].

Nesse sentido, o *caput*, do art. 557, do CPC, prevê que o "relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" [7], também espécie de julgamento liminar do mérito do processo. Contudo, a aplicação desse dispositivo legal não pode se efetivar antes da citação da parte adversa (como ocorre no art. 285-A, do CPC), tendo em mira que versa sobre julgamento de recursos e não sobre julgamento de ação, em sede de competência originária.

De outro turno, pode-se entender que o art. 285-A, do CPC, também reflete o julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330, do CPC, e o julgamento antecipado recursal, objeto do art. 515, § 3°, do CPC. Não obstante, naquelas hipóteses há um julgamento após a formação da relação jurídica processual.

Com isso, o novo instituto pode ser considerado uma extensão, quiçá um aperfeiçoamento, dos arts. 38, da Lei n 8.038/90, 330, 515, § 3°, e 557, do CPC.

2. EXEGESE DO ART. 285-A, DO CPC

Ultrapassadas as considerações acima delineadas, cumpre trazer a lume o *caput*, do art. 285-A, da Lei instrumental, para a análise dos requisitos autorizadores do julgamento liminar de mérito do processo:

> Art. 285-A CPC. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada[8].

---

[6] BRASIL, 1973, art. 557.
[7] BRASIL, 1973, art. 557.
[8] BRASIL, 1973, art. 285-A.

Dessa forma, o julgamento de que trata o art. 285-A, do CPC, possui como pressupostos: a matéria controvertida ser de direito e no Juízo já tiver sido proferida sentença de integral improcedência em outros casos idênticos.

De plano, quanto ao primeiro requisito, registre-se que, tecnicamente, inexiste ação cujo objeto concirna à matéria unicamente de direito, devendo tal expressão ser entendida como divergência afeta às consequências jurídicas de fato, sobre o qual as partes não possuem dissensão. Portanto, a exigência de matéria controvertida unicamente de direito, prevista no art. 285-A, do CPC, deve ser interpretada como matéria predominante de direito (na qual há apenas o debate sobre aspectos normativos da ação), que prescinda de dilação probatória.

De outro turno, observe-se que a aplicação do art. 285-A, do CPC, ocorre em momento no qual não houve a formação da relação jurídica-processual, ou seja, efetiva-se antes da citação da parte demandada.

Assim, para Féres (2006), sua incidência é deflagrada antes da formação da relação jurídica processual, inexistindo, dessa maneira, possibilidade de existência de matéria controvertida. Tal contradição é dirimida por uma interpretação teleológica, devendo ser entendido que o art. 285-A, do CPC, deve incidir sobre feitos em que a pretensão da parte autora, em tese, sinalize a formação, em sede de apelação, de uma controvérsia sobre a repercussão de um fato, este sim incontroverso.

De outro lado, a aplicação do art. 285-A, do CPC, exige que no Juízo já tenha sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Destarte, tal requisito, indelével, exige que todos os pedidos formulados pela parte autora sejam julgados improcedentes, pelo que a existência de sentença anterior que julgou improcedente, apenas um dos pedidos apresentados, não possui o condão de autorizar a aplicação do art. 285-A, do CPC, posto que não é permitido o fracionamento do feito, passando a tramitar na primeira instância o pedido não contido no precedente judicial e na segunda instância o pedido liminarmente rejeitado, por força do citado dispositivo legal.

Quanto à expressão “casos idênticos” [9], elucide-se que ela deve ser entendida como identidade de fundamentação jurídica entre a demanda paradigma e aquela em que será aplicado o julgamento liminar de mérito do

---

[9] BRASIL, 1973, art. 285-A.

processo, pelo que havendo novos argumentos jurídicos, não apreciados no paradigma, resta vedada a aplicação do dispositivo em questão.

De outra sorte, o art. 285-A do CPC, ao mencionar "casos idênticos" [10], não quer dizer "ações idênticas" (ou seja, que possuam as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido), pois tal interpretação conduz, como destaca Theodoro Jr. (2007), à configuração de litispendência (art. 301, § 1º, do CPC) ou mesmo da coisa julgada.

Registre-se que não é requisito a existência, no Juízo, de uma pluralidade significativa de "casos idênticos" [11] ou que o processo se refira a questões repetitivas ou massificadas, no que pese serem estes os processos nos quais, na prática, incidirá a aplicação do art. 285-A do CPC.

Ademais, tal requisito não deve ser interpretado literalmente, sendo sua utilização restringida a precedentes do próprio Juízo. Assim, é recomendável sua interpretação teleológica, pelo que se incluem os precedentes dos tribunais (preferencialmente aos dos julgados do Juízo *a quo*), em especial dos de instância extraordinária, entendimento este que guarda consonância com o objetivo das reformas processuais, que elevam o valor dos acórdãos e súmulas dos Tribunais Superiores, como se percebe da redação conferida pela Lei n° 9.756/98, que deferiu nova redação ao art. 557, do CPC, bem como daquela estabelecida ao art. 518, § 1°, do CPC, pela Lei n° 11.276/06.

Nesse sentido, Gajardoni (2008) ensina que:

> É interessante notar que o sistema tanto quer a preservação dos enunciados de súmulas de jurisprudência dominante - pelo seu manifesto predicado de previsibilidade - que, além de permitir o julgamento da improcedência *inaudita altera pars*, admite que o juiz não receba a eventual apelação oposta (art. 515, parágrafos, do CPC), não interponha reexame necessário (art. 475, § 3º, do CPC), e eventual agravo da decisão que não recebeu a apelação seja desacolhido monocraticamente e de plano (art. 557, § 1º-A, do CPC) [12].

Outrossim, a interpretação teleológica ora sugerida encontra supedâneo no princípio supralegal da razoabilidade, posto que se o art. 285-A, do CPC, pode ser deflagrado por um precedente judicial de primeira instância,

---

[10] BRASIL, 1973, art. 285-A.
[11] BRASIL, 1973, art. 285-A.
[12] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. *Juris Síntese IOB*. Porto Alegre, n. 70, mar./abr. de 2008.

com mais razão o deve ser por um proferido por instância extraordinária, bem como por uma súmula de Tribunal Superior, mormente quando se tratar de súmula de caráter vinculante.

Ademais, Marinoni e Arenhart (2006) observam que não existe lógica alguma em se admitir que o magistrado possa julgar em conformidade com julgamentos do Juízo, em casos idênticos, quando segunda instância ou instância extraordinária possui jurisprudência predominante em sentido contrário ou mesmo editou súmula em antítese aos julgamentos de primacial instância. Desse modo, os precedentes judiciais de segunda instância e, em especial, de instância extraordinária devem sempre nortear a aplicação do art. 285-A, do CPC[13]. Com isso, o Tribunal Regional Federal entende que paradigma judicial de segunda instância pode ensejar a aplicação do art. 285-A, da Lei adjetiva. Outrossim, o mesmo Tribunal entende que o art. 285-A do CPC pode ser deflagrado por um precedente judicial proferido por instância extraordinária[14].

---

[13] Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal, da 3ª Região, manifestou-se na APELAÇÃO CÍVEL – 1214369. Processo: 200661140028721. UF: SP. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data da decisão: 21/11/2007. Fonte: DJU. Data: 05/12/2007. Página: 141. Relator(a) JUIZA CECILIA MARCONDES. Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto, que integram o presente julgado. Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ACRÉSCIMOS. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS. JULGAMENTO COM BASE NO ART. 285-A DO CPC, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 11.277/06. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Trata-se de apelação em face de sentença que, em embargos opostos à execução fiscal ventilando excesso de execução pela incidência da taxa Selic, multa e encargo previsto no Decreto-lei n. 1.025/69, julgou liminarmente e sem a formação do regular contraditório improcedente o pedido, extinguindo o processo nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil. 2. Não viola o princípio do contraditório o artigo 285-A e parágrafos do Código de Processo Civil, acrescentados pela Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, o qual permite ao juiz julgar improcedente pedido idêntico àquele no qual anteriormente já havia se manifestado pela total improcedência, desde que a matéria seja unicamente de direito e que a sentença de mérito idêntica tenha sido proferida no mesmo juízo. É o que se verifica no presente caso, pois a matéria trazida a julgamento não teria o mínimo potencial de sucesso, por já se encontrar pacificada no âmbito dos Tribunais. 3. Ademais, desnecessária a juntada de procedimento administrativo aos autos, por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação (COFINS), mormente porque a embargante limitou-se a discordar do critério de atualização da dívida, não havendo razão para se adiar o julgamento do feito. 4. Improvimento à apelação (grifos próprios).

[14] Ver TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - TERCEIRA REGIÃO. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 299202. Processo: 200703000408212. UF: SP. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da decisão: 16/10/2007. Fonte: DJU. Data: 14/11/2007. Página: 441. Relator(a) JUIZ NELTON DOS SANTOS. Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos,

De outro turno, o julgamento paradigma não deverá ser, necessariamente, de total improcedência – diferentemente do que ocorreu no julgamento com espeque no art. 285-A do CPC –, podendo as sentenças/acórdãos/súmulas paradigmas consignarem improcedência parcial dos pedidos da causa já decidida.

Contudo, a causa sobre a qual incidirá o julgamento liminar de improcedência do pedido deve estar contida no precedente paradigma. Se, por exemplo, uma sentença paradigma julgou improcedente um pedido "A" e procedente um pedido "B" (sendo o indeferimento em questão objeto de outros julgados no mesmo sentido), em uma ação subseqüente pode ser aplicado o art. 285-A, do CPC, se nela for apresentada, com exclusividade e pelas mesmas razões, apenas o pedido "A" da ação outrora apreciada.

Acrescente-se, ainda, que a sentença paradigma pode decorrer da conjugação de vários precedentes, com julgamentos de total improcedência, individualmente, ou de procedência parcial dos pedidos, quando haverá uma conjugação de decisões de improcedência para formar um único paradigma para a aplicação do art. 285-A, do CPC, sendo engendrado um "precedente composto" [15].

---

em que são partes as acima indicadas. DECIDE a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por votação unânime, dar provimento ao agravo, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA PROFERIDA NOS TERMOS DO ART. 285-A DO CPC. APELAÇÃO RECEBIDA SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL. DEPÓSITO PRÉVIO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O procedimento traçado no art. 285-A do Código de Processo Civil compatibiliza-se com o processo de mandado de segurança, cabendo, porém, ao juiz, ao receber a apelação e manter a sentença, determinar a notificação do impetrado para prestar informações e a intimação da respectiva procuradoria para oferecer contra-razões ao recurso. 2. O pedido de antecipação da tutela recursal não exige forma rígida, já que sua natureza é de simples petição. Assim, seja sob a veste de um agravo de instrumento, seja com a roupagem de uma cautelar, seja, ainda, como simples petição, a parte tem direito a uma resposta à situação de urgência trazida ao exame do Poder Judiciário. 3. A questão pertinente à exigência de recolhimento de parcela equivalente a 30% (trinta por cento) do débito como condicionante da interposição de recurso administrativo, nos moldes do determinado pelo art. 126, § 1º, da Lei n.º 8.213/91, na redação da Lei n.º 9.639/98, bem como pelo art. 306 do Decreto nº 3.048/99, teve sua discussão encerrada em 28 de março último, quando, no julgamento da ADI n.º 1976-7/DF, o C. Supremo Tribunal Federal decidiu por sua inconstitucionalidade. 4. Agravo de instrumento provido (grifo próprio).

[15] MENEZES, Iure Pedroza. O precedente judicial e o art. 285-A do CPC. Brasília: *BDJur*, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9799>. Acesso em: 30 ago. 2007.

Não obstante, impende destacar que o julgamento liminar de mérito somente pode se efetivar se presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, devendo ser observados os arts. 13, 267, § 3°, 284 e 301, § 4º, do CPC. Com isso, oportuno ressaltar que o julgamento de que trata o art. 285-A, do CPC, como alhures delineado, consiste em julgamento de mérito. Assim, somente pode se efetivar na hipótese de presença dos pressupostos processuais e das condições da ação.

2.1. Procedimentos afetos ao art. 285-A, do CPC

Na aplicação do art. 285-A, do CPC, o magistrado dispensará a citação da parte demandada e proferirá sentença, reproduzindo o teor do paradigma anteriormente prolatado.

Quanto à dispensa da citação, trata-se de medida que protege o primado constitucional da razoável duração do processo (art. 5°, LXXVII, CR/88), bem como da economia processual e efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que há redução de custos, de atos processuais e de desgaste para as partes.

Nesse sentido, o autor obtém um julgamento de mérito de forma célere, podendo, se assim o quiser, apresentar rapidamente sua insatisfação às instâncias hierarquicamente superiores. Do lado da parte demandada, resta patente a inexistência de prejuízo decorrente da ausência da sua citação, uma vez que o pedido autoral terá sido julgado integralmente improcedente.

Cumpre, neste momento, tecer singela crítica ao sistema engendrado pelo art. 285-A, do CPC, qual seja, a de que é suprimida da parte demandada a faculdade de reconhecer a procedência do pedido autoral[16], nos termos do art. 269, inciso II, do CPC, bem como extirpa a possibilidade de obtenção de conciliação judicial, fato esse que fortalece a pacificação social. Nada obstante, independentemente de ter transitado em julgado a sentença de improcedência dos pedidos autorais, a parte demandada pode, como cediço, espontânea e extrajudicialmente, enquanto medida de ética e retidão, atender ao pedido então formulado.

---

[16] Segundo NERY JR. e NERY (2006), caso o reconhecimento jurídico do pedido seja formulado por réu capaz e verse sobre direito disponível, ele enseja automática procedência dos pedidos autorais, constuindo-se em circunstância limitadora do livre convencimento do juiz.

Quanto à reprodução do teor do paradigma anteriormente prolatado, observe-se que não se trata de efetivação de juntada aos autos de cópia do precedente anterior, mas sim de transcrição[17] de seu teor no corpo da sentença que aplica o art. 285-A, do CPC, quando então haverá remissão da fundamentação àquela do processo paradigma.

Tal sentença, outrossim, como destaca Féres (2006), possuirá a estrutura prevista no art. 458, do CPC, com relatório (obviamente limitado aos termos da petição inicial e seus anexos), fundamentação (na qual haverá a transcrição integral do precedente paradigma, sendo apontada a identidade de casos) e dispositivo (de total improcedência, repita-se).

Impende destacar que o dispositivo do precedente paradigma não precisa ter transitado em julgado, uma vez que não há exigência legal nesse sentido, sendo, ademais, requisito que iria de encontro às pretensões reformistas.

Além disso, o magistrado, ao aplicar o art. 285-A, do CPC, condenará a parte autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais, especificamente nas custas do processo, salvo se beneficiária da justiça gratuita, nos termos da Lei n° 1.060/50, caso em que se suspenderá a exigibilidade de tal pagamento. Por sua vez, inexistindo participação do causídico do demandado em defesa dos interesses dele, não haverá condenação em honorários advocatícios.

Assim, havendo a apresentação de apelação, o Tribunal deverá reequacionar os ônus sucumbenciais, incluindo os honorários advocatícios, a serem arcados pela parte sucumbente no recurso. Oportuno observar que, quando há o ingresso espontâneo do demando no feito, na forma do art. 214, §1º, do CPC, não deverá haver a condenação da parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, se não for interposta apelação, posto que a participação do réu, no julgamento liminar do mérito do processo, é medida desnecessária, pelo que ele deve arcar com o ônus da prática de ato processual para o qual não foi citado, nem intimado, a promover. De fato, o comparecimento espontâneo do réu, na hipótese de julgamento liminar de mérito, com espeque no art. 285-A, do CPC, é situação de difícil concretização. Todavia, é faticamente possível.

Esse entendimento possui como alicerce o princípio da razoabilidade, uma vez que, na ação civil pública, nos moldes do art. 18, da Lei n° 7.347/85,

---

[17] Nesse sentido: TRF. 1ª Região. Acórdão, AC 200638040016239, processo 200638040016239/MG, Segunda Turma, e-DJF1 de 14/3/2008, p. 70, Relator Desembargador Federal Francisco de Assis Betti.

há dispensa do pagamento das custas e honorários advocatícios pelo autor, sendo tal isenção prevista na hipótese em que há a citação da parte ré, diferentemente do que ocorre no art. 285-A, do CPC. Dessa maneira, sendo dispensado o pagamento de custas e honorários advocatícios, quando imprescindível a citação da parte ré, mesmo que em uma ação especial, não é razoável a condenação em honorários advocatícios quando não deve haver a citação do demandado, embora ele compareça espontaneamente no feito.

Por fim, outra questão relevante diz respeito à ciência da parte demandada do julgamento com base no art. 285-A, do CPC, quando não há interposição de apelação pela parte autora. A referida intimação pessoal se impõe, posto que o réu possui interesse jurídico na cientificação do trânsito em julgado da sentença em questão (art. 301, inciso VI, do CPC), especificamente para apresentar tal fato em Juízo na hipótese de renovação da demanda.

Nesse passo, considerando que o réu não poderá ser citado em tal circunstância, uma vez que não se manifestará nos autos, pelo que será impossível a apresentação de defesa, a referida ciência deverá se efetivar na forma de intimação pessoal. Portanto, havendo a prolação de sentença com espeque no art. 285-A, do CPC, e não sendo interposta apelação pela parte autora, após o trânsito em julgado, deve o magistrado, com alicerce nos arts. 125, inciso II, e 234, ambos do CPC, intimar o réu, informando do trâmite do processo, a resolução de mérito encontrada e o trânsito em julgado de sua decisão.

Oportuno registrar, nesse turno, que o art. 125, inciso II, do CPC, determina que o juiz deve "velar pela rápida solução do litígio"[18], expressão que deve ser interpretada de forma ampliativa. Assim, o magistrado deve tomar todas as medidas cabíveis não apenas para a solução célere do processo que está sendo julgado, mas para que todos os feitos reflexos ou decorrentes do mesmo também o sejam. Portanto, a intimação em questão é medida que protege não apenas os interesses da parte demandada, mas também da administração da Justiça.

2.2. Comentários aos §§ 1º e 2º, do art. 285-A, do CPC

Na hipótese de efetivação de julgamento liminar do mérito do processo, sendo julgados improcedentes, integralmente, os pedidos autorais e

[18] BRASIL, 1973, art. 125, inciso II.

inexistindo interposição de recurso de apelação, a sentença transitará em julgado.

Diferentemente, sendo apresentada a impugnação interna por excelência, será adotado o procedimento previsto nos §§ 1º e 2º, do art. 285-A, do CPC.

Em tal hipótese, o magistrado, no prazo impróprio de 05 (cinco) dias, poderá, em juízo de retratação, manter, ou não, a sentença proferida com espeque no art. 285-A, *caput*, do CPC. Sendo mantida a decisão, o juiz determinará a promoção da citação da parte demandada para que ela possa responder tão somente ao recurso, apresentando contra-razões, no prazo de 15 (quinze) dias. Assim, não é possível, nesse momento, a apresentação de contestação.

De outro turno, havendo juízo de retratação positivo quanto à prolação da sentença apelada, o juiz determinará o prosseguimento do feito, nos termos do art. 285, do CPC, quando o réu, após sua citação, poderá responder ao conteúdo da inicial, desconsiderando a existência da apelação então constante dos autos. Assim, a contra-razão do recurso de apelação não importa em contestação da ação. Responder ao recurso não se confunde com apresentar defesa, sendo que tais atos processuais possuem conseqüências distintas: a revelia somente ocorre na ausência de contestação, não sendo instituto aplicável na ausência de contra-razões ao recurso de apelação.

Oportuno destacar que o mérito recursal, na apelação afeta ao julgamento liminar de mérito do processo, primeiramente verificará a existência, ou não, de identidade do caso vertente com aquele do paradigma, pelo que o Tribunal, entendendo que não seria cabível a aplicação do art. 285-A, do CPC, por tal motivo, cassará a sentença hostilizada.

Existe entendimento que, no mérito recursal ainda, não se pode pleitear a reforma da sentença de primeira instância, mas tão somente sua cassação (tendo em mira não ser aplicável à espécie o art. 285-A, do CPC, em face da ausência de um ou de todos seus requisitos autorizadores) ou sua invalidação (por exemplo, em face de nulidade decorrente de incompetência absoluta)[19]. Portanto, não seria possível a reforma da sentença, com o julgamento de procedência dos pedidos autorais, no julgamento da apelação

---

[19] Nesse sentido: Acórdão, STJ, RESP 976143, processo 200701887577/RS, Segunda Turma, DJU 04/04/2008, p. 1, Relator Juiz Carlos Fernando Mathias; e Acórdão, TRF da 1ª Região, MAS 200738060026611, processo 200738060026611/MG, Sétima Turma, e-DJF1 de 7/3/2008, p. 309, Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral.

em questão, posto que a contra-razão do remédio processual interno, reitere-se, não importa em contestação da ação.

Nesse contexto, caso seja provido o pedido recursal da apelação para cassar a sentença, o juiz *a quo* possuirá livre convencimento, nos moldes do art. 131, do CPC, podendo, inclusive, chegar à mesma conclusão da primacial sentença, qual seja, a improcedência total dos pedidos autorais, após o trâmite regular do feito. De maneira que não poderá declarar tal improcedência de forma liminar, novamente.

Inobstante, existem casos em que, tendo em vista o contraditório postergado nas contra-razões do apelo, os Tribunais dão provimento a recursos, reformando a sentença de 1º grau[20], o que parece ser compatível com a tão desejada celeridade processual e com a efetividade do procedimento.

Consigne-se, ainda, que manifestado o interesse, em sede de contra-razões à apelação interposta em face de sentença que utilizou o novel art. 285-A, do CPC, de haver intervenção de terceiro, inexiste óbice à efetivação de tal intervenção, salvo nos casos expressamente vedados. Dessa feita, salvo nas hipóteses de vedação legal, é possível a intervenção de terceiros especificamente na apelação, quando tais sujeitos poderão defender a manutenção da sentença de primeira instância. Se isso não se efetivar ou se não for possível legalmente, seria o caso de cassação da sentença hostilizada e retorno dos autos ao primeiro grau, para regular processamento do feito e da intervenção de terceiros.

3. CONCLUSÕES ANTECIPADAS

Ultrapassada tais questões, impende destacar que o art. 285-A, do CPC, parece não ofender ao primado constitucional do contraditório (art. 5º, inciso LV, CR/88), no que pese o oposto ser também aparentemente correto, uma vez que há julgamento de mérito sem a citação da parte ré.

Após a prolação da sentença com fundamento no art. 285-A, do *digesto* processual, a parte autora poderá:

---

[20] Nesse sentido: Acórdão, TRF da 3ª Região, AC 1243047, processo 200661140030594/SP, Terceira Turma, DJU 27/03/2008, p. 549, Relator Juiz Nery Jr.; e Acórdão, TRF da 5ª Região, AC 440693, processo 200782020002729/PB, Quarta Turma, DJU 16/06/2008, p. 409, Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro.

a) interpor apelação e o juiz se retratar de sua decisão;

b) interpor apelação e o juiz não se retratar de sua decisão; ou

c) se conformar com a sentença de 1ª instância, não interpondo impugnação endoprocessual.

Nas duas primeiras situações, é irretorquível a existência de observância ao primado constitucional do contraditório, tendo em mira que, em tais conjunturas, a parte ré será citada, nos termos dos §§ 1° e 2°, do art. 285-A, do CPC, combinado com o art. 518 do mesmo diploma legal, para contra-arrazoar o apelo.

Elucide-se que, em sede de apelação, eventual correção de erro judicial na aplicação do art. 285-A do CPC pode ser efetivada mediante a aplicação do art. 557, *caput* e § 1°-A, do CPC, segundo o qual:

> Art. 557 CPC. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
>
> § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso[21].

Dessa forma, quando há correta efetivação de julgamento liminar de mérito, o relator poderá negar seguimento ao "recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" [22], após a efetivação do contraditório, inerente ao processamento da impugnação interna por excelência.

De outro lado, quando houver incorreta efetivação de julgamento liminar de mérito, estando, portanto, a decisão recorrida em manifesto confronto com entendimento majoritário do STF ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso, de plano, hipótese esta que salvaguarda sobremaneira o primado do contraditório, posto que determina sua efetivação nas hipóteses que fogem à escorreita aplicação do novel art. 285-A, do CPC.

Quanto à hipótese do autor se conformar com a sentença de 1ª instância, não interpondo impugnação endoprocessual, no que pese inexistir

---

[21] BRASIL, 1973, art. 557, § 1º-A.
[22] BRASIL, 1973, art. 557.

citação da parte demandada e sobre esta incidir os efeitos da coisa julgada, não há ofensa ao contraditório, posto que este direito visa à proteção da parte ré.

Assim, inexistindo potencialidade de prejuízo à parte demandada, haja vista que o art. 285-A, do CPC, somente é aplicável na improcedência integral dos pedidos autorais, não há desrespeito ao contraditório.

Nesse turno, ressalte-se que tal entendimento encontra consonância com o art. 250, parágrafo único, do CPC, o qual dispõe que "dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa" [23].

Observe-se que, ainda nesta hipótese, não há mitigação do contraditório, mas sua dispensa legal, em face de sua absoluta desnecessidade.

Entendimento dissonante é manifestado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo tal autarquia de regime especial ajuizado Ação Direita de Inconstitucionalidade em face do art. 285-A do CPC, a qual tramita sob o nº 3.695-5, aduzindo que tal mandamento legal contraria os princípios constitucionais da "igualdade, segurança, acesso à justiça, devido processo legal e contraditório"[24].

Data vênia, o diploma vergastado não ofende ao primado da igualdade, sendo medida diametralmente oposta: a reprodução de sentença de total improcedência proferida em outros casos idênticos homenageia a igualdade, uma vez que será aplicado o mesmo direito para as mesmas situações.

No que concerne à segurança jurídica, também não prosperam os argumentos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no sentido de "que o processo será normal ou abreviado segundo sentença antes proferida, cuja publicidade para os jurisdicionados que não foram partes naquele feito não existe" [25], tendo em vista que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos" [26], com exceção da previsão inserta no inciso LX, do art. 5°, da CR/88.

Outrossim, na utilização de precedente judicial anterior, na aplicação do art. 285-A, da Lei instrumental, o magistrado exterioriza construção

---

[23] BRASIL, 1973, art. 250, parágrafo único.
[24] MENEZES, Iure Pedroza. O art. 285-A e a sua constitucionalidade. Brasília: *BDJur*, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9818>. Acesso em: 03 set. 2007.
[25] MENEZES, Iure Pedroza. O art. 285-A e a sua constitucionalidade – *op. cit.*, 2007.
[26] BRASIL, 1988, art. 93, inciso IX, CR/88.

eminentemente jurídica, possuindo plena autonomia para alterar seu entendimento ou concluir que não se trata de situação de direito equivalente.

Ademais, a segurança jurídica, que possui como pilares a previsibilidade e a estabilidade, é plenamente observada pelo novel art. 285-A, do CPC, uma vez que a utilização de precedente judicial público é fator absolutamente previsível, sendo protegida a estabilidade, na medida em que há uma antecipação de decisão final já conhecida de antemão.

Sob outro prisma, o acesso à jurisdição não é prejudicado, posto que o art. 285-A, do CPC, não engendra nenhuma limitação ao direito de ação. Assim, tal dispositivo legal não veda à parte autora ingressar em Juízo. Diferentemente, exige-se, para a sua aplicação, o exercício do direito de ação, bem como a presença de todos os pressupostos processuais e de todas as condições da ação, uma vez que consiste, como cediço, em julgamento de mérito.

Quanto à suposta lesão ao contraditório, como alhures delineado, esta inexiste, sendo que ele apenas é mitigado, quando não dispensado por absoluta inocuidade.

Quanto ao devido processo legal, alega-se que "o devido processo é conspurcado quando, o feito tem seu curso abreviado com fundamento em sentença, cuja publicidade é inexistente" [27], entendimento este que não prevalece em face das considerações tecidas quanto à inexistência de agressão à segurança jurídica[28].

Argumenta-se, ainda, que o juiz "acaba por dar fim ao processo sem examinar as alegações do autor, sem as rebater"[29], argumentação pífia, tendo em mira que o magistrado analisa as razões da parte autora para verificar se os fundamentos jurídicos da ação se amoldam aos do precedente paradigma. Ademais, o devido processo legal está previsto no art. 285-A, do CPC, não existindo motivo para se falar que houve sua violação.

Aduz-se, ainda, que o art. 285-A, do CPC, implementa uma "sentença vinculante", fator insustentável, tendo em vista que o magistrado não é

---

[27] MENEZES, Iure Pedroza. O art. 285-A e a sua constitucionalidade – *op. cit.*, 2007.

[28] Acrescente-se, nesse turno, que o Tribunal Regional Federal, da 1ª Região, já se manifestou pela inexistência de agressão do art. 285-A, do CPC, ao primado constitucional do devido processo legal. Nesse sentido: Acórdão, TRF da 1ª Região, AC 200738100040944, processo 200738100040944/MG, Segunda Turma, e-DJF1 de 9/6/2008, p. 194, Relatora Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva.

[29] MENEZES, Iure Pedroza. O art. 285-A e a sua constitucionalidade – *op. cit.*, 2007.

obrigado a aplicar o art. 285-A do CPC, que utiliza o verbo poderá, criando uma faculdade para o magistrado[30]:

> Art. 285-A CPC. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada[31] (grifo próprio).

Convém, ainda, registrar que existem vários julgamentos que reconhecem a constitucionalidade do art. 285-A, da Lei adjetiva, dentre os quais: Acórdão, TRF da 1ª Região, AC 200638000256108/MG, Segunda Turma, DJU de 26/10/2007, p. 23, Relator Desembargador Federal Carlos Moreira Alves; Acórdão, TRF da 2ª Região, AC 411356, processo 200751010195523/RJ, Oitava Turma Especializada, DJU de 11/04/2008, p. 871, Relator Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa; Acórdão, TRF da 3ª Região, AMS 304507, processo 200761000211183/SP, Terceira Turma, DJF3 de 24/06/2008, Relator Juiz Carlos Muta; Acórdão, TRF da 4ª Região, AC 200770000001189/PR, Quarta Turma, D.E. de 10/12/2007, Relator Jairo Gilberto Schafer.

4. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO, NA ÓTICA DAS TEORIAS NEOINSTITUCIONALISTA E INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO

Importante ressaltar que a teoria neoinstitucionalista do processo não permite a existência de contraditório mitigado[32], muito menos da dispensa dele, pelo que, nesse prisma, o art. 285-A, do CPC, seria inconstitucional[33].

---

[30] Nesse sentido: Acórdão, TRF da 4ª Região, AG 200604000349047/RS, Quarta Turma, D.E. de 26/03/2007, Relator Márcio Antônio Rocha.

[31] BRASIL, 1973, art. 285-A.

[32] "O princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo em seus conteúdos, pela dialeticidade necessária entre interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo até mesmo, exercerem a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo o direito garantia de se manifestarem". Nesse enfoque, é inadmissível o contraditório postecipado ou postergado, segundo LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 110.

[33] Nesse sentido, "o art. 285-A, introduzido pela Lei nº 11.277, de 07.02.2006, extirpa o processo porque elimina o contraditório, já que só existe processo, segundo Fazzalari, quando o procedimento é realizado em contraditório. Sem isso há procedimento; jamais processo",

Cumpre, neste momento, tecer singelas linhas acerca da teoria neoinstitucionalista do processo.

Segundo destaca Lopes (2003), a teoria neoinstitucionalista do processo foi idealizada pelo professor Rosemiro Pereira Leal, tendo a mesma uma visão pós-moderna. Tal doutrina entende que instituição é um conjunto de institutos jurídicos e de princípios congregados pela CR/88, sendo em sua essência o processo. Ele, por sua vez e segundo a teoria em comento, é uma instituição constitucionalizada que visa a garantir a efetivação de direitos de ordem constitucional e infraconstitucional. Outrossim, a teoria neoinstitucionalista do processo entende que o processo é uma espécie de procedimento, qualificado por um elemento: o contraditório.

Assim, ausente o contraditório, não há processo, mas tão somente procedimento. Nesse sentido, não são admitidas a mitigação e a postergação deste elemento[34], repita-se.

Contudo, não basta que haja o contraditório, enquanto direito-garantia, para que haja processo, sendo necessário que no procedimento se concretize, ainda, a ampla defesa, o direito a um advogado e a isonomia, bem como à gratuidade judicial.

Dessa forma, a teoria neoinstitucionalista opõe-se à sumarização da jurisdição, efetivada por meio da mitigação ou eliminação do contraditório e/ou da ampla defesa, caminho seguido pelo legislador pátrio, a fim de conceder à tutela jurisdicional uma maior celeridade, ou melhor, um mínimo de celeridade em certas situações.

No entanto, as assertivas expostas acima, quanto à constitucionalidade do art. 285-A, do CPC, sustentam-se pela teoria da instrumentalidade do processo, a qual entende o processo como uma forma de engendrar justiça.

Portanto, segundo a teoria da instrumentalidade do processo, o art. 285-A, do CPC, é constitucional, mesmo havendo mitigação e, em certa medida, dispensa do contraditório; medidas alicerçadas pela ponderação de interesses.

---

conforme TEIXEIRA, Welington Luzia. As novas reformas do CPC e o estado democrático de direito: adequação ou colisão? *Juris Síntese IOB*. Porto Alegre, n. 61, set./out. de 2006.

[34] LOPES, Bráulio Lisboa. Uma visão do Direito Processual segundo a teoria neoinstitucionalista do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 159, 12 dez. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4519>. Acesso em: 14 ago. 2008.

Nesse turno, de um lado da balança reside o primado do contraditório; do outro, os direitos fundamentais da razoável duração do processo, da efetividade da tutela jurisdicional, do acesso à jurisdição e, em especial, da dignidade da pessoa humana (posto que ela resta ausente quando um processo, cediço de plano infrutífero, prossegue sem um julgamento liminar, dando esperança à parte autora e desgastando, sem justificativa, a parte demandada).

Pela teoria da instrumentalidade do processo, tais valores se sobrepõem ao contraditório, mitigado e, por vezes, afastado, pelo novel art. 285-A, do CPC.

A Escola Paulista, sustentada por Cintra, Grinover e Dinamarco (1999), entre outros, na esteira de Calamandrei, entende que "o processo é uma relação jurídica material controvertida entre os sujeitos da lide"[35], sendo um instrumento a serviço da paz social. Assim, a efetividade da tutela jurisdicional é o meio para o alcance da justiça, pelo que o processo não possui um fim em si mesmo, sendo antes um instrumento para a concretização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, já se asseverou, anteriormente:

> Em 1994, com a vigência da Lei nº 8.952, introduziram-se as cognominadas tutelas de urgência, sob os fundamentos de dano iminente e perigo de demora, somados à idéia latente de conferir agilidade à exaração das decisões no curso do procedimento. Diante do velho dilema do qual já falava Carnelutti, entre a segurança jurídica propiciada por uma cognição plena e exauriente, característica da cognição pautada em um direito democrático, e a celeridade "do processo", se optou por essa última, sob o argumento de que[36]: "a segurança, sem dúvida é indispensável, mas em benefício da rapidez, das decisões, da prioridade que deve ser dada à celeridade dos processos, nada impede que algumas garantias sejam arranhadas" [37].

Nesse passo, reitere-se que o novo art. 285-A, do CPC, é constitucional, se estudado à luz da teoria da instrumentalidade do processo, a qual foi adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme se infere dos arts. 154 e 244, do CPC.

---

[35] LOPES, Bráulio Lisboa. Uma visão do Direito Processual segundo a teoria neoinstitucionalista do processo – *op. cit.,* 2003.

[36] GOMES, Magno Federici; SOUSA, Isabella Saldanha de. A efetividade do processo e a celeridade do procedimento sob o enfoque da teoria neo-institucionalista. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, Ano IX, nº 57, p. 69-85, jan./fev. 2009, p. 75-76.

[37] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide – *op. cit.*, 2008.

Oportuno registrar, ainda, que o art. 285-A, do CPC, além de constitucional, nos termos acima delineados, é um instrumento necessário no atual ordenamento pátrio, como destaca Pereira (2006):

> O fato inconteste é que se amontoam nas varas processos com já estéreis discussões, cujas teses que outrora empolgavam os operadores do direito, mas hoje já são decaídas, servindo apenas em prol daqueles que buscam na justiça uma cartada de sorte ou um pouco mais de tempo para tentar superar dificuldades que se avançam – mas não é o objeto destas linhas discutir a legitimidade de tais posturas.
>
> O que se mostra agora possível é que, se determinada matéria é questão que já foi revolvida a fundo pela convicção do juiz sobre essa posição jurídica, melhor então é que se abrevie o processo ao máximo possível.
>
> Imaginemos a seguinte situação. Determinada parte busca sustentar que as empresas administradoras de cartões de crédito não são equiparadas às instituições financeiras, apresentando para tanto suas razões. O magistrado, que já estudou tal matéria, pode perfeitamente entender que neste caso se aplica a regra da súmula 283 do STJ.
>
> Nessa situação, o que aconteceria, então, antes da atual regra ora comentada?
>
> Responde-se: um despacho liminar de conteúdo positivo para realização da citação, o cumprimento do mandado e sua juntada aos autos, a juntada da contestação, a manifestação em réplica, uma talvez audiência preliminar, quiçá uma prova pericial e uma sentença desfavorável ao autor. Todo esse inter processual irá durar meses, quiçá alguns anos.
>
> O que se realiza, então, é uma abreviação de meses ou anos, pois se a matéria é exclusivamente de direito, essa questão já poderia ter sido resolvida desde logo, abreviando a ansiedade do autor.
>
> Esse é, na verdade, o grande protegido. O autor, não o réu!
>
> Com essa otimização, o autor ganha um precioso tempo na resolução de seu problema, evitando-se uma delonga processual que, desde o início, já estaria fadada ao insucesso na consciência do magistrado. Ao se aperfeiçoar o tempo, aperfeiçoam-se também os gastos do autor, evitando impor-lhe custos processuais que seriam desnecessários.
>
> Não se pode esquecer que[38] "a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente,

[38] PEREIRA, Ricardo Alberto. O atual art. 285-A do CPC: breves anotações da Lei nº 11.277/06. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 978, 6 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8060>. Acesso em: 09 jul. 2008.

> no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um 'prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível" [39].

Com isso, ainda com vistas a demonstrar a necessidade da existência do sistema engendrado pelo art. 285-A, da Lei instrumental, no ordenamento jurídico processual pátrio, impende trazer à baila as observações de Gajardoni (2008):

> O STJ recebe mais de 200.000 processos por ano, cabendo a apreciação de mais de 6.000 recursos para cada um dos seus 33 ministros, o que consome inegável tempo. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao lado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, são seguramente hoje as Cortes mais lentas do País, com estimativa temporal de julgamento de um recurso de apelação (sem prioridade legal ou regimental) para mais de 05 (cinco) anos. [...] Estima-se, principalmente na Justiça Federal, que mais de 50% dos feitos de matéria tributária, previdenciária e habitacional - em que preponderam discussões nitidamente de direito cuja solução independe da produção de provas - estejam em condições de assim serem julgadas, com nítido ganho temporal tanto no próprio feito quanto nos demais que não admitem aplicação da norma (que terão sua apreciação acelerada pela desobstrução das vias judiciais) [40].

Acrescente-se, ainda, que a teoria instrumentalista do processo visa à paz social, pelo que o contraditório não pode, sob tal visão, ser entendido como um direito absoluto. Nesse turno, Sen (2000) faz uma observação relevante:

> Na orla do golfo de Bengala, no extremo sul de Bangladesh e Bengala ocidental, na Índia, situa-se o Sunderban – que significa "bela floresta". É ali o habitat natural do célebre tigre real de Bengala, um animal magnífico dotado de graça, velocidade, força e uma certa ferocidade. Restam relativamente poucos deles atualmente, mas os tigres sobreviventes estão protegidos por uma lei que proíbe caçá-los. A floresta de Sunderban também é famosa pelo mel ali produzido em grandes aglomerados naturais de colméias. Os habitantes desta região, desesperadamente pobres, penetram na floresta para coletar o mel, que nos mercados urbanos alcança ótimos preços – chegando talvez ao equivalente em rúpias a cinqüenta dólares por frasco. Porém, os coletores de mel também precisam escapar dos tigres. Em anos bons, uns

---

[39] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 20-21.

[40] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide – *op. cit.*, 2008.

> cinqüenta e tantos coletores de mel são mortos por tigres, mas o número pode ser muito maior quando a situação não é tão boa. Enquanto os tigres são protegidos, nada protege os miseráveis seres humanos que tentam ganhar a vida trabalhando naquela floresta densa, linda – muito perigosa[41].

Proteger o contraditório, como um fim em si mesmo, significaria proteger o tigre e esquecer dos seres humanos. Eles e seus direitos mais prementes, como sua dignidade, decorrente, por exemplo, de uma tutela jurisdicional efetiva e célere, são alvos da teoria instrumentalista do processo.

Assim como o desenvolvimento é o caminho para a liberdade, inclusive política, o processo é o caminho para a efetivação dos direitos materiais, entre eles a cidadania.

Desse modo, pode ser o contraditório, sob determinadas condições e com alicerce no devido processo constitucional, mitigado ou mesmo postergado, a favor de uma tutela jurisdicional justa e célere.

Outrossim, tal situação concretiza a razoável duração do processo, não apenas para o feito em que se aplica, por exemplo, o julgamento liminar de mérito, mas também para os demais processos em trâmite no mesmo Juízo, que poderão tramitar mais rapidamente, em face da efetivação da otimização dos feitos em sede de primeira instância.

Conforme delineia Paula (2002):

> Nesse compasso tem-se que o processo não é um meio de asseguramento das garantias jurídicas, a despeito da relação processual impor o respeito por certas garantias, como a do acesso à justiça, a da ampla defesa, a do contraditório, a do devido processo legal, a da autoridade competente, a da fundamentação das decisões judiciais, a do duplo grau de jurisdição e o respeito à coisa julgada.
>
> O processo é um meio de transformação de realidade jurídica e/ou fática, e a jurisdição, junto com as demais atividades essenciais do Estado, é atividade consistente à realização da justiça social. Para alcançar a justiça social, é preciso que o processo estabeleça no curso da lide, a justiça e a igualdade, a fim de que a justiça social – a transformação da realidade desejada pelo artigo 3°, da CF – possa ser realizada.

---

[41] SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 20.

> Essa postura da jurisdição e do processo decorre de uma abordagem crítica do processo, que tem como um dos degraus de elevação a visão instrumental[42].

Finalmente, o "direito material é o direito do povo, o direito processual é o direito para o povo" [43].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta indelével a constitucionalidade do art. 285-A, da Lei instrumental, uma vez que, na hipótese de interposição de apelação, haverá diferimento do contraditório, havendo a citação da parte adversa, nos termos dos §§ 1° e 2°, do art. 285-A, do CPC.

Da mesma maneira, caso o autor se conforme com a sentença de primeira instância, não interpondo impugnação endoprocessual, no que pese inexistir citação da parte demandada e sobre ela incidir os efeitos da coisa julgada material, não haverá desrespeito ao citado primado constitucional, tendo em mira que esse direito visa a sua proteção.

Assim, inexistindo potencialidade de prejuízo à parte ré (art. 250, parágrafo único, do CPC), haja vista que o art. 285-A, do CPC, somente é aplicável na improcedência integral dos pedidos autorais, não há desrespeito ao contraditório, que, acaso violado, ensejaria *error in procedendo* e consequente reconhecimento de nulidade processual. Elucide-se, por oportuno, que, nessa hipótese, não há mitigação do contraditório, mas sua dispensa legal, em face de sua absoluta desnecessidade, sob o aspecto instrumental.

Impende lembrar que a dispensa do contraditório e sua mitigação não são permitidas pela teoria neoinstitucionalista do processo. De igual forma, a postergação do contraditório seria questionável, tendo em mira se tratar de direito fundamental da parte na relação jurídica processual.

Contudo, a sumarização da jurisdição levada a efeito com o novo regime de julgamento liminar de mérito resta constitucional, se analisado tendo como mira a teoria instrumentalista do processo, a qual foi adotada pelo

---

[42] PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social*: revitalizando as regras do jogo democrático. São Paulo: Manole, 2002, p. 206-207.

[43] PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social – op. cit.*, 2002, p. 208.

ordenamento processual pátrio, consonante se observa dos arts. 154 e 244, do CPC.

Nesse prisma, o art. 285-A, do CPC, traz ínsito uma lição: o processo deve, sempre, ser objeto de criação de justiça. Assim, o primado constitucional do contraditório pode ser mitigado se confrontado com outros princípios e direitos de ordem supraconstitucional, como a razoável duração do processo, a efetividade da tutela jurisdicional, o amplo acesso à jurisdição e, em especial, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do código de processo civil: leis nºs 11.232, de 22 de dezembro de 2005, 11.277 e 11.276, ambas de 07 de fevereiro de 2006. *Juris Síntese IOB*. Porto Alegre, n. 58, mar./abr. de 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial*, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 jan. 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 8.038, de 26 mai. 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial*, Brasília, 29 mai. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 set. 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 11.277, de 07 fev. 2006. Acresce o art. 285-A à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 08 fev. 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1.

FÉRES, Marcelo Andrade. As ações repetitivas e o julgamento sumaríssimo do mérito do processo: comentários ao Art. 285-A do CPC. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 80, p. 47-63, ago./set. 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. *Juris Síntese IOB*. Porto Alegre, n. 70, mar./abr. de 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceira fase da reforma do código de processo civil*: nova disciplina do agravo no processo civil lei 11.187/2005, reforma da execução civil lei 11.232/2005. São Paulo: Método, 2006.

GOMES, Magno Federici; SOUSA, Isabella Saldanha de. A efetividade do processo e a celeridade do procedimento sob o enfoque da teoria neo-institucionalista. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, Ano IX, nº 57, p. 69-85, jan./fev. 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

LOPES, Bráulio Lisboa. Uma visão do Direito Processual segundo a teoria neoinstitucionalista do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 159, 12 dez. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4519>. Acesso em: 14 ago. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENEZES, Iure Pedroza. O art. 285-A e a sua constitucionalidade. Brasília: *BDJur*, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9818>. Acesso em: 03 set. 2007.

MENEZES, Iure Pedroza. O precedente judicial e o art. 285-A do CPC. Brasília: *BDJur*, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9799>. Acesso em: 30 ago. 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social*: revitalizando as regras do jogo democrático. São Paulo: Manole, 2002.

PEREIRA, Ricardo Alberto. O atual art. 285-A do CPC: breves anotações da Lei nº 11.277/06. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 978, 6 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8060>. Acesso em: 09 jul. 2008.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TEIXEIRA, Welington Luzia. As novas reformas do CPC e o estado democrático de direito: adequação ou colisão? *Juris Síntese IOB*. Porto Alegre, n. 61, set./out. de 2006.

THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL E A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS A TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA. ANÁLISE À LUZ DOS COMPROMISSOS SOCIAIS DO ESTADO

Arthur Laércio Homci

Mestrando (Bolsista-CAPES) do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará – UFPA. Advogado.
arthurlaercio@hotmail.com

Resumo: O trabalho apresenta uma possibilidade de análise que pode vir a ser desenvolvida durante o julgamento do caso da concessão de benefícios previdenciários a trabalhadores rurais sem terra, ocupantes irregulares de terras alheias, a partir da perspectiva do Direito Previdenciário, encarado como um direito fundamental de caráter social. Além disso, visa apresentar uma via argumentativa para a análise dos casos que envolvam o Direito Previdenciário em geral, a partir da compreensão de que o direito à previdência advém das relações de trabalho, e não pode ser obscurecido por outros meios de argumentação, especialmente os de ordem estritamente civil e tributária.
Palavras-chaves: Direitos fundamentais sociais; direito à previdência; trabalhadores rurais sem terra.

Abstract: This paper presents a possibility of analysis that can be developed during the judgement of the case of the concession of social security benefits to rural landless workers, illegal occupants of private properties, from the perspective of the social security law system, envisaged as a fundamental right on social matters. Besides, intends to present an argumentative way for the analysis of the cases that involve the social security Law *lato sensu*, from the comprehension that the right to a social security system comes from the work relations, and cannot be overcast by another ways of argumentation, especially those from branches strictly applied to civil and tax law.
Key words: Fundamental-Social Rights; right to a social security system; rural landless workers.

1. INTRODUÇÃO: O CASO, O OBJETIVO E O MÉTODO

Em 18 de janeiro de 2008, foi publicado no Diário Oficial da União o Parecer CONJUR/MPS/N°. 10/2008, aprovado pelo Ministério da Previdência Social – MPS, concluindo pelo enquadramento de um *posseiro* ocupante de margem de determinada Rodovia Estadual como Segurado Especial[1] do Regime Geral de Previdência Social.

A discussão surgiu em pedido de concessão de aposentadoria por idade formulado por trabalhador ocupante de terreno marginal de uma Rodovia Estadual, no território do Município de Teófilo Otoni-MG. Formada a contenda no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a chefia da autarquia previdenciária optou por solicitar parecer do Ministério da Previdência Social, de acordo com possibilidade prevista no Regulamento da Previdência Social[2].

A fundamentação da decisão administrativa tomada mediante o Parecer está sintetizada no seguinte excerto:

> O requisito nuclear, essencial, segundo a Constituição de 1988 e as leis, para caracterização do trabalhador rural (segurado especial), é o desempenho - por conta própria ou com a ajuda da família - da atividade rural. É o produzir (produtor), e não a que título se ocupa a terra, sendo este, quando muito, um elemento meramente subjacente, cuja detenção do título fundiário funciona como um dos meios de prova do elemento fundamental, qual seja, o exercício da atividade rural. (...) disto se concluiu que a regularidade da ocupação da terra é apenas um dos meios de comprovar o desempenho da atividade rural, não sendo o único ou

---

[1] O conceito legal de Segurado Especial foi forjado a partir de determinação constitucional contida no art. 195, §8º da CF/1988: "O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei." Atualmente, o conceito de Segurado Especial está disposto no art. 12, inciso VII da Lei nº. 8.212/1991: "Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (...) VII – **como segurado especial:** a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, na condição de (...)." É fundamental frisar que a Lei nº. 11.718/2008 trouxe uma série de modificações na conceituação legal de Segurado Especial, expostas nos parágrafos e alíneas do inciso VII do art. 12 da lei que institui o Plano de Custeio do RGPS.

[2] Art. 309 do Decreto nº. 3.048/1999.

> exclusivo ou indispensável elemento probatório. (DOU nº. 13/2008, p. 90)

O entendimento adotado pelo Estado brasileiro, no sentido de garantir o direito à previdência ao trabalhador rural sem terra, gerou uma série de manifestações na imprensa nacional, uma vez que, na concepção de muitos, a decisão concedeu direitos a partir de uma situação irregular, além de fomentar a invasão de terras.

Em face do Parecer Ministerial, em 29 de janeiro de 2008 o Partido Político Democratas (DEM) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº. 4012), almejando a declaração do descompasso entre o Parecer e a Constituição Federal.

Como fundamento elementar do pedido de declaração de inconstitucionalidade, o DEM alegou que aquele que desenvolve atividades laborais em terras de ocupação irregular não pode ser considerado trabalhador rural:

> O trabalhador rural desempenha, naturalmente, atividade considerada lícita, sobre a qual não incide qualquer tipo penal ou vedação civil. Já aquele que se dedica a áreas sabidamente submetidas a esbulho incorre em grave ato infracional, que escapa do figurino "trabalhador rural." (ADI nº. 4012, Petição Inicial, p. 07)

O caso ainda está pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.[3] Não obstante, os fatos, por si, apresentam-se como uma rica fonte para o debate acerca do direito à previdência social, a partir dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na Constituição de 1988.

O objetivo do presente trabalho é, portanto, apresentar uma possibilidade de análise que pode vir a ser desenvolvida durante o julgamento do caso concreto, a partir da perspectiva do Direito Previdenciário, encarado como ramo da ciência jurídica que estuda o direito à previdência – direito fundamental de caráter social. Mas não é só. O intento é mais audacioso: visa apresentar uma via argumentativa para a análise dos casos que envolvam o Direito Previdenciário em geral, a partir da compreensão de que o direito à previdência advém das relações de trabalho, e não pode ser obscurecido por outros meios de argumentação, especialmente os de ordem estritamente civil e tributária.

---

[3] A última movimentação processual, pelo que consta do sítio do STF (www.stf.jus.br), ocorreu em 29.05.2008, com a apresentação de novas informações pelo MPS.

Não se pretende com isso dar posição fechada acerca do caso específico exposto acima. Isso será tarefa do STF. O que se busca, na realidade, é alertar os julgadores em geral para o risco no qual se incorre ao analisar o direito fundamental à previdência social a partir de perspectivas que não lhes sejam inerentes, obscurecendo as suas funções sociais estabelecidas no texto constitucional.

O método, portanto, é indutivo, no sentido de, por meio da análise de um caso concreto, apresentar os contornos do direito à previdência, de acordo com os compromissos sociais do Brasil.

Desde já, alerta-se que as conclusões aqui tomadas e os métodos para alcançá-las estão longe de serem imunes a críticas, pois parte-se de um ponto de vista bastante controvertido, que para ser sustentado carece de uma fundamentação interpretativa, que pode variar de acordo com as bases adotadas.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o direito à previdência decorre, no Estado brasileiro, do direito fundamental ao direito ao trabalho, que "pelo seu conteúdo genérico, desdobra-se em uma série de outros" (BRITO FILHO, 2004, p. 47).

Não obstante o direito à previdência advenha do direito ao trabalho, pode-se perceber que o modo pelo qual esse direito se exerce é um tanto peculiar, pelo menos no Estado Moderno. Desde o primeiro sistema de Previdência Social ocidental moderno de que se tem notícia, formulado por Otto Von Bismark em 1883, durante o processo de unificação da Alemanha (PEREIRA JUNIOR, 2005), a Previdência Social embasa-se sobre duas premissas fundamentais: 1) o homem, por si só, não possui condições de prever e resguardar-se dos possíveis infortúnios advindos da relação de trabalho, inclusive a velhice; 2) o responsável por realizar esse resguardo deve ser o Estado.

Portanto, desde a formulação dos primeiros sistemas previdenciários da modernidade, percebe-se que o Estado passa a possuir papel fundamental na garantia do direito à previdência, pois avoca para si o dever de manter e organizar todo o arcabouço estrutural da Previdência Social.

Ainda mais, a partir de 1942 – com a idealização do plano de seguridade social formulado pelo economista inglês William Beveridge para tentar minorar os efeitos das duas grandes guerras sobre as relações de trabalho na Europa – os sistemas previdenciários passaram a exprimir duas características essenciais: a contributividade e a compulsoriedade (IBRAHIM, 2008).

A contributividade apresenta-se como requisito para que o trabalhador possa participar do sistema previdenciário, no sentido de que deve contribuir de alguma maneira para que a engrenagem permaneça funcionando. No Brasil, como na maioria dos países ocidentais, essa contribuição é pecuniária, através de uma tributação sobre os rendimentos auferidos pelo desenvolvimento de atividade remunerada.

A compulsoriedade, por sua vez, é a obrigatoriedade de contribuição por parte do trabalhador, a partir do momento no qual passa a desenvolver atividade remunerada.

O imbróglio dos aparatos previdenciários da atualidade, calcados em diversas regras tributárias, dando prevalência à questão econômica e financeira, faz muitas vezes com que se perca a noção real do direito à previdência. Portanto, cabe relembrar que, desde a sua formulação inicial na modernidade, o direito à previdência possui como finalidade essencial garantir o mínimo de dignidade aos trabalhadores e dependentes, em momentos denominados de risco social, como a morte, doença, gravidez, velhice, prisão, o desemprego, dentre outros, quando o exercício do direito ao trabalho fique, por alguma das razões acima, prejudicado.

Por esses fundamentos, o direito à previdência social foi consagrado no texto constitucional de 1988 como um direito fundamental de caráter social, conforme o art. 6º: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, **a previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (destaque posto).

A Constituição Federal de 1988 especificou a configuração fundamental do direito à previdência no título relativo à ordem social (art. 193 e seguintes), garantindo um capítulo genérico à seguridade social e uma seção específica à previdência social.[4]

---

[4] Cabe aqui estabelecer a diferenciação entre os termos *seguridade social* e *previdência social*, existente no Direito brasileiro: a Seguridade Social é gênero, da qual são espécies a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde. "A Previdência Social vai abranger, em suma, a cobertura

O Estado brasileiro proclamou o direito à previdência como direito fundamental, assumindo o papel de garantir o seu exercício, embasado, conforme se expôs, em suas características básicas, que valem ser rememoradas: *trabalho* (art. 193, CF/1988) e *contribuição obrigatória* (art. 201, CF/1988).

Esta secção, mais do que esmiuçar os fundamentos do direito à previdência, busca esclarecer qual a real finalidade deste direito fundamental, que parece estar sendo esquecida ao longo do tempo, especialmente pela conduta que vem sendo adotada pelo Estado em relação a esse direito, que vez por outra se apresenta como instrumento de manipulação social, por meio de artifícios de controle de pressão social (MALLOY, 1986).

Em uma análise mais holística, é possível visualizar a garantia do direito à previdência como um compromisso firmado pelo Estado para com a sociedade.

3. O COMPROMISSO DO ESTADO SOCIAL

Não parece ser tarefa hercúlea observar que o constituinte de 1988, ao proclamar a Carta Magna denominada "Constituição Cidadã", fez diversas opções políticas de cunho social, denotando que o Brasil, após período de repressão militar[5], estava direcionando a sua política para vertentes mais coletivistas e humanísticas. Acontece que esse processo não transcorreu de maneira pacífica e uniforme, tendo em conta as diversas pretensões contrastantes que envolviam as escolhas a serem feitas.

Tais escolhas (se é que assim podem ser definidas) foram tomadas pela adoção de um paradigma a ser fincado, para direcionar as políticas internas e externas de atuação do Estado. Na análise do constituinte, sem destoar drasticamente do histórico constitucional brasileiro, o país ainda necessitava de uma intervenção concreta e positiva do Estado, para garantir uma série de elementos básicos à sobrevivência do ser humano em sociedade.

---

de contingências decorrentes de saúde, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, mediante contribuição, concedendo aposentadorias, pensões etc." (MARTINS, 2004, p. 22).

[5] Sobre as agruras do período ditatorial brasileiro, recomenda-se a leitura de FREIRE, Alípio; ALMADA, Izaías; PONCE, J.A. de Granville (org). **Tiradentes, um presídio da ditadura. Memórias de presos políticos.** São Paulo: Scipione Cultural, 1997.

A opção liberalista de igualdade absoluta (ou formal) foi relegada a canto, tendo em vista que o contexto social do Brasil, naquele momento (1988), apontava que a igualdade a que se arrimava o liberalismo encobria, sob o manto da abstração, desigualdades fáticas – econômicas, sociais, políticas e pessoais (BONAVIDES, 2001). Nessa medida, o Brasil adotou um modelo de Estado voltado à garantia de direitos elementares aos seus cidadãos, dentre os quais os direitos sociais. Essa parece ser uma das leituras mais claras do texto constitucional.

Os direitos sociais foram encarados não apenas como elenco de vantagens utópicas para o indivíduo e para a coletividade, mas sobretudo enfocados na eficácia das medidas governamentais tendentes a melhorar a condição de vida dos cidadãos (OLIVEIRA, 1999).

O Estado Social representou (e ainda representa), nessa medida, uma transformação estatal e supraestatal, conservando a ordem capitalista, mas desvencilhando-se dos preceitos liberalistas e individualistas. O que era individual por essência passou a ser encarado como transindividual.

Lênio Streck denota que há um descompasso entre o Direito (como estrutura normativa) e a sociedade, na medida em que a Constituição reflete os interesses do povo, mas as leis ordinárias (em especial o Código Civil, o Código de Processo Civil e o Código Comercial) refletem uma estrutura individualista que contraria as expectativas da maior parte da nação.

O fato é que esse descompasso tem que ser resolvido de alguma maneira, e a forma mais efetiva de solver essa discrepância se dá por meio das formas de interpretação normativa, que têm que considerar a Constituição, sobretudo, como um reflexo dos anseios da sociedade e do modelo de Estado por ela escolhido, a fim de que se impulsione a busca por uma Justiça concreta.

O Estado, em todas as suas esferas, assumiu para si a responsabilidade de garantir os direitos sociais proclamados na Constituição da República de 1988, e não pode abrir mão de sua tarefa, pois esse foi um compromisso assumido com a sociedade.

Por outra, seria ingênuo pregar um discurso de efetivação dos direitos sociais sem levar em conta os aspectos extrajurídicos que atuam sobre a (in)efetividade das normas constitucionais. É por essa razão que David Torres e Moacir Longo tentam analisar a questão de outra forma, aduzindo que:

> É preciso enfrentar com coragem e sem preconceito essa bobagem de **Estado mínimo** e **Estado máximo**, a partir de uma suposta confrontação

> entre o liberalismo e o socialismo [que é deveras diferente do Estado Social] quando, na verdade, se trata de discutir qual das esferas do **Estado,** hoje em dia, deve ser **máxima** e qual deve ser **mínima,** em um país que não tem pretensões belísticas e está cheio de problemas sociais para resolver. (LONGO; TORRES, 2003) (destaques no original)

Essas considerações, longe de serem conclusivas, são elementares para a análise do caso concreto ora estudado, pois visam apresentar o contexto político e social no qual o Brasil está inserido.

4. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E MANUTENÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A salvaguarda da Constituição é o primeiro dever de cidadania, sendo a Carta Magna a essência de legitimidade (BONAVIDES, 2006). Onde não há constituição não há, também, direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003). Essas considerações são fundamentais para garantir a aplicabilidade concreta da Constituição como proposta de legitimação de direitos, independentemente dos interesses particulares que a circundam.

Assumindo o dever de resguardar a dignidade de seus tutelados, o Estado não pode abrir mão desse mister, devendo cumprir, mais do que qualquer outra pessoa ou instituição, o seu dever, com a presteza que lhe deveria ser peculiar. As obrigações assumidas por meio de uma Carta Constitucional devem ser cumpridas da maneira mais ampla e escorreita possíveis, pois, como alhures se deixou antever, refletem os interesses da nação.

Nesse ponto, proclamando que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, *a previdência social,* o Estado assume a função de garantir a efetividade dessas proclamações, e também de impedir que as mesmas não venham a serem exercitadas, por influência de interesses diversos.

Essa noção deveria ser elementar em todo cidadão brasileiro, principalmente para a valorização do Estado por parte da sociedade, pois o cumprimento de deveres por parte do Estado não decorre de uma mera liberalidade, mas de responsabilidades assumidas por este quando da emanação de sua Carta Diretriz.

A Constituição da República Federativa do Brasil possui conteúdo material, que deve ser perseguido a todo o momento, e, conseqüentemente, alcançado em seu êxito, para que esse Estado consiga firmar-se no plano interno e no plano internacional:

> Mais do que procedimentos, a Constituição instituidora do Estado Democrático de Direito apresenta, a partir de uma revolução copernicana do Direito Constitucional, a determinação da *realização substantiva dos direitos sociais, de cidadania e aqueles relacionados diretamente à terceira dimensão de direitos.* (STRECK, 2004, p. 87)

A Lei Maior não é uma amiga conselheira, mas sim "ditadora" dos deveres do Estado, que devem desaguar nos direitos da sociedade. A Constituição se propõe a, efetivamente, constituir os direitos nela protegidos, não apenas declarando-os formalmente.

É claro que, para que obtenha êxito, a Constituição de um Estado necessariamente há de estar conectada à realidade na qual foi proposta. Isso de maneira alguma quer dizer que a Constituição deva reduzir-se a uma mera comentadora da realidade. Pelo contrário, a Constituição é elemento de coercibilidade para a efetivação das pretensões da sociedade, estabelecidas em um determinado contexto, que não podem ser abandonadas "ao sabor do vento". Entre a norma e a realidade deve haver uma relação de coordenação. (HESSE, 1991).

A *vontade da Constituição* (HESSE, 1991) reside exatamente no respeito às suas proposições, sem limitações ocorrentes ao talante das relações dominantes de poder.

A Constituição Federal, ao proclamar direitos sociais, busca força em seus próprios preceitos para determinar a realização de seus ditames, influenciando a realidade (sociedade) positivamente, para o cumprimento dos seus desideratos. "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade" (HESSE, 1991, p. 14). Em outras palavras: "A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas, elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas" (HESSE, 1991, p. 15).

Conforme aduz Hesse:

> Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas [normas programáticas (CANOTILHO, 1997)] forem efetivamente

> realizadas, e existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se poder identificar a **vontade** de concretizar essa ordem (HESSE, 1991, p. 19).

O desafio, então, é determinar como a Constituição poderá impor tarefas; nas palavras de Hesse, como a Norma Máxima poderá impor a sua *vontade.* Isso depende da normatividade que o texto constitucional alcança em determinado contexto, a partir da consciência acerca de determinados fatores, devidamente explícitos por Hesse:

a) valor de uma ordem normativa inquebrável;

b) compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos;

c) compreensão de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

É necessário, portanto, que a sociedade tenha plena consciência dos valores constitucionais, a fim de que a ordem instituída pela Lei Maior seja inquebrável e defendida por todos.

Faz-se imperioso, por outro lado, que essa ordem seja compreendida dentro de um contexto fático, no qual as expectativas da sociedade, proclamadas no texto constitucional, não sejam abandonadas por influências que contrariem os termos da Lei Maior.

Portanto, se o direito à previdência foi constitucionalizado como um direito fundamental, esse *status* reflete a vontade política da sociedade em determinado momento, que traduzida na Carta Política, deve ser defendida pelo Estado e pela sociedade.

Dada a substância dos deveres assumidos pelo Estado por meio da Constituição de 1988, o Brasil encontra-se diante de um ponto de não-retorno (STRECK, 2004) no que pertine à implementação dos direitos sociais. Não há como se pensar em uma volta às bases do Estado Mínimo.

O Estado precisa intervir positivamente, a fim de que se garantam direitos elementares. Falar em liberdade substancial, no Brasil, é falar em garantia de dignidade, que ainda está distante de milhares de brasileiros. Não se pode olvidar que essa atuação social do Estado deve ser acompanhada de uma atuação econômica e política capaz de garantir ao cidadão meios, de por si só, buscar a liberdade. Mas diante da realidade brasileira, o cidadão nacional

ainda está distante de possuir esses elementos básicos (educação, saúde, renda) para buscar a liberdade sem o auxílio do Estado.

É nessa medida que o direito à previdência, encarado como direito fundamental de caráter social, ganha uma importância impar, não apenas em termos de garantia da dignidade humana, conforme se asseverou anteriormente, mas também no aspecto científico, vez que o ramo do direito que objetiva estudá-lo pedagogicamente – o Direito Previdenciário – galga uma *autonomia científica* capaz de superar a velha ligação com o Direito Tributário e o Direito Civil.

5. A ANÁLISE DO CASO CONCRETO

A explanação até aqui executada talvez já seja suficiente para a realização do segundo objetivo desse trabalho, que é apresentar uma forma mais abstrata pela qual as questões que envolvam o direito previdenciário em geral podem ser solucionadas, a partir de sua perspectiva humanista, que lhe confere autonomia argumentativa suficiente para se desgarrar de outros fatores de influência na análise dos casos que envolvam esse ramo do Direito (pedagogicamente destacado). Ademais, serviu também para sedimentar as bases nas quais o caso concreto proposto pode ser analisado, e por essa razão se faz, agora, a sua análise.

Inicialmente, cabe destacar, a título apenas informativo, que os aspectos legais referentes ao caso podem ser observados em vários planos normativos, partindo da Constituição Federal de 1988, passando pelas leis nº. 8.212 e 8.213 de 1991, pelo Decreto 3.048/1999 (que regulamenta as leis do RGPS) e chegando às resoluções, portarias e outros instrumentos normativos no âmbito da Administração Pública, mais especificamente do INSS.

A Constituição Federal traz em seu texto (art. 193) a seguinte assertiva: "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais." Kildare Gonçalves de Carvalho arremata aduzindo que "privilegia o texto constitucional o trabalho nas suas relações com o capital, visando precipuamente a realização da justiça social" (CARVALHO, 2004, p. 743).

O art. 201 da Constituição, ao seu turno, explicita que "A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio

financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei...". Nesse mesmo dispositivo, o constituinte apresentou como um dos objetivos da Previdência Social a universalidade de cobertura e de atendimento.

Apresentados os dispositivos constitucionais que norteiam o caso, há agora a necessidade de uma maior argumentação jurídica sobre o assunto. Inicialmente, há de se destacar, como no Parecer, que o princípio (ou objetivo, como dispõe a Constituição) da universalidade da cobertura e do atendimento deve ser observado em absolutamente todos os casos de concessão de benefícios, velando este na observância, pelo legislador, do princípio da igualdade, a impedir a ocorrência de exclusão social. Significa dizer, em outras palavras, que todos os residentes no território nacional terão direito às prestações do sistema previdenciário, desde que implementem os requisitos legais, conforme explanado no início do trabalho.

Assim, os trabalhadores rurais não podem ser privados de seus direitos previdenciários, garantidos constitucionalmente, pelo motivo de trabalharem em terras de ocupação irregular. *A questão fundiária não pode se "misturar" à questão previdenciária, ainda mais para impedir o exercício de direitos garantidos na Carta Magna.*

Há, pela Constituição, a necessidade de comprovação da atividade rural, do tempo e da forma como é exercida. A questão fundiária não pode ser óbice à concessão dos benefícios, por ausência de legislação que assim determine, não podendo o administrador público e nem o Poder Judiciário interpretar restritivamente uma norma constitucional de garantia de direitos fundamentais.

Vale ainda ressaltar que os benefícios previdenciários possuem eminente caráter alimentar, sendo corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, tão festejado, porém pouco implementado na atualidade.

É cediço o problema fundiário existente no Brasil.

> Tal como nos demais países latino-americanos, o acentuado grau de concentração da propriedade fundiária que caracteriza (...) a generalidade da estrutura agrária brasileira é reflexo da natureza de nossa economia, tal como ela resulta da formação do país desde os primórdios da colonização e como se perpetuou, em suas linhas gerais e fundamentais, até os nossos dias. (ADAS, 1988, p. 51).

Porém, o fato de a posse do imóvel onde se exerce atividade de lavoura ser ilícita não pode negar aos trabalhadores (que efetivamente trabalharam e comprovaram essa condição) um direito elementar à dignidade

em casos de infortúnio ou velhice, estando presente o requisito da contributividade, que no caso dos segurados especiais é tratado de uma forma diferenciada.[6]

O Poder Judiciário lida diariamente com processos de trabalhadores rurais que pleiteiam, em face do INSS, a concessão de benefícios previdenciários, na condição de segurados especiais. A seara jurídica de maior movimento para a concessão desses benefícios é o Juizado Especial Federal.

Nesses processos, o que se observa é a necessidade de comprovação dos requisitos específicos de cada benefício (aposentadoria por idade, pensão por morte, auxílio-doença, dentre outros), além de prova da qualidade de segurado, que pode ser feita mediante vários documentos e testemunhas.

Os documentos referentes à terra onde o lavrador exerce a sua atividade são de extrema importância, uma vez que formam um conjunto probatório robusto da condição de trabalho dos reclamantes. Entretanto, não são obrigatórios, havendo a possibilidade de concessão dos benefícios sem a existência de documentos do imóvel no qual se desenvolve a labuta. Nesses casos, não se indaga sobre a licitude da terra, importando mais a sua localização e a atividade nela exercida.

Há situações, até, em que apenas a certidão de casamento do lavrador faz início de prova material da sua profissão, sendo o convencimento do juiz formado por uma única prova documental e pelas provas testemunhais, nada sendo indagado a respeito da titulação da terra. Esse entendimento já foi

---

[6] De acordo com o art. 25 da Lei nº. 8.212/1991, "a contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do **segurado especial**, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de:
I - 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;
II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho."
Acontece que o INSS não possui um aparato fiscalizatório suficiente para averiguar se, de fato, está havendo um excedente de produção, de modo que a contribuição dos segurados especiais torna-se, na prática, facultativa, uma vez que, mesmo sem contribuírem, possuem direito de receber os benefícios previdenciários, comprovando apenas o exercício da atividade rurícola nos termos da lei. Dados de 2007/2008 evidenciam que os trabalhadores rurais brasileiros representam 18,27% da População Economicamente Ativa (PEA), e os benefícios a eles concedidos acumulam 19,94% do total de gastos da Previdência Social (com benefícios). Em contrapartida, os trabalhadores rurais são responsáveis por apenas 3,04% do total de arrecadações do Regime Geral de Previdência Social. (Dados levantados a partir do cruzamento de dados obtidos no Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa – IBGE (www.ibge.gov.br) e no Ministério da Previdência Social – MPS (www.mps.gov.br).

sumulado pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, aduzindo que "a certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do conjugue constitui inicio razoável de prova material da atividade rurícola."[7]

Em oposto, o simples fato de existirem documentos que comprovem a propriedade de imóvel rural não forma início de prova material do exercício de atividade rural, conforme precedente jurisprudencial:

> PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR IDADE - SEGURADO ESPECIAL - ART. 11, VII, ART. 26, III, ART. 39, I E ART. 142 DA LEI 8.213/9- INICIO DE PROVA MATERIAL AUSENTE - BENEFÍCIO INDEVIDO. 1. Constando dos autos documento do CNIS, informando que o marido da autora foi aposentado por tempo de contribuição, na profissão de industriário, de natureza urbana, fica afastado como início de prova material documento anterior (Título Eleitoral) em nome deste para fins de comprovar o exercício da atividade rural da autora. **2. Apenas documentos de propriedade não servem como início de prova material do exercício de atividade rural.** 3. Não comprovado o exercício de atividade rural, em período igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício, conforme tabela progressiva do art. 142, da Lei 8.213/91, indevida a aposentadoria por idade. 4. Não restou atendido o disposto no art. 55, § 3º da Lei 8.213/91, uma vez que ausente início razoável de prova material. 5. Apelação improvida. Sentença mantida.
>
> AC 2006.01.99.042704-8/MG; APELAÇÃO CÍVEL Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Publicação: 26/11/2007 DJ p.36 Data da Decisão: 03/09/2007. (destaque posto)

Pelo que se pode constatar, o Poder Judiciário não condiciona, em momento algum, a concessão de benefício previdenciário à comprovação da propriedade ou da licitude da ocupação do imóvel onde a atividade é exercida, e nem poderia fazê-lo, uma vez que ausente qualquer dispositivo legal nesse sentido.

Assim sendo, o Parecer está em total consonância com o ordenamento jurídico pátrio, e também com o entendimento predominante na seara do Judiciário, o que é deveras louvável, visto que não será necessária, ao menos nesse caso específico, a intervenção do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

---

[7] Súmula N°. 6 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

6. CONCLUSÃO

Como ficou patente em todo o trabalho, a discussão acerca do caso concreto apresentado é fundamental para delinear e recordar qual a posição do direito à previdência social dentro do contexto político e jurídico brasileiro. Ademais, pode-se apontar, ainda que em linhas bem genéricas, de que forma o caso em debate pode ser decidido. Em suma, as conclusões retiradas do presente trabalho podem ser da seguinte maneira sintetizadas:

1. O entendimento adotado pelo Estado brasileiro, no sentido de garantir o direito à previdência ao trabalhador rural sem terra, gerou uma série de manifestações contrárias, sob o argumento de que a decisão concedeu direitos a partir de uma situação irregular, além de fomentar a invasão de terras.

2. O caso é uma rica fonte para o debate acerca do direito à previdência social, a partir dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na Constituição de 1988. Por meio da análise de um caso concreto, podem-se apresentar os contornos do direito à previdência, de acordo com os compromissos sociais do Brasil.

3. A Previdência Social decorre, no Estado brasileiro, do direito fundamental ao trabalho. Não obstante, pode-se perceber que o modo pelo qual esse direito se exerce é um tanto peculiar, pois os sistemas previdenciários modernos são fincados em duas premissas: 1) o homem, por si só, não possui condições de prever e resguardar-se dos possíveis infortúnios advindos da relação de trabalho, inclusive a velhice; 2) o responsável por realizar esse resguardo deve ser o Estado.

4. A partir da formulação dos primeiros sistemas previdenciários da modernidade, o Estado passou a possuir um papel fundamental na garantia do direito à previdência, por meio de duas características básicas do sistema previdenciário: a contributividade e a compulsoriedade.

5. Os aparatos previdenciários da atualidade fazem com que se perca a noção real do direito à previdência. O direito à previdência possui como finalidade essencial garantir um mínimo de dignidade aos trabalhadores e dependentes, em momentos denominados de risco, como a morte, doença, gravidez, velhice, prisão, o desemprego, dentre outros, quando o exercício do direito ao trabalho fique, por alguma das razões acima, prejudicado.

6. O direito à previdência social foi consagrado no texto constitucional de 1988 como um direito fundamental de caráter social, assumindo o Estado o papel de garantir o seu exercício.

7. O constituinte, ao proclamar a Carta Magna de 1988, fez diversas opções políticas de cunho social, denotando que o Brasil estava direcionando a sua política para vertentes mais coletivistas e humanísticas. O país ainda necessitava de uma intervenção concreta e positiva do Estado, para garantir uma série de elementos básicos à sobrevivência do ser humano em sociedade.

8. Os direitos sociais foram encarados não apenas como elenco de vantagens utópicas para o indivíduo e para a coletividade, mas sobretudo enfocados na eficácia das medidas governamentais tendentes a melhorar a condição de vida dos cidadãos.

9. Assumindo o dever de resguardar a dignidade de seus tutelados, o Estado não pode abrir mão desse mister, devendo cumprir, mais do que qualquer outra pessoa ou instituição, o seu dever, com a presteza que lhe deveria ser peculiar. As obrigações assumidas por meio de uma Carta Constitucional devem ser cumpridas da maneira mais ampla e escorreita possíveis, pois refletem os interesses da nação.

10. Essa noção deveria ser elementar em todo cidadão brasileiro, principalmente para a valorização do Estado por parte da sociedade, pois o cumprimento de deveres por parte do Estado não decorre de uma mera liberalidade, mas de responsabilidades assumidas por este quando da emanação de sua Carta Diretriz.

11. A Lei Maior não é uma amiga conselheira, mas sim "ditadora" dos deveres do Estado, que devem desaguar nos direitos da sociedade. A Constituição se propõe a, efetivamente, constituir os direitos nela protegidos, não apenas declarando-os formalmente. A vontade da Constituição reside exatamente no respeito às suas proposições, sem limitações ocorrentes ao talante das relações dominantes de poder.

12. Se o direito à previdência consta no texto constitucional como um direito fundamental, esta designação foi fruto da vontade política da sociedade em determinado momento, e esta vontade política, agora traduzida na vontade da Constituição, deve ser defendida pelo Estado e pela sociedade.

13. O direito à previdência, encarado como direito fundamental de caráter social, ganha uma importância impar, não apenas em termos de garantia da dignidade humana, mas também no aspecto científico, vez que o ramo do direito que objetiva estudá-lo pedagogicamente – o Direito Previdenciário –

galga uma *autonomia científica* capaz de superar a velha ligação com o Direito Tributário e o Direito Civil.

14. Sobre o caso concreto, há de se destacar que o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento deve ser observado em absolutamente todos os casos de concessão de benefícios, velando este na observância, pelo legislador, do princípio da igualdade, a impedir a ocorrência de exclusão social.

15. Os trabalhadores rurais não podem ser privados de seus direitos previdenciários, garantidos constitucionalmente, pelo motivo de trabalharem em terras de ocupação irregular. *A questão fundiária não se pode "misturar" à questão previdenciária, ainda mais para impedir o exercício de direitos garantidos na Carta Magna.*

16. Os benefícios previdenciários possuem eminente caráter alimentar, sendo corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, tão festejado, porém pouco implementado na atualidade.

17. O Poder Judiciário lida diariamente com processos de trabalhadores rurais que pleiteiam, em face do INSS, a concessão de benefícios previdenciários. Nesses processos, o que se observa é a necessidade de comprovação dos requisitos específicos de cada benefício, além de prova da qualidade de segurado, que pode ser feita mediante vários documentos e testemunhas. Os documentos referentes à terra onde o lavrador exerce a sua atividade são de extrema importância, uma vez que formam um conjunto probatório robusto da condição de trabalho dos reclamantes (pretensos segurados). Entretanto, não são obrigatórios, havendo a possibilidade de concessão dos benefícios sem a existência de documentos do imóvel no qual se desenvolve a labuta.

18. O Poder Judiciário não condiciona, em momento algum, a concessão de benefício previdenciário à comprovação da propriedade ou da licitude da ocupação do imóvel onde a atividade é exercida, e nem poderia fazê-lo, uma vez que ausente fundamento constitucional nesse sentido.

19. O Parecer está em total consonância com o ordenamento jurídico pátrio, e também com o entendimento predominante na seara do Judiciário, o que é deveras louvável, pois não será necessária, ao menos nesse caso específico, a intervenção do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

ADAS, Melhem. **A Fome: Crise ou Escândalo?** 29 ed. São Paulo: Moderna, 1988.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de; PINHEIRO, Sonoê Sugahara. **A população rural e a previdência social no Brasil: uma análise com ênfase nas mudanças constitucionais.** Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2000/td0759.pdf. Acesso em 22 jul. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ (coord.) **Constituição e Democracia.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Enquadramento do posseiro ocupante de margens**. Parecer CONJUR/MPS/N°. 10/2008. D.O.U. N°. 13, de 18 de janeiro de 2008. Relator Felipe de Araújo Lima. Brasília.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4012.** Brasília, DF. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 23 jul. 2009.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos, cidadania e trabalho.** Belém, 2004.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais: Realização e Atuação do Poder Judiciário.** Revista do TRT 8ª Região. Belém. v. 41, n. 81. dez/2008.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTRO, Alberto Pereira de Castro; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 7 ed. São Paulo: LTr, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2000.

FREIRE, Alípio; ALMADA, Izaías; PONCE, J.A. de Granville (org). **Tiradentes, um presídio da ditadura. Memórias de presos políticos.** São Paulo: Scipione Cultural, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOMCI, Arthur Laércio. **A concessão de benefícios previdenciários em favor de trabalhadores rurais sem terra.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1686, 12 fev. 2008. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10936. Acesso em 23 mar. 2009.

_____. **A evolução histórica da previdência social no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2104, 5 abr. 2009. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 12493. Acesso em 21 mar. 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** 12 ed. Niterói: Impetus, 2008.

LONGO, Moacir; TORRES, David. **Reformas para desenvolver o Brasil.** São Paulo: Nobel, 2003.

MALLOY, James. M. **Política de previdência social no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

MARTINS, Sergio Pinto. **Fundamentos de direito previdenciário.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NADAL, Fábio. **A Constituição como Mito.** São Paulo: Método, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. **Evolução histórica da previdência social e os direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6881. Acesso em 07 mar. 2009.

PINTO, João Moreira Batista. **Direito e Novos Movimentos Sociais.** São Paulo: Acadêmica, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury (coord.). **Ordem Econômica e Social.** São Paulo: LTr, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SIMÕES, Sandro Alex de Souza; DIAS, Bárbara Lou da Costa Veloso. **Ensaios Sobre Direito Constitucional.** Belém: CESUPA, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica ao Direito.** 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZIMMERMANN, Clóvis. **A previdência rural brasileira no contexto das políticas públicas.** Revista Espaço Acadêmico, nº. 48, maio/2005. Disponível em: http//:www.espacoacademico.com.br/048/48czimmermann.htm. Acesso em 12 jul. 2009.

PREPARO, PRECLUSÃO CONSUMATIVA E DESERÇÃO: PERSPECTIVA INSTRUMENTALISTA DO CPC, ART.511.

Pedro Bentes Pinheiro Filho

Especialista em Direito Social pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Pará. Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Pará. Advogado. Sócio do escritório SILVEIRA, ATHIAS, SORIANO DE MELLO, GUIMARÃES, PINHEIRO & SCAFF S/C.

1. UM DRAMA FORENSE: DESCUMPRIMENTO DA REGRA DE SIMULTANEIDADE DA REALIZAÇÃO E COMPROVAÇÃO DO PREPARO NO ATO DA INTERPOSIÇÃO DA APELAÇÃO.

São muito frequentes os casos em que a parte protocoliza uma apelação muito antes do prazo a si garantido. Porém, por uma circunstância qualquer, realiza o pagamento do preparo posteriormente à interposição do recurso, embora antes do termo final do prazo e, no mesmo dia desse pagamento, junta o comprovante respectivo aos autos[1].

Nesses casos tem início um drama forense: o juiz aplica a pena de deserção porque a parte não realizou e comprovou o pagamento do preparo no ato da interposição do recurso, como comanda a regra do CPC, art. 511 - muito embora o próprio recurso tenha sido apresentado, antecipadamente, muito antes do prazo assegurado em lei -, afirmando a ocorrência de preclusão consumativa.

Nessas hipóteses a pena de deserção é aplicada não porque o preparo integral não tenha sido pago, mas, sim, porque o preparo pago foi comprovado, por juntada de documento nos autos, no dia útil imediatamente

[1] A juntada de um simples documento aos autos independe de forma solene e especial, notadamente de petição de requerimento de juntada, pelo que a anexação do comprovante do preparo aos autos, em peça imediatamente seguinte à apelação, não constitui sequer irregularidade, muito menos relevante (CPC, art. 154).

seguinte ao da interposição antecipada da apelação pela parte recorrente, aplicando-se as regras frias do CPC, art. 511 c.c. art. 183, sustentando a tese de que em qualquer caso o preparo há de ser pago e comprovado no ato da interposição do recurso, não valendo que essa comprovação ocorra posteriormente, ainda que dentro do prazo total originário do recurso cuja interposição tenha sido antecipada pela parte.

Como enfrentar esse drama?

2. PRECLUSÃO CONSUMATIVA E DESERÇÃO

2.1 Posicionando o debate: entre o formalismo e a instrumentalidade e efetividade do processo.

O debate sobre esse drama não é novo.

E não há posição unânime a respeito.

Entendimentos há no sentido da aplicação da pena de deserção, adotados por apertada maioria de votos. A inteligência e aplicação da técnica da preclusão consumativa no contexto do preparo do recurso ainda não está, nem de longe, pacificada.

O debate se apresenta, de um lado, pela ***doutrina de matiz legalista-formalista-tecnicista*** a pregar que o princípio da legalidade das formas e da rigidez procedimental deve ser elevado à última potência; e, de outro, pela doutrina, mais moderna, da ***instrumentalidade do processo*** a afirmar que todo o processo, toda a lei processual só tem razão de ser e de existir se positivar o acesso à ordem jurídica justa, negando-se ao processo um fim em si mesmo, como se fosse e tivesse um valor superior à essência do direito material que através do processo se procura efetivar.

Assim, ao aplicar a pena de deserção por uma questão formal - apenas porque o comprovante do preparo pago não foi apresentado no ato da interposição do recurso - outorga-se ao preparo, como requisito formal, valor superior ao direito constitucional da parte de acesso à jurisdição através do recurso que pretendia, no mérito, outorgar-lhe a verdadeira tutela jurisdicional.

Uma questão relativa à comprovação do preparo - notadamente de valor inexpressivo e pouco significativo - passa a ter valor superior do que outorgar ao jurisdicionado a prometida tutela jurisdicional.

Por óbvio há algo de extremamente errado, de superlativamente injusto na aplicação fria da regra do CPC, art.511.

2.2 Desconformidade formal e as técnicas processuais da desconsideração do vício e da sanação. Não há nulidade ou invalidade sem prejuízo.

É fato que a lei contém a regra de comprovação do preparo no ato da interposição.

A questão que se coloca, na perspectiva da instrumentalidade do processo, é saber se a desconformidade do ato praticado em relação ao modelo formal exigido deve conduzir, automática e necessariamente, à inexistência ou à invalidade do ato desconforme praticado, ou seja, no caso, se o fato da comprovação não ter ocorrido exatamente como expressa a lei conduz à proclamação de que o preparo não foi feito.

Considerando que o processo (forma processual) não é um fim em si mesmo; e considerando, principalmente, que a alegada desconformidade na comprovação do preparo é uma mera irregularidade que não compromete, em essência, o exercício da jurisdição e nem desequilibra as partes, a doutrina moderna – especialmente Dinamarco – invoca a ***técnica da desconsideração do vício formal***.

Assim constitui mera irregularidade a juntada da comprovação do preparo sem uma petição formal (porque a lei não exige forma especial), da mesma maneira que as finalidades essenciais do ato de preparo (viabilizar as despesas necessárias ao processamento da apelação) sejam inteiramente cumpridas. Aplica-se o princípio da instrumentalidade das formas (CPC, art.154).

Seguindo o raciocínio, para aquelas situações em que a desconformidade formal puder afetar o exercício da jurisdição e o acesso à ordem jurídica justa, deve-se aplicar a ***técnica da sanação***, ou seja, deve-se permitir sanar o defeito, como, aliás, acontece especificamente com o preparo, ao permitir-se a complementação de valores insuficientes (CPC, art. 511, § 2º), autorizando-se até a conversão do julgamento em diligência para sanação de irregularidades supríveis, como permite o CPC, art. 515, § 4º, inserido

recentemente no ordenamento exatamente para deixar clara a opção do legislador de considerar o direito de acesso à justiça um direito fundamental de dignidade constitucional, removendo os eventuais obstáculos formais que atrapalham a efetividade do processo.

Apenas quando não for possível desconsiderar o vício ou saná-lo é que se deve cogitar, na moderna processualística, da invalidade do ato e, mesmo assim, a nulidade dela decorrente somente deverá ser proclamada se efetivamente causar prejuízo à jurisdição e/ou às partes, conforme o sistema de nulidades que indubitavelmente prestigia a instrumentalidade das formas (CPC, art. 243 a 250).

2.3. A técnica da preclusão consumativa não pode ser utilizada como arma contra o jurisdicionado que se antecipa para apressar o processo.

Nem se argumente, como na doutrina tradicional formalista, a ocorrência de preclusão consumativa somente porque a parte recorrente, ao decidir antecipar o prazo para interposição da apelação teria, também, antecipado o prazo para a realização do preparo - ônus processual acessório, convenha-se -, pelo que deveria ter comprovado o preparo pago no ato da interposição antecipada.

A doutrina da instrumentalidade, mais uma vez, responde com precisão à questão da preclusão consumativa para posicioná-la na sua exata dimensão, e, não, para usá-la como arma de denegação de acesso à ordem jurídica justa que constitui direito constitucional fundamental da cidadania, em especial ao cidadão a quem foi prometido pelo Estado, afinal, que nenhuma lesão ou ameaça de lesar poderá escapar de apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

A ***técnica da preclusão*** tem uma finalidade básica: acelerar o processo visando tutela mais rápida, tempestiva e, por isso, mais efetiva (CF, art. 5º, LXXVIII), evitando contramarchas na solução dos conflitos que precisam de solução, impedindo que a prática, desordenada no tempo, de atos processuais possa, então, prejudicar o exercício da jurisdição às partes, dando-lhes a segurança de que às questões superadas não mais se tornará e que o processo seguirá sua marcha adiante.

Nesse contexto, a preclusão consumativa inegavelmente contém uma clara manifestação da parte que antecipa o tempo da prática do ato no sentido

de que deseja apressar a solução do conflito, tanto mais quando quem antecipa é o requerente da prestação e tutela jurisdicional, que tem urgência em ter seu direito efetivado.

Exatamente por isso, e na perspectiva do direito processual constitucional que alça o acesso à ordem jurídica justa à condição de direito fundamental, o esquema rígido da preclusão consumativa deve ser mitigado, prestigiando-se muito mais a aceleração do processo que provoca, e, muito menos, a perda da faculdade de praticar o ato por tê-lo consumado antecipadamente.

Nessa linha de raciocínio, quem interpõe o recurso antecipadamente para acelerar o processo e paga o preparo também antecipadamente, ou seja, antes do esgotamento do prazo normal - tanto para o recurso como para o preparo de que dispunha -, não pode ter negada e nem pode perder a faculdade de realizar o preparo e nem esse preparo pode ser considerado inválido, pois isso representaria puni-lo por ter se antecipado e praticado um ato que em tudo reverter-se-ia em seu próprio benefício!

Invoca-se aqui a lógica do razoável de LUÍS RECASÉNS SICHES, sempre invocado por Dinamarco, no sentido de que é dever do juiz "*interpretar essas leis de modo que o resultado da aplicação aos casos singulares produza a realização do maior grau de justiça*" – porque, segundo diz ele próprio, *a lógica do razoável é acima de tudo a lógica da justiça*.[2]

2.4. Posição da Doutrina e da Jurisprudência

Proclamar a deserção apenas porque ocorreu o pagamento e comprovação do preparo em data posterior à protocolização da apelação é uma superlativa injustiça.

Aplicar a pena de deserção nessa hipótese é declinar da demanda de mérito através de formalismo oco, vazio, sem qualquer procedência ou razoabilidade. E isso nada tem de jurídico, revelando mero obstáculo despropositado à análise da matéria de fundo pelo Poder Judiciário.

---

[2] *apud* Tratado general de filosofía del derecho, 9ª ed., México, Porrúa, 1.986, cap. XXI, n. 7, pp. 660-661.

É injusto e ilegal proclamar a ocorrência da deserção apesar de se reconhecer que o protocolo do recurso se deu tempestivamente e o pagamento do preparo (e sua juntada) se deu no dia útil seguinte, também dentro do prazo recursal, certo que não raro o comprovante de recolhimento do preparo é juntado à apelação antes mesmo da própria apelação ser juntada aos autos!

O Superior Tribunal de Justiça vem realizando, em análise de casos similares, uma ***avaliação de prejuízo***. Em não havendo nenhum, não há porque impor tão graves óbices à parte interessada[3] [4].

---

[3]PROCESSUAL CIVIL. CUSTAS. RECOLHIMENTO INTEGRAL QUANDO DO AJUIZAMENTO DA INICIAL. DESERÇÃO AFASTADA. 1. Do exame do disposto no art. 14 da Lei 9.289/96, infere-se que, em princípio, metade do valor das custas deve ser recolhido quando do ajuizamento da inicial e a outra metade quando da interposição de eventual recurso. Contudo, ainda que não haja recurso, a segunda metade é sempre devida pelo vencido, que deverá ressarcir as custas eventualmente antecipadas pelo vencedor. Nesse contexto, é conclusão lógica que a antecipação do valor integral das custas, quando do ajuizamento da inicial, **não gera nenhuma espécie de prejuízo, razão pela qual não implica inobservância da regra prevista no artigo referido**, mesmo porque não há óbice legal para que assim se proceda. Nesse sentido: REsp 869.278/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 1º.12.2006; REsp 858.315/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.9.2006. (...) (REsp 888.465/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13.11.2007, DJ 10.12.2007 p. 313) //////// *PROCESSUAL CIVIL. PORTE DE RETORNO E REMESSA DA APELAÇÃO. RECOLHIMENTO EM GUIA DARF, AO INVÉS DE DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE ESPECÍFICA. ERRO MATERIAL. INAPLICABILIDADE. DESERÇÃO AFASTADA. PRECEDENTES.* ***1. A recorrida efetivou o pagamento do valor relativo ao porte de remessa e retorno do recurso de apelação em guia DARF dentro do prazo determinado e no valor correto, sendo que deveria tê-lo feito por meio de depósito em conta corrente específica. Realização do depósito. <u>Inocorrência de prejuízo</u> ocasionado ao Judiciário, que teve as despesas devidamente recolhidas.*** 2. Em tal situação, de natureza excepcionalíssima, a pena de deserção deve ser relevada, especialmente porque **restou realizado o depósito de porte de remessa e retorno. Evidente a ocorrência de erro material, devendo-se, portanto, ser escanteado o excesso de rigor formal.**3. A jurisprudência desta Corte Superior entende que o fato de haver erro quanto ao código de receita não pode ser levado em consideração para fins de deserção do recurso, caso o valor tenha sido efetuado no prazo legal e no valor exigido, aplicável ao caso vertente. 4. Recurso não provido" (REsp 572312/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 08.03.2004)

[4] PROCESSO CIVIL. PREPARO. TROCA DE GUIAS. COMPROVANTE DE PAGAMENTO. JUNTADA EM OUTRO PROCESSO. EQUÍVOCO SANÁVEL. DESERÇÃO AFASTADA. - Não há como declarar deserção, se o recorrente - embora tenha apresentado guia de recolhimento referente a outro processo - comprova que efetivamente efetuou corre o preparo. (REsp 867.005/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.08.2007, DJ 17.09.2007 p. 265). *MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator)**:** A ora recorrente recolheu tempestivamente as custas processuais de dois processos; entretanto, equivocou-se e juntou a guia de depósito de um processo em outro. (...) É que o dispositivo visa assegurar o recolhimento das custas aos cofres públicos. E o Tribunal não tinha dúvidas: o pagamento foi efetuado dentro do prazo e no valor correto. Apenas a guia*

de um processo estava no outro. Ambos, aliás, já em poder do Judiciário. Aliás, a ora recorrente, antes do julgamento da apelação, informou o equívoco e provou o pagamento (fls. 188/201), o que demonstra, inclusive, sua boa-fé. O equívoco não causou prejuízo nem tumulto processual. ***Ora, sem prejuízo, não há nulidade (Arts. 154 e 250 do CPC).*** *Dou provimento ao recurso especial, para determinar que o Tribunal de origem prossiga no julgamento da apelação, como entender de direito. //////////* PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DE PREPARO. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. ERRO MATERIAL. DESERÇÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Trata-se de recurso especial interposto por Micti Indústria Metalúrgica Ltda. contra acórdão que negou provimento a agravo regimental que objetivava afastar a deserção decretada ao agravo de instrumento. O Tribunal de origem entendeu que a deserção somente poderia ser relevada quando presente justo impedimento que implicasse a ausência de prova atinente à complementação do preparo, concluindo que o extravio da petição que comprovaria a tempestividade não configura tal impedimento, posto que se deu em razão de indicação de número de feito diverso na referida petição. No recurso especial, alega-se violação dos artigos 511, § 2º, 522 e 524 do CPC, argumentando que a determinação de complementar o preparo foi cumprida dentro do prazo insculpido no artigo 511, § 2º, do CPC, e que a pena de deserção aplicada consubstancia obstrução ao exercício do amplo direito de defesa. Aduz dissídio jurisprudencial com julgado desta Corte Superior que entendeu ser possível a complementação das despesas processuais até mesmo quando do retorno dos autos à instância de origem. (...) 3. É entendimento desta Corte que o erro material não tem o condão de obstar o prosseguimento do recurso mediante a deserção, sob pena de abraçar o excesso de rigor formal em detrimento da prestação jurisdicional pleiteada. 4. Precedentes: REsp 572312/SC , 1ª Turma, DJ 08.03.2004; EDcl no REsp 462842/MG, 2ª Turma, DJ 27.06.2005; REsp 541266/RJ, 3ª Turma, DJ 24.11.2003; AgRg no REsp 329009/SP, 2ª Turma, DJ 31.03.2003; REsp 160788/SP, 5ª Turma, DJ 06.09.1999. 5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 751.938/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.11.2006, DJ 14.12.2006 p. 262) *Com efeito, tenho que a ocorrência do equívoco mencionado configura mero erro material, o que, segundo entendimento desta Corte, não tem o condão de obstar o prosseguimento do recurso,* ***sob pena de abraçar o excesso de rigor formal em detrimento da prestação jurisdicional pleiteada****. Portanto, é imperativo afastar a pena de deserção, reiterando o entendimento deste Tribunal no sentido de que se aplica estritamente o disposto no artigo 511 do CPC, em causas como a sub examine. Confiram-se os seguintes julgados: (...) Ademais, ainda que, em virtude do extravio, a comprovação do complemento do preparo tenha sido constatada em momento distante ao do protocolo da petição que atendia à determinação, é indubitável que houve a integralização tempestiva. Daí, infere-se que* ***o Judiciário não sofreu prejuízo algum, eis que teve as despesas devidamente recolhidas.*** *Desse modo, restando caracterizadas a ocorrência de erro material e intenção do recorrente em cumprir com a determinação legal de efetuar o preparo, merece ser provido o recurso, afastando-se a pena de deserção. É como voto. //////////* PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. PREPARO. ART. 14, II, DA LEI Nº 9.289/96. CUSTAS INICIAIS EXCEDENTES. APROVEITAMENTO. POSSIBILIDADE. DESERÇÃO. INTIMAÇÃO PARA COMPLEMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ART. 511, § 2º, DO CPC. I - **Não acarreta prejuízo à parte contrária ou ao desenvolvimento do processo** o pagamento das custas iniciais a maior com vistas a satisfazer eventual necessidade de preparo da apelação. (...) III - A decretação da deserção não prescinde da intimação do apelante para a complementação do preparo, no âmbito da Justiça Federal, em virtude do disposto no artigo 511, § 2º, do CPC. Precedentes: REsp nº 645602/DF, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA

A finalidade essencial do preparo (CPC, art. 511) é garantir que o erário não sofra com os gastos recursais que interessam às partes; é garantir - através da comprovação - que o Juízo possa, logo que receber o recurso, despachar com todos os elementos em mãos, possibilitando verificar o cumprimento dos requisitos.

Ora, se jurisdicionado recolheu dentro do prazo e de boa-fé os valores efetivamente devidos, *não há prejuízo aos cofres públicos*. E se fez juntar a guia de recolhimento ao recurso antes da juntada do recurso aos autos, *não há prejuízo à atividade judicante***.**

Deve ser aplicado o CPC, arts. 154, 244, e 515, §4º, todos com o mesmo desiderato: determinar que, não havendo prejuízo ao bem jurídico tutelado pela norma processual, não deve ser decretada qualquer nulidade ou invalidade de ato. Trata-se da positivação do princípio *pas de nullité sans grief*: não há nulidade sem dano.

Inexistindo prejuízo, proclamar a deserção viola mesmo o bom-senso, a justiça, a eqüidade e o acesso à prestação jurisdicional.

MARTINS, DJ de 17.10.2005; REsp nº 675053/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ de 10.10.2005; REsp 770.981/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 26.09.2005. IV - Recurso Especial provido. (REsp 858.315/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.09.2006, DJ 28.09.2006 p. 232). ***O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (RELATOR):*** *Assiste razão ao recorrente, pois* ***não acarreta prejuízo à parte contrária ou ao desenvolvimento do processo*** *o pagamento das custas iniciais a maior com vistas a satisfazer eventual necessidade de preparo da apelação. Nesse sentido o Código de Processo Civil dispõe: "Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial" (...) ////////// /////////* PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECOLHIMENTO DE PORTE DE REMESSA E RETORNO DOS AUTOS (PARA FINS DE OPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL). PAGAMENTO DA GUIA EM AGÊNCIA DIVERSA DA CEF QUE NÃO A SEDIADA NO PRÉDIO DO TRIBUNAL LOCAL. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO JUDICIÁRIO. AFASTAMENTO DA DESERÇÃO. PRECEDENTES. (...) 3. A jurisprudência do STJ entende que o fato de haver erro quanto ao código de receita não pode ser levado em consideração para fins de deserção do recurso, caso o valor tenha sido efetuado no prazo legal e no valor exigido, hipóteses aplicáveis ao presente caso. Em tal situação, de natureza excepcionalíssima, a pena de deserção deve ser relevada, especialmente porque se efetivou o depósito de porte de remessa e retorno. 4. **Inocorrência de prejuízo ao Judiciário**, que teve as despesas devidamente recolhidas. Aplicação estrita do art. 511 do CPC. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 586.425/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19.10.2004, DJ 13.12.2004 p. 229) *(...) Registrei, por fim, que* ***nenhum prejuízo foi ocasionado ao Judiciário****, que teve as despesas devidamente recolhidas. (...)*

Convém ressaltar a doutrina de Rodrigo da Cunha Lima Freire[5]:

> "Nulidade sanável é, fundamentalmente, aquela que diz respeito ao juízo de admissibilidade do processo ou ao juízo de admissibilidade do recurso, cuja correção se mostre minimamente viável.
>
> Vale lembrar que, salvo exceções legais (*v.g*. parágrafo único do art. 526 do CPC), tanto as matérias relacionadas à admissibilidade da ação e do processo, quanto as matérias relacionadas à admissibilidade do recurso, são de ordem pública e podem ser conhecidas de ofício em qualquer tempo pelo órgão *ad quem*.
>
> Nesses termos, a ausência de preparo se encaixa com perfeição no conceito de nulidade sanável do novo §4º do art. 515 do CPC, visto que diz respeito à admissibilidade do recurso e pode ser facilmente suprida.
>
> Portanto, o §4º do art. 515 do CPC agora exige que o recorrente seja intimado, antes que o magistrado lhe aplique a pena de deserção, mesmo que o preparo esteja ausente, e não apenas insuficiente.
>
> E não se diga que o §2º do art. 511 do CPC impede a aplicação do disposto no §4º do art. 515 do CPC a ausência do preparo, porque: *a)* §2º do art. 511 foi introduzido no Código muito antes do §4º do art. 515. *b)* se a ausência do preparo, matéria processual por acidente, não é sanável, que outra nulidade será?
>
> Aliás, de *lege ferenda* recomenda-se que a **ausência do preparo deixe de acarretar a inadmissibilidade do recurso**, já que se trata, em essência, de matéria tributária ou, pelo menos, de matéria administrativa, e não de matéria processual.

Portanto, vê-se que a recente alteração legislativa - inclusão do §4º do art. 515, sob cuja ótica o Superior Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou - ***positivou*** o entendimento, e espancou qualquer eventual dúvida, deixando claro que em se tratando de situações como a ora tratada, deve o Poder Judiciário deixar de aplicar qualquer pena de deserção.

Note-se que a norma citada não pode ser sobreposta por aquela inscrita no CPC, art. 511. A uma, porque o CPC, art.515, §4º foi introduzido no ordenamento jurídico posteriormente. Também, porque esta norma é específica aos recursos de apelação, enquanto que o CPC, art. 511 trata de recursos em geral. Portanto, na forma da Lei de Introdução ao Código Civil, a

---

[5] Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP (*Ausência de preparo e o novo §4º do art. 515 do CPC: "técnica a serviço da efetividade"*. Revista de Processo nº 137, de julho de 2006. Pg. 87)

aplicação do CPC, art. 515, §4º prefere ao CPC, art. 511, seja no quesito temporal, seja ainda na verificação de sua especificidade.

Toda a doutrina confirma a impossibilidade de negar seguimento ao recurso simplesmente pelo pagamento posterior do preparo, se tal ato se deu dentro do prazo recursal[6].

---

[6] (Não estão corretas as vozes que defendem a deserção quando o preparo é pago e juntado dentro do prazo recursal) Primeiro, porque **importam em reduzir o prazo do recurso** (que é de direito natural, não podendo, por isso, ser reduzido); e, segundo, porque dentro deste, **forte corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta que ele pode até mesmo ser aditado** (v. art. 499, nota 1ª). Se **quem pode o mais pode o menos**, e se o recurso é o principal e o preparo, o acessório, não é jurídico que este não possa ser realizado no prazo fixado para o recurso, embora depois da interposição deste (v. RJTJERGS 175/629). Por outro lado, não é certo que 'a mais bela regra do direito processual brasileiro', segundo o excelso Min. Sálvio de Figueiredo (STJ-RT 683/183), é a do art. 244 do CPC, de acordo com a qual 'quando a lei prescrever determinada forma, **sem cominação de nulidade**, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade'? A respeito do tema, o Min. Cesar Rocha expressou, de modo muito especial, a angústia de todos os advogados que, às voltas com uma questão importante, como é a elaboração das razões do recurso, tenham que se preocupar com assuntos meramente burocráticos e que em nada contribuem para a melhor distribuição da justiça: 'Devo consignar que nunca consegui disfarçar a minha antipatia para com o instituto do preparo, por importar em mais um inaceitável empeço a ser transposto pelo jurisdicionado na sua ânsia desesperada de ter acesso à Justiça. Em face de sua existência, já assisti, sem nada poder fazer, direitos se esvaírem pelo estuário das formalidades irritantes. Muitas vezes, pela circunstancial ausência de seu cumprimento, questões onde envolvidas somas vultosas, ou causas em que a matéria debatida encerra relevantíssimas questões de Direito, ou – o que é mais grave – querelas onde o conteúdo do seu objeto não tem preço – que são aquelas em que o dano que se busca reparar o dinheiro não paga, deixam de ser conhecidas pela ausência do pagamento de insignificante expressão monetária, levando a parte a experimentar uma revolta justificada por não compreender a razão desse intolerável formalismo, imprimindo no espírito do magistrado uma sensação frustrante, por nada poder fazer para reparar a injustiça ou a má aplicação da Lei, que não raramente as questões que lhe chegam em sede recursal, encerram' (voto vencido, REsp 134.157-MG, 4ª Turma, rel. p. o ac. Min. Bueno de Souza, j. 14.4.98, não conheceram, dois votos vencidos, DJU 21.6.99, p. 159)"[6]. (...) Salvo os casos de dispensa, o preparo é feito mediante recolhimento do valor antes da interposição recursal e virá comprovado desde logo mediante exibição da guia, que deverá acompanhar a petição de interposição. **Se o preparo não tiver sido feito até então, admite-se que o seja até ao último dia do prazo para recorrer**, sob pena de preclusão, porque o ato jurídico recurso não se reputa perfeito sem o preparo (...) O Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, com a dupla autoridade de condutor-mor da Reforma e de integrante do Superior Tribunal de Justiça, sustenta que a interposição de recurso sem o preparo imediato operaria uma preclusão e o preparo ulterior seria inócuo, ainda quando feito antes do fim do prazo recursal. Mas essa suposta preclusão, que não é ditada por lei, investiria contra o princípio constitucional da pluralidade de graus jurisdicionais, além de constituir-se em óbice puramente formal ao acesso à justiça. Se mesmo a apresentação de razões ainda no prazo do recurso regulariza a apelação interposta sem elas, por que dar solução diferente em relação ao preparo?". *(DINAMARCO, Cândido Rangel.* A Reforma do Código de Processo Civil, 3ed. Malheiros, São Paulo, 1996, p.164*) /////* "A deserção é decretável (ex officio) pelo juiz *a quo*,

Todos os doutrinadores espancam o entendimento que aplica estéril burocracia injustificada. E julgados Brasil afora acompanham esse posicionamento[7] [8].

---

sempre que o recurso se interpuser perante ele. A interpretar-se com rigor o novo texto, a ocasião adequada, no caso de falta de preparo, será aquela em que ao órgão judicial caiba despachar a petição de recurso e, pois, verificar-se se ela está instruída com o comprovante do pagamento. **Ao nosso ver, porém, não fica excluída a hipótese de vir o recorrente, mais tarde, a comprovar que preparam tempestivamente o recurso, bem andará o juiz, por conseguinte, se não se precipitar em decretar desde logo a deserção**. Em se tratando de apelação, caso de início passe despercebida a falta de preparo, haverá nova oportunidade para declarar deserto o recurso, após a resposta do apelado, independentemente de ter este - como de ordinário fará, suscitado a questão". (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume V, arts. 476 a 565, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 388) /////// "Se o recurso houver sido protocolado sem o prévio preparo, mas ainda não estiver esgotado o prazo de sua interposição, não será o caso de indeferi-lo de imediato. **Deve-se aguardar que a omissão seja sanada até o escoamento do lapso útil para o apelo**. Somente disso é que, persistindo a falta do **preparo**, estará autorizado o decreto de deserção". (THEODRO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 33ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 509)

[7]**"Não se pode admitir que o ato administrativo de que se reveste o preparo se sobreponha ao direito ao recurso, cujo prazo a lei processual não diminuíra'** (RSTJ 97/209. Neste sentido: RT 732/271, 796/327, JTJ 197/225, maioria, RJTJERGS 175/629, JTAERGS 100/89, RJTAMG 60/241, RTJE 152/182) *In* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor / Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. – 38. ed. atual. até 16 de fevereiro de 2006. – São Paulo : Saraiva, 2006. ///// **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA .** Agravo de instrumento n. 99022518-6, de São José. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. J. em 30/11/2000. AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA JULGANDO DESERTA A APLEAÇÃO - INOCORRÊNCIA - **PREPARO APRESENTADO POSTERIROMENTE A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE APLEAÇÃO, ENTRETANTO, DENTRO DO PRAZO LEGAL - POSSIBILIDADE - INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO - ATO PROCESSUAL REALIZADO DE FORMA DIVERSA, MAS QUE ALCANÇA A FINALIDADE ESSENCIAL DO PROCESSO - RECURSO PROVIDO.** No voto vencedor: *No caso presente,* ***devemos nos guiar pelo princípio do acesso à justiça****, donde o processo advém como instrumento de composição da lide, não devendo servir como meio de obstrução da prestação jurisdicional, em virtude de* ***formalismos que só impedem o principal desiderato do direito processual, ou seja, o alcance da ordem jurídica justa.*** *É bem verdade que o art. 154 do Digesto Processual Civil estatui que "os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir". Entretanto, conforme o mesmo dispositivo legal, reputam-se válidos os atos processuais, mesmo quando realizados de outro modo, alcancem a finalidade essencial do processo, ou seja, a composição do litígio.*

[8] AGRAVO DE INSTRUMENTO. APELAÇÃO. DESERÇÃO.COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTOANTERIOR DAS CUSTAS. RELEVAÇÃO.RECURSO IMPROVIDO. Considerando que os **emolumentos do preparo e do porte foram regularmente recolhidos, no prazo recursal, revela-se razoável a relevação da deserção** do recurso de apelação. (TJSP. Rel. Adilson de Araújo. Comarca de S. José do Rio Preto. 31ª Câmara de Direito Privado. J. em 27/11/2007) ////////// RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO -

Não há como negar que proclamar deserção sob alegação de preclusão consumativa importa redução do prazo recursal, na medida em que impede que o jurisdicionado utilize do seu prazo para preparar o recurso.

Ressalte-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça já fixou que a juntada da guia de pagamento do preparo posterior ao protocolo não implica deserção do recurso[9].

CAMINHÃO QUE COLIDE NA TRASEIRA DE OUTRO, RESULTANDO LESÕES GRAVES NO PASSAGEIRO - AMPUTAÇÃO DA PERNA DIREITA - CONDENAÇÃO DO PREPOSTO E DO PREPONENTE - SENTENÇA IMPUGNADA POR AMBOS OS VENCIDOS, POR MEIO DE RECURSOS AUTÔNOMOS - PREPARO EFETUADO PELO RÉU/LITISDENUNCIADO UM DIA APÓS A **PROTOCOLIZAÇÃO DO APELO - APRESENTAÇÃO DA GUIA DENTRO DO PRAZO RECURSAL - INOCORRÊNCIA DE DESERÇÃO** - TRANSPORTE BENÉVOLO - IRRELEVÂNCIA - APLICABILIDADE DA SÚMULA 341 DO STF -UTILIZAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DE PRÓTESES - DANO MATERIAL, MORAL E PENSÃO VITALÍCIA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - ANÁLISE DAS PROVAS -PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO FUNDAMENTADO DO JUIZ - ART. 131 DO CPC -- DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS. (TJSC. Apelação cível n. 01.025102-7, de Sombrio. Relator: Dionízio Jenczak. J. em 21/05/2004). **No voto vencedor*: Tendo, pois, o recurso sido interposto dentro do prazo legal e comprovado o*** *preparo* ***no primeiro dia útil seguinte ao da sua protocolização, não há de ser considerado deserto o apelo impetrado por Bertinho Belmiro da Costa. Nesse sentido: "Não ocorre*** *deserção* ***se o*** *preparo* ***é efetuado depois da interposição do recurso, mas dentro do*** *prazo recursal****, pois, em que pese o teor do art. 511 do CPC, que fala em*** *preparo* ***simultâneo à interposição, deve-se privilegiar o princípio da*** *instrumentalidade* ***do processo e a verificação de ausência de prejuízo, a fim de não ser impedido o acesso à Justiça da forma mais ampla possível". (Ap. Civ. n. 99.003720-7, Voto vencedor do Des. Carlos Prudêncio, j. 04.5.99) Assim, no caso em exame, embora o recolhimento do*** *preparo* ***tenha sido efetuado posteriormente à interposição do recuso, a apresentação da guia, devidamente paga, deu-se dentro do*** *prazo recursal****, plenamente justificada pelo encerramento do expediente bancário antes de terminado o forense, não implicando em*** *deserção****. Consequentemente, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, passa-se a apreciar os conteúdos das postulações pretendidas.***

[9] AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. PREPARO. PAGAMENTO NA DATA DA INTERPOSIÇÃO. **JUNTADA POSTERIOR. INOCORRÊNCIA DE DESERÇÃO**. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.1.Efetuado o preparo no mesmo dia da interposição do recurso, não há que se falar em deserção recursal, tornando-se irrelevante a questão da juntada tardia aos autos dos referidos comprovantes. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 942.463/MS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 07.08.2007, DJ 20.08.2007 p. 296) //// PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PREPARO EFETUADO NA DATA DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. JUNTADA DA GUIA ULTERIORMENTE. DESERÇÃO AFASTADA. I. Efetuado o preparo no dia da interposição da apelação, **não é deserto o recurso, ainda que a juntada da guia comprobatória tenha sido juntada aos autos posteriormente**. II. Precedentes do STJ. III. Recurso especial conhecido e provido para afastar a deserção. (REsp 570.835/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16.09.2004, DJ 13.12.2004 p. 368)

Vê-se, assim, que doutrina e jurisprudência concordam que a negativa de seguimento do recurso na hipótese aqui tratada é formalismo excessivo e inútil e que os atos processuais devem ser aproveitados em não havendo prejuízo a qualquer das partes envolvidas.

Não se pode considerar ocorrente ***preclusão consumativa*** ao argumento de que no momento da protocolização do recurso teria precluido o direito da parte de recolher o preparo.

Isso é um equívoco de raciocínio. Basta olhar de perto o instituto da preclusão.

WAMBIER posiciona que: "*O instituto da preclusão está umbilicalmente ligado à questão do andamento processual, e de seu destino inexorável, que é o de extinguir-se, para dar lugar à solução concreta decorrente da prestação da tutela jurisdicional do Estado*" [10].

Ora, a preclusão existe para preservar a celeridade do processo e evitar que se retomem posições ultrapassadas na relação jurídico-processual. Em sendo assim, novamente se observa a ausência de prejuízo e, pelo inverso, a promoção dos valores que a norma processual visa atingir.

A celeridade não foi prejudicada, mas privilegiada: o recurso foi interposto antes do prazo e o preparo também foi pago e juntado antes do prazo. Não se tentou, de nenhuma forma, retomar posição ultrapassada.

Por isso mesmo, enfatiza BEDAQUE:

> Para compreendê-la (preclusão consumativa), portanto, não se pode prescindir da validade do ato praticado no exercício de determinada faculdade ou no cumprimento de algum ônus. Isso porque **ao lado da celeridade processual está a instrumentalidade das formas e do próprio processo**. Esse valor não pode ser desprezado na interpretação de qualquer instituto processual. Pois bem. **Se no ato verifica-se a existência de defeito, a parte pode saná-lo se ainda não esgotado o prazo para sua realização**. Mesmo porque, se não eliminado o defeito, o ato certamente não produzirá os efeitos a ele inerentes. Não se justifica, portanto, a impedir a regularização, se realizada no prazo. **Conclusão contrária implica apenar duplamente a parte, além de reduzir o tempo concedido para a prática regular do ato apenas por haver ela agido antes do termo final. Não se pode extrair desse comportamento**

[10] Luiz Rodrigues Wambier. Curso avançado de processo civil. Volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9. Ed. ver. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 207.

> **renúncia ao período faltante**, pois a antecipação não é ato incompatível com a regularização ou complementação realizada antes do encerramento do prazo.
>
> Pode-se até invocar valores éticos para afastar a preclusão consumativa em casos de irregularidades sanáveis. **A parte, ao antecipar-se, procurou contribuir para a celeridade do processo. Não é justo apená-la com a perda da possibilidade de eliminar a irregularidade ou realizar acréscimos, se observado o prazo legal**. Punir quem quis colaborar e cometeu equívocos corresponde a **sancionar desnecessariamente a parte imbuída de boa-fé**. Equivale a impor pena tão-somente em homenagem à forma, ainda que existente alternativa adequada aos fins éticos do processo, cuja adoção não acarreta qualquer dano ao escopo da técnica.
>
> Esta conclusão, além de compatível com a celeridade e a ordem, atende aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual 11.

Reforce-se: deixar de admitir o recurso de apelação importa punir severamente aquele que não foi inerte e não se omitiu pois, ao inverso, diligenciou para protocolizar o recurso com todas as suas razões e pagou o preparo, tudo bem antes do término do prazo para interposição da apelação.

Qualquer interpretação da norma que compreenda os valores por ela protegidos acarreta a admissão do recurso na hipótese aqui tratada. Qualquer interpretação da norma que implique mínimo de razoabilidade, considerando que não se pode apenar o jurisdicionado que diligenciou em prol da celeridade do processo e da economia processual, implica afastar a deserção.

Há de se ter a perspectiva da ***instrumentalidade do processo***[12], que prega o processo como instrumento para alcance da *efetiva prestação*

---

[11] José Roberto dos Santos Bedaque. Efetividade do processo e técnica processual. Malheiros Editores : 2006. Pg. 144-145.

jurisdicional e da ordem jurídica justa; há de aplicar a teoria do *formalismo valorativo*[13], segundo a qual os atos formais-processuais devem ser aplicados de acordo com o seu valor-fim, conduzindo ao mesmo desfecho: afastar a preclusão para determinar a remessa da apelação para julgamento pelo Tribunal.

Há de ser afastado o *formalismo excessivo, pernicioso, negativo, oco, vazio.*

A deserção pressupõe *inércia da parte*[14]. E tal inércia não existe na medida em que resta claro e livre de dúvidas que *o preparo foi feito dentro do*

---

[12] "(...) Uma vez que **o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça**, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um **canal de condução à ordem jurídica justa**. Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. **Falar da efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça**". (A instrumentalidade do processo. 7ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 306).

[13] "(...) todo o processo é **polarizado pelo fim de realizar a justiça material no caso**, por meio de um **processo equânime e EFETIVO**. De tal sorte, o **formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais**" (p. 15). "Impõe-se ressaltar, outrossim, que nos dias atuais vários fatores vêm determinando uma **maior prevalência do valor da EFETIVIDADE sobre o da segurança** (...) A anterior tramitação fechada e a minúcia regulamentadora das atuações processuais (excesso de formalismo) dos códigos processuais, formados em período autoritário ou informados por ideologia dessa espécie, servia ao fim de controle da jurisdição e dos agentes forenses pelo centro do poder político, diminuindo a participação democrática dos sujeitos de direito". (p. 16).
"Para afastar as conseqüências nefastas do **formalismo excessivo, pernicioso ou negativo, mostra-se necessário que o jurista, o operador prático do direito, muna-se de ferramentas que impeça tal desvio de perspectiva**" (p. 19). "Impõe-se, portanto, a **veemente rejeição do formalismo oco e vazio**, que **desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo**, descurando de realizar a justiça material do caso (...) Dentro dessa visão finalista, bem ressalta a melhor doutrina brasileira que **o capítulo mais importante e fundamental de um código de processo moderno encontra-se nos preceitos relativizantes das nulidades**" (p. 24). "De tal sorte, o **formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da eqüidade com função interpretativa-individualizadora**, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão na sua base, desde que **respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo**" (*O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Doutor em Direito pela USP. Revista de Processo nº 137, de julho de 2006).

[14] (...) 9. Não obstante, **a deserção pressupõe inércia da parte**, tanto que os arestos deste E. STJ permitem, até, a complementação do preparo, sem aplicação da pena de deserção (Precedentes: RESP 254874 / SP ; Rel.Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 04.09.2000; RESP 131641 / SP ; Rel.Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 27.10.1997), sendo certo que na hipótese vertente, a parte peticionou no prazo recursal para saber o montante das

prazo para apelar, e comprovado antes mesmo da juntada do recurso aos autos.

No mais, é passível de aplicação a idéia de que ***quem pode mais, pode menos***. Ora, basta observar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a deserção em vários casos que em muito se assemelham à hipótese aqui tratada ou, em outros casos onde a "falta" é mais grave. Como exemplo, pode-se citar: ***(i)*** prazo para recolhimento só começa a partir do despacho de admissibilidade[15]; ***(ii)*** qualquer imprevisibilidade é motivo para afastar a deserção[16]; ***(iii)*** só é cabível a decretação de deserção após intimado o interessado para suprir a suposta falta[17]; ***(iv)*** quando o preparo se dá no mesmo dia do recurso, não há deserção mesmo que juntado depois o comprovante[18]; ***(v)*** é possível preparar o recurso no primeira dia subseqüente ao protocolo[19];

---

custas com remessa dos autos ao contador e o juiz sequer despachou referido pedido. (...) (REsp 659.772/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.03.2005, DJ 28.03.2005 p. 214)

[15] (...) I. Não se configura a deserção do recurso especial se o porte de remessa e retorno é recolhido na instância de origem, ainda que **após o despacho presidencial de admissibilidade**, uma vez que por representar tal porte o custeio da despesa com a remessa e devolução dos autos à Corte Superior, somente então, verdadeiramente, com a certeza de que o recurso subirá, se justifica a cobrança respectiva. (...) (REsp 316036/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11.09.2001, DJ 04.02.2002 p. 384)

[16] (...) 3. Ademais, segundo a lição de Sérgio Bermudes (in "Comentários ao Código de Processo Civil", Volume VII - Arts. 496 a 565, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, pág. 139), "por justo impedimento se haverão de entender não só os motivos determinantes da interrupção do prazo de interposição do recurso (art. 507: falecimento do recorrente, ou de seu advogado, ou motivo de força maior), como quaisquer outros, que não se puderam prever, ou evitar". (...) (AgRg no Ag 858.956/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007 p. 179)

[17] (...) 4. É cediço que a insuficiência do valor do preparo, por si só, não acarreta a deserção do recurso, sendo de rigor a concessão de prazo para a sua complementação, nos termos do que dispõe o art. 511, § 2º, do CPC. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 953.864/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18.09.2007, DJ 27.09.2007 p. 253)

[18] 1.Efetuado o preparo no mesmo dia da interposição do recurso, não há que se falar em deserção recursal, tornando-se irrelevante a questão da juntada tardia aos autos dos referidos comprovantes.2. Agravo regimental improvido.(AgRg no REsp 942.463/MS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 07.08.2007, DJ 20.08.2007 p. 296)

[19] I. Orientou-se o Superior Tribunal de Justiça, predominantemente, por considerar possível o preparo do recurso até o primeiro dia útil subseqüente ao da sua protocolização, quando esta se dá após o encerramento do expediente bancário. II. A juntada da guia de pagamento pode ser efetuada posteriormente. Precedentes. III. Recurso especial conhecido e provido. Deserção afastada. Observa-se do voto: ***Dessa forma, comprovado nos autos que o preparo deu-se no primeiro dia útil seguinte ao protocolo do recurso de apelação (fls. 105/106), não se***

(vi) erro material no preenchimento da guia não implica em deserção[20]; ***(vii)*** o pagamento do preparo em errôneo código de receita não implica em deserção[21], dentre outros.

Por último, cumpre lembrar que diversos itens de legislação garantem a possibilidade de juntar o preparo após o protocolo do recurso, tais como a Lei 9.099[22] e a Lei 9.800/99[23], além do art. 14, II, da Lei 9.289/94[24]. A aplicação analógica de qualquer desses diplomas implica o óbvio: o afastamento da deserção porque não houve prejuízo ao Poder Judiciário, à parte adversa, aos Cofres Públicos – a ninguém.

Frise-se, por fim, que entendimento em contrário implica evidente negativa de direitos constitucionalmente garantidos, como a ***ampla defesa***, o ***contraditório***, e, principalmente, restará amplamente violado o

---

configurou a deserção, de sorte que ao assim aplicá-la à espécie o acórdão estadual negou vigência ao art. 511 do CPC, fielmente observado pela recorrente.(REsp 924.649/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17.05.2007, DJ 06.08.2007 p. 531)

[20] (...) - Eventual erro material no preenchimento de guia de recolhimento não caracteriza deserção do recurso especial. Precedentes. (...) (AgRg nos EDcl no Ag 777.598/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.11.2006, DJ 04.12.2006 p. 305)

[21] (...) 2. A recorrente efetivou a complementação das custas dentro do prazo determinado, no valor correto, sendo que, na guia com a referida complementação, constou o código de preparo (1505) e não o de porte e remessa e retorno (8021). 3. Realização da complementação do depósito. Inocorrência de prejuízo ocasionado ao Judiciário, que teve as despesas devidamente recolhidas.4. A jurisprudência desta Corte Superior entende que o fato de haver erro quanto ao código de receita não pode ser levado em consideração para fins de deserção do recurso, caso o valor tenha sido efetuado no prazo legal e no valor exigido.5. Agravo regimental não provido.(AgRg no Ag 623.371/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.03.2005, DJ 02.05.2005 p. 176) No voto vencedor: Conforme registrado, a recorrente, ora agravada, efetivou a complementação das custas dentro do prazo determinado, no valor correto, sendo que, na guia com a referida complementação, constou o código de preparo (1505) e não o de porte e remessa e retorno (8021). **Inocorreu, da mesma forma, qualquer prejuízo ao Judiciário**, que teve as despesas devidamente recolhidas.

[22] Art. 42. O recurso será interposto no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.§ 1º O preparo será feito, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, sob pena de dese777rção.

[23] Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

[24] Art. 14. O pagamento das custas e contribuições devidas nos feitos e nos recursos que se processam nos próprios autos efetua-se da forma seguinte:II - aquele que recorrer da sentença pagará a outra metade das custas, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de deserção.

direito/sobreprincípio do ***eficaz acesso ao Poder Judiciário/prestabilidade da tutela jurisdicional***.

No confronto entre o ***princípio do eficaz acesso ao Poder Judiciário*** com a ***regra procedimental do preparo***, qual decisão privilegia mais os valores constitucionalmente protegidos? Qual posição deve ser adotada para melhor cumprir com os vetores da Constituição Federal?

Claro que se deve permitir o processamento da apelação. Decisão diversa estará a violar a CF, art. 5º, XXXV.

2.5. Por que a parte pode complementar o pagamento do preparo depois do prazo do recurso, mas não pode comprovar o preparo integral posteriormente? Da evidente desproporcionalidade da pena: apenar com deserção por ausência de comprovação tempestiva do preparo; e não apenar com deserção quando o preparo é insuficiente, permitindo seja sanado o vício por complementação.

Proclamar deserção na hipótese não respeita a *proporcionalidade* - postulado normativo fundamental da Constituição Federal.

A aplicação da proporcionalidade deve observar qual a "falta" cometida, de forma que a penalidade lhe seja compatível.

Já se observou, acima, que os valores protegidos pelas regras processuais do **preparo** (erário e a pronta visualização do pagamento pelo magistrado) e da **preclusão** (celeridade e segurança) não foram afetados. Ao contrário, foram alcançados!

O valor foi pago antes mesmo do fim do prazo recursal. A guia foi juntada antes mesmo da juntada do recurso aos autos. Não se atrasou o andamento do feito (ao inverso, o processo ganhou em rapidez) e não se prejudicou o andamento do feito, retirando-lhe a segurança ou pleiteando-se retorno à situação processual já consolidada.

Portanto, se falta há, ela é meramente procedimental. Não influiu no feito e não trouxe qualquer prejuízo a qualquer dos valores resguardados pela norma. A desconformidade técnico-processual, se existente, é mínima.

A penalidade de deserção se aplicada, por sua vez, é máxima. Não há pena maior possivelmente aplicada a um jurisdicionado, no âmbito do processo civil brasileiro. Retirar-lhe o direito à tutela jurisdicional implica

negar o mais básico dos direitos, constitucionalmente garantido e assegurado desde a estrutura tripartite dos poderes do Estado.

Onde está a proporcionalidade, assim? Que falta tão grave implica cerceamento de direito básico? O que justifica trazer ao jurisdicionado prejuízos tão graves?

É a proporcionalidade que se busca. Para uma pena de tamanha monta, deve-se observar uma falta de igual grandeza. Em se tratando de uma falta processual e para ser considerada como grave, a falta deve acarretar sérios prejuízos ao andamento do processo ou dificultar que se realize o direito material.

A título de comparação, tomem-se as práticas de má-fé no processo civil. A lei comina-lhe penas: multas e indenização. Ou seja: atentando a parte contra o próprio desiderato do processo judicial (a resolução final dos conflitos com justiça), a pena é severa, mas não acarreta a impossibilidade de o litigante ter seu direito apreciado.

Dentre os argumentos acima colacionados, já se demonstrou que outras práticas mais prejudiciais ao processo não são apenadas de tal forma a violar as garantias constitucionais do jurisdicionado.

Na doutrina formalista, há deserção se a parte preparou o recurso um dia útil após seu protocolo, bem antes do final do prazo recursal. Se, contudo, tivesse pago antes do protocolo a quantia de R$ 0,01 (hum centavo de real), o recurso teria seguimento, sendo apenado apenas com a intimação para complementação do valor.

Note-se que a hipótese acima contempla uma verdadeira lesão aos bens jurídicos tutelados: prejuízo ao erário (caso não tivesse sido percebido o recolhimento a menor); e prejuízo à celeridade do processo (seria acrescentada mais uma intimação e prazo de pagamento, necessitando que o processo ficasse parado).

E, ainda assim, a pena não seria tão grave.

Assim, a *proporcionalidade* deve ser observada. A pena de deserção não corresponde à falta.

Se alguma penalização se faz necessária, portanto, que seja proporcional. Na pior das hipóteses, que seja a parte intimada a recolher novamente o valor do preparo – ainda que este já tenha sido pago.

Não é crível, contudo, que uma "falta" inócua (porque não trouxe qualquer prejuízo e não representa afronta a qualquer dos valores protegidos pela legislação) seja acompanhada de pena que retire direitos básicos e fundamentais do cidadão como o do acesso ao Poder Judiciário, proporcionando danos imensuráveis e impossibilitando a apreciação judicial de seu pleito.

Nessa linha, portanto, pugna-se pela observação da *instrumentalidade do processo*. Note-se que não se trata de teoria inovadora ou incipiente, mas de matéria positivada no direito brasileiro[25] e regularmente aplicada pela jurisprudência[26].

O que prega o princípio da *instrumentalidade das formas* (ou do processo)?

Prega que a forma serve de meio à realização da justiça, que é o fim do processo. A forma não existe por si própria, autônoma, independente. Sua análise depende da verificação do direito material envolvido e da melhor forma de buscar sua concretização.

A *instrumentalidade*, assim, comanda que os tipos procedimentais não devem obstar a realização do direito material, salvo quando a forma for de todo necessária à persecução dos objetivos envolvidos: o direito *material*

---

[25] Artigos 154 e 244 do CPC, já mencionados acima.

[26] AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO MÉRITO DO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE.
IRREGULARIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.
1. "Com as recentes alterações introduzidas no Código de Processo Civil, o relator está autorizado a julgar monocraticamente o mérito do recurso especial, mesmo em sede de agravo de instrumento. A competência, para tanto, deflui dos arts. 544, § 3º, do CPC c/c os arts. 34, VII, e 254, I, do RISTJ." (AgRg no Ag n. 454446/SP, DJ 16/5/2005).
2. Mera irregularidade processual, que não tem o condão de causar qualquer prejuízo às partes, há de ser superada em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas.
3. O dissenso pretoriano deve ser comprovado por certidão, cópia autenticada ou citação do repositório de jurisprudência oficial ou credenciado em que publicada a decisão divergente, com indicação da respectiva fonte, providência a que se furtou o agravante.
4. "Indispensável, para efeito de configuração do dissídio, que o especial venha instrumentalizado com cópia hábil do acórdão alegadamente divergente ou com menção de repositório autorizado. A tanto não equivale a citação do Diário de Justiça em que tenha sido publicado o aresto." (REsp 151008/PE, DJU 24/02/2003) 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no Ag 647.330/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04.03.2008, DJ 10.03.2008 p. 1)

discutido e o *jurídico-processual* (no sentido de que o processo é o meio para alcançar a justiça).

A não ser, então, que a desconformidade procedimental traga danos ao direito material ou ao regular desenvolvimento do processo (quando impedirá a realização do direito material), o rigor formal deve ser afastado.

Toda essa doutrina é positivada e reconhecida pelos Tribunais.

O direito material simplesmente não pode ser posto de lado. Não se pode tratar regra procedimental com autonomia. Não se pode considerar nulidade sem prejuízo. Não se pode ter a forma pela forma.

Se o processo (e todas as formas previstas por ele) existe para fazer valer o direito material, alcançando a pacificação social; se a forma é instrumento para atingir o fim; como então aceitar que um vício (se é que houve) desprovido de lesão a qualquer valor jurídico ou moral, possa acarretar na cerrada negativa de qualquer apreciação do direito material?

A forma tem que ser interpretada em função dos direitos das partes e, não, unicamente em prol de si própria.

E nem mesmo que se defendesse a autonomia total do processo, posição contrária seria justificada. Isto porque as razões de existência das normas *procedimentais* envolvidas - os valores protegidos pela norma - não foram violadas.

Então, mesmo ao procedimento isoladamente observado não há prejuízo. Mesmo que sua aplicação seja descolada do direito material, não subsiste a vedação de acesso ao órgão colegiado. A *instrumentalidade das formas*, pois, deve ser aplicada.

E sua utilização, considerando o processo como instrumento para alcançar a justiça e a solução dos conflitos sociais, implica afastamento da burocracia estéril e oca; da forma desacompanhada de razão que a justifique; do procedimento que, por si só, não persegue a solução do conflito e a justiça das relações sociais.

A técnica da *instrumentalidade* nada mais é, sob outro viés, do que a determinação de que a utilização do direito processual deve ser ***constitucionalmente orientada***.

3. CONCLUSÃO

A Constituição Federal é a norma máxima do ordenamento jurídico. Ela não apenas disciplina regras gerais. Mas informa princípios e postulados inerentes à compreensão do Direito e do Estado.

Um dos princípios basilares da CF/88 é o de livre acesso ao Poder Judiciário. Além, a Carta também garante a *eficácia do provimento jurisdicional*.

O jurisdicionado não pode ser impedido de obter a resposta do Poder Judiciário. Muito menos pode ocorrer de a prestação oferecida não lhe prestar à resolução do conflito levado à apreciação.

Assim, a aplicação das demais normas do ordenamento jurídico deve *se pautar pelas normas constitucionais*.

Ao inadmitir a apelação com base em mera regra formal, que não importa na violação de qualquer bem juridicamente protegido, o Juiz desconsidera a orientação constitucional de prover acesso eficaz ao Judiciário.

É necessário que se faça valer a Constituição. Tal ocorrerá quando, considerando as circunstâncias do caso, for garantida a eficácia da tutela - que só pode ser afastada em situação deveras excepcional, quando a razão para fazê-lo for gravíssima (lembrando o postulado da *proporcionalidade*).

Deve-se pesar, como numa balança: o mero procedimento de um lado *versus* a garantia constitucional de eficácia na prestação jurisdicional, no outro.

É de todos sabido qual, nessa ponderação de valores, deve sobressair.

Deve ser aplicada a Constituição Federal. Seja por reconhecer ao jurisdicionado o que lhe promete a CF, art. 5º, XXXV, da CF/88; seja através da aplicação *constitucionalmente orientada* da regra processual, fazendo valer a letra da Lei Maior.

Clama-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Pode-se entender o princípio da proporcionalidade em duas distintas dimensões, complementares entre si. Uma, de *bloqueio* ao arbítrio estatal; e outra, de *resguardo*, condicionadora da concretização dos diferentes direitos constitucionais. Como tal, constitui o *limite* e o *fim* da atuação estatal, consubstanciando-se em um juízo de *adequação*, *necessidade* e *conformidade*

entre o interesse público que suporta uma determinada medida estatal, limitadora do alcance ou do exercício de um bem juridicamente protegido, e o peso que este bem jurídico assume no caso concreto.[27]

Ou seja, deve haver uma correlação entre a *exigência* estabelecida pela ordem jurídica (consubstanciada em um mandamento estatal, v.g, preparo) e o *encargo* para seu cumprimento (v.g. comprovação no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção).

O princípio da proporcionalidade não está expresso em nosso sistema jurídico, mas pode ser visualizado como decorrente de vários princípios insculpidos em nossa Carta, *entre eles* o do Estado Democrático de Direito[28], da Dignidade da Pessoa Humana[29], e do *due process of law*[30]. É, na verdade, o *coração* do Direito, uma vez que sua existência é que permitirá a efetivação das normas constitucionais, *evitando o arbítrio travestido de legalidade* - o que sói acontecer na realidade, pois a reserva legal é tão somente uma garantia de forma, e não de conteúdo[31].

Desta maneira, é um princípio que está vinculado sempre a uma ***relação***, pois envolve um meio aplicado à obtenção de uma finalidade.

Três são os preceitos que estão subjacentes ao princípio da proporcionalidade: a) o da adequação ou da idoneidade; b) o da necessidade ou da exigibilidade; e c) o da proporcionalidade em sentido estrito[32].

Por *adequação* deve-se perquirir se *o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido.* Assim, qualquer medida restritiva dos princípios constitucionais - v.g. pena de deserção - deve ser idônea quanto à finalidade pretendida, pois, caso contrário, estaremos diante de uma violação constitucional.

---

[27] Helenilson Cunha Pontes, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Tributário*, tese de doutorado na USP, digitada, pág. 69-70.
[28] CF/88, art. 1º, *caput*.
[29] CF/88, art. 1º, III.
[30] CF/88, art. 5º, LIV: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"
[31] Para maiores considerações sobre a efetividade das normas processuais e o direito tributário, ver Fernando Facury Scaff, *in* "Processo Tributário e Estado Democrático de Direito", *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Processo administrativo tributário. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária p. 511 – 527.
[32] Suzana de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade ...*, págs. 72-84; Helenilson Cunha Pontes, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Tributário*, págs. 81 e ss.

Por *necessidade* ou *exigibilidade* entende-se que *a medida restritiva - v.g. deserção - seja necessária para a implementação de outro princípio constitucional que naquela situação entenda-se mais relevante para dirimir o conflito de interesses colocado*. Deve-se sempre optar pela solução menos gravosa quando da adoção de norma restritiva de princípios constitucionais. Sua análise fica mais fácil a partir do caso concreto, quando se poderá visualizar todas as diversas possibilidades de solução do conflito, e optar pela que seja mais *adequada* e que *exija* o menor grau possível de restrição de direitos. Portanto, seu viés é essencialmente *fático*.

A *proporcionalidade em sentido estrito* trata da análise das possibilidades *jurídicas* existentes para alcançar a melhor relação meio-fim para aquele conflito. Ou seja, aqui reside o núcleo da proporcionalidade, através da exata adequação entre os fins perseguidos e a imposição de ônus para o atingido pela norma. É neste âmbito que se verifica se houve *conformidade* entre os *meios* perseguidos e os *fins* alcançados, de tal modo que tenha havido a solução mais *adequada* àquele conflito, acarretando a menor *onerosidade* possível no que tange à violação dos princípios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca desse tema com muita propriedade, em várias ocasiões[33].

Assim, é imperioso se analisar todo o Direito sob o prisma da proporcionalidade, a fim de que seja apreciada sob esta ótica relativista todos os princípios constitucionais acima referidos, notadamente princípio do devido processo legal e do acesso à ordem jurídica justa.

A correlação entre os meios jurídicos utilizados para alcançar os fins buscados é fundamental para a análise do Direito como um todo, o processual inclusive. E é o cerne do Estado Democrático de Direito, pois transforma garantia formal em garantia de conteúdo.

O CPC, art. 511 deve ser interpretado e aplicado sob a perspectiva constitucional do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa e à tutela jurisdicional tempestiva e efetiva, afastando-se a preclusão consumativa quando o preparo tiver sido efetivamente realizado e comprovado dentro do prazo do recurso interposto antecipadamente, embora de forma não simultânea à data da interposição.

---

[33] Sobre a posição jurisprudencial do STF acerca de Proporcionalidade, ver Gilmar Ferreira Mendes, *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Repertório IOB de Jurisprudência, ementa nº 1-8175, 1ª quinzena de dezembro de 1994, nº 23/94, página 475 e ss.

LEGISLAÇÃO

LEGISLAÇÂO FEDERAL

PROJETO DE LEI Nº. 4.053, DE 2008*

Dispõe sobre a alienação parental.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Considera-se alienação parental a interferência promovida por um dos genitores, ***pelos avós ou pelos detentores da guarda*** na formação psicológica da criança ***ou do adolescente*** para que repudie o outro, bem como atos que causem prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Parágrafo único. Consideram-se formas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por equipe multidisciplinar, os praticados diretamente ou com auxílio de terceiros, tais como:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício do poder familiar;

III - dificultar contato da criança ***ou do adolescente*** com o outro genitor; com familiares deste ou com avós;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de visita;

V - omitir deliberadamente ao outro genitor informações pessoais relevantes sobre a criança, ***ou o adolescente,*** inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra o outro genitor, ***contra familiares deste ou contra avós,*** para obstar ou dificultar seu convívio com a criança **ou o adolescente;**

---

* Até o fechamento desta edição, o Projeto de Lei se encontrava na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. O texto aqui apresentado consta da alteração dada pela Comissão da Seguridade Social e da Família.

VII - mudar de domicilio para locais distantes, sem justificativa, visando dificultar a convivência do outro genitor, ***de familiares deste ou de avós com a criança ou o adolescente.***

Art. 2º A prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ***ou do adolescente*** ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança ***ou o adolescente*** e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 3º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, o juiz, se necessário, em ação autônoma ou incidental, determinará a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes e exame de documentos.

2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitada, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental apresentará, no prazo de trinta dias, sem prejuízo da elaboração do laudo final, avaliação preliminar com indicação das eventuais medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ***ou do adolescente.***

Art. 4º O processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ***ou do adolescente.***

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte o convívio de criança ***ou adolescente*** com genitor, o juiz poderá, de pronto, sem prejuízo da posterior responsabilização civil e criminal:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - estipular multa ao alienador;

III - ampliar o regime de visitas em favor do genitor alienado;

IV - determinar intervenção psicológica monitorada;

V – alterar as disposições relativas à guarda;

VI - declarar a suspensão ou perda do poder familiar.

Art. 6º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabilize o efetivo convívio da criança ***ou do adolescente*** com o outro genitor, quando inviável a guarda compartilhada.

Art. 7º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas a alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2008.

Deputado REGIS DE OLIVEIRA

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

EMENDA MODIFICATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 4.053, DE 2008

Acrescente-se ao Art 1°, caput e seu parágrafo único incisos III, IV, V, VI, VII, Art 2º, Art 3º caput e seu parágrafo3º, Art 4º, Art 5º, Art 6º, as seguintes expressões na forma abaixo:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Considera-se alienação parental a interferência promovida por um dos genitores, ***pelos avós ou pelos detentores da guarda*** na formação psicológica da criança ***ou do adolescente*** para que repudie o outro, bem como atos que causem prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Parágrafo único. ...

I - ...

II - ...

III - dificultar contato da criança ***ou do adolescente*** com o outro genitor; com familiares deste ou com avós;

IV - ...

V - omitir deliberadamente ao outro genitor informações pessoais relevantes sobre a criança, ***ou o adolescente,*** inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra o outro genitor, ***contra familiares deste ou contra avós,*** para obstar ou dificultar seu convívio com a criança **ou o adolescente;**

VII - mudar de domicilio para locais distantes, sem justificativa, visando dificultar a convivência do outro genitor, ***de familiares deste ou de avós com a criança ou o adolescente.***

Art. 2º A prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ***ou do adolescente*** ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança ***ou o adolescente*** e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 3º ...

§ 1º ...

§ 2º ..

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental apresentará, no prazo de trinta dias, sem prejuízo da elaboração do laudo final, avaliação preliminar com indicação das eventuais medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ***ou do adolescente.***

Art. 4º O processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ***ou do adolescente.***

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte o convívio de criança ***ou adolescente*** com genitor, o juiz poderá, de pronto, sem prejuízo da posterior responsabilização civil e criminal:

I - ...

II - ...

III - ...

IV - ...

V – ...

VI - ...

Art. 6º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabilize o efetivo convívio da criança ***ou do adolescente*** com o outro genitor, quando inviável a guarda compartilhada.

Art. 7º ...

§ 1º ...

§ 2º ...

§ 3º ...

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Deputado PASTOR PEDRO RIBEIRO

PMDB –CE

LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009

Disciplina o mandado de segurança individual
e coletivo e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

§ 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

Art. 2º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.

Parágrafo único. O exercício do direito previsto no **caput** deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação.

Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

§ 1º Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

§ 2º O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

§ 3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

§ 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

§ 6º O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

§ 3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

§ 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei no 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art. 8º Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar **ex officio** ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

Art. 9º As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

§ 1º Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre.

§ 2º O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

Art. 11. Feitas as notificações, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica dos ofícios endereçados ao coator e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como a prova da entrega a estes ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo e, no caso do art. 4º desta Lei, a comprovação da remessa.

Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do **caput** do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no art. 4º desta Lei.

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o **caput** deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Art. 16. Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento.

Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.

Art. 17. Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.

Art. 18. Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.

Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo **habeas corpus**.

§ 1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

§ 2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Art. 24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

Art. 27. Os regimentos dos tribunais e, no que couber, as leis de organização judiciária deverão ser adaptados às disposições desta Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua publicação.

Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 29. Revogam-se as Leis nºs 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1º da Lei

nº 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2º da Lei nº 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

Brasília, 7 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro
José Antonio Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.8.2009

LEI Nº 12.008, DE 29 DE JULHO DE 2009

Altera os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e acrescenta o art. 69-A à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a fim de estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 1.211-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

Parágrafo único. (VETADO)" (NR)

Art. 2º O art. 1.211-B da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.211-B. A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 1º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

§ 2º (VETADO)

§ 3º (VETADO)" (NR)

Art. 3º O art. 1.211-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, em união estável." (NR)

Art. 4º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 69-A:

"Art. 69-A. Terão prioridade na tramitação, em qualquer órgão ou instância, os procedimentos administrativos em que figure como parte ou interessado:

I - pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos;

II - pessoa portadora de deficiência, física ou mental;

III – (VETADO)

IV - pessoa portadora de tuberculose ativa, esclerose múltipla, neoplasia maligna, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, ou outra doença grave, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo.

§ 1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade administrativa competente, que determinará as providências a serem cumpridas.

§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de julho de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro
Guido Mantega
Carlos Lupi
José Gomes Temporão
José Pimentel
José Antonio Dias Toffoli

LEI Nº 11.924, DE 17 DE ABRIL DE 2009

Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei modifica a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta, em todo o território nacional.

Art. 2º O art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º:

"Art. 57. .....

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família." (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de abril de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEI N° 7.257, DE 8 DE ABRIL DE 2009.

Dispõe sobre a criação de cargos no Quadro de Pessoal do Ministério Público do Estado do Pará e dá outras providências.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARÁ estatui e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1° Ao Anexo II da Lei nº 5.856, de 18 de agosto de 1994, fica acrescido os cargos previstos no Anexo Único desta Lei, ora criados.

Art. 2° As despesas decorrentes desta Lei correrão à conta das dotações orçamentárias do Ministério Público do Estado do Pará, respeitado o limite total de despesa com pessoal estabelecido na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Art. 3° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO DO GOVERNO, 8 de abril de 2009.

ANA JÚLIA CAREPA

Governadora do Estado

ANEXO ÚNICO

Cargos e Funções acrescidos ao Anexo II da Lei nº 5.856/1994

QUANTIDADE	DENOMINAÇÃO DO CARGO OU FUNÇÃO	CÓDIGO
01	Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público	MP.CPCP-102.5
01	Assessor do Colégio de Procuradores de Justiça	MP.CPCP-102.4
01	Assessor do Conselho Superior do Ministério Público	MP.CPCP-102.4
05	Assessor Especializado de Apoio Técnico-Operacional Judicial e Extrajudicial	MP.CPCP-102.4

LEI Nº 7.267, DE 5 DE MAIO DE 2009

Altera dispositivos da Lei nº 5.810, de 24 de janeiro de 1994, que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARÁ estatui e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O inciso XII do art. 72, da Lei nº 5.810, de 24 de janeiro de 1994, passa a ter a seguinte redação.

"Art. 72. Considera-se como de efetivo exercício, para todos os fins, o afastamento decorrente de:

XII - licença maternidade com a duração de cento e oitenta dias;

"Art. 88. Será concedida licença à servidora gestante, por cento e oitenta dias consecutivos, sem prejuízo de remuneração.

§ 1º .....

§ 2º .....

§ 3º .....

§ 4º O benefício previsto no *caput* deste artigo alcançará a servidora que já se encontre no gozo da referida licença".

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na da data de sua publicação.

PALÁCIO DO GOVERNO, 5 de maio de 2009.

ANA JÚLIA DE VASCONCELOS CAREPA

Governadora do Estado

MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGISLAÇÃO

RESOLUÇÃO Nº 37, DE 28 DE ABRIL DE 2009

Altera as Resoluções CNMP nº. 01/2005, nº. 07/06 e nº. 21/07, considerando o disposto na Súmula Vinculante nº. 13 do Supremo Tribunal Federal

O Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício da competência prevista no art. 130-A, §2°, inciso II, da Constituição Federal e com arrimo no artigo 19 do Regimento Interno, à luz dos *considerando* mencionados nas Resoluções CNMP n° 01, de 07.11.2005, n° 07, de 17.04.2006, e n° 21, de 19.06.2007, e considerando, ainda, o disposto na Súmula Vinculante n° 13 do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a decisão plenária tomada na sessão realizada no dia 28.04.2009;

RESOLVE

Art. 1°. É vedada a nomeação ou designação para cargos em comissão e funções comissionadas, no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros, compreendido o ajuste mediante designações ou cessões recíprocas em qualquer órgão da Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 2°. É vedada a nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de servidor ocupante, no âmbito do mesmo Ministério Público, de cargo de direção, chefia ou assessoramento, para exercício de cargo em comissão ou função comissionada, compreendido o ajuste mediante designações ou cessões recíprocas em qualquer órgão da administração pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 3°. Os órgãos do Ministério Público não podem contratar empresas prestadoras de serviços que tenham como sócios, gerentes ou diretores as pessoas referidas nos artigos 1° e 2° desta Resolução.

Art. 4°. É vedada a prestação de serviço por empregados de empresas fornecedoras de mão-de-obra que sejam parentes até o terceiro grau dos respectivos membros ou servidores dos órgãos contratantes do Ministério Público da União e dos Estados, observando-se, no que couber, as restrições relativas à reciprocidade entre os Ministérios Públicos ou entre estes e órgãos

da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou - municipal.

Parágrafo único: Cada órgão do Ministério Público estabelecerá, nos contratos firmados com empresas prestadoras de serviços, cláusula proibitiva da prestação de serviço no seu âmbito, na forma estipulada no *caput.*

Art. 5°. Na aplicação desta Resolução serão considerados, no que couber, os termos do Enunciado n° 01/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Art. 6°. Ficam mantidos os efeitos das disposições constantes do artigo 5° da Resolução CNMP n° 01 de 07.11.2005, do artigo 3° da Resolução CNMP n° 07, de 17.04.2006, e do art. 3° da Resolução CNMP n° 21, de 19.06.2007.

Art. 7º. Os órgãos do Ministério Público da União e dos Estados adotarão as providências administrativas para adequação aos termos desta Resolução no prazo de trinta dias.

Art. 8°. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 28 de abril de 2009.

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

JURISPRUDÊNCIA

2008.001.30015 - APELACAO - **1ª Ementa**
DES. NAMETALA MACHADO JORGE - Julgamento: 10/09/2008 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL

DESTITUICAO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL DE MENOR. SINDROME DA ALIENACAO PARENTAL. SINDROME DAS FALSAS MEMORIAS. INTERESSE DE (O) MENOR. SUSPENSAO DO PODER FAMILIAR

Direito de Família. Destituição do Poder Familiar. Fortes suspeitas de abuso sexual do menor (quatro anos de idade, à época) por seu genitor. Matéria delicada que exige do julgador a fidelíssima observância do superior interesse do menor, com máximo apego às considerações técnicas da equipe interdisciplinar. Histórico beligerante das partes, com diversas passagens pelo Judiciário em virtude de assuntos de família, culminando na presente demanda. Diante da maior gravidade e repercussão do direito versado neste processo, toma-se por uno o acervo probatório carreado aos autos, conglobando todos os exames psicológicos e estudos sociais realizados nas demandas pretéritas. Notícia de abuso sexual. Extrema dificuldade de se aferir a verdade real, diante da vulnerabilidade da criança exposta a parentes egoístas e com fortes traços de hostilidade entre si. Liminar decisão que suspendeu os efeitos do poder familiar por cautela e para a preservação da integridade física e psíquica do menor. Síndrome da **Alienação Parental** e Falsas Memórias. Subsídios na Psicologia e na Psicanálise. A Síndrome da **Alienação Parental** traduz a programação da criança por um genitor para que ela, artificial e desmotivadamente, venha a repelir o outro genitor. A Síndrome das Falsas Memórias faz-se presente quando um genitor, de forma dolosa, incute no menor informações e dados inexistentes ou deturpados, para que se tornem verdades na frágil mente da criança. Espécie em que se constatam manobras tendentes à **alienação parental,** mas que não afastam o efetivo sofrimento psíquico vivenciado pelo menor quando em contato com seu pai, confirmado pela equipe técnica. Provas produzidas contemporaneamente aos fatos alegados que apontam, com alto grau de probabilidade, para a ocorrência do abuso sexual. Laudos técnicos que não podem ser desconsiderados, sob pena de se ignorar, por completo, o testemunho do menor, que merece ser sopesado, ainda que com reservas. Menor hoje com treze anos de idade, mas há oito sem qualquer contato com o pai, por força de fundamentada decisão judicial. Longínqua oportunidade em que foi ouvido o menor, o que sequer foi repetido em AIJ. Evidente impossibilidade de restabelecimento repentino dos laços entre pai e filho, até desaconselhável, ante o avançado estado de afastamento.

Se não há elementos absolutos e determinantes para a definitiva destituição do poder familiar do réu, por certo que há substrato suficiente para que seja mantida sua suspensão, modulando-se seus efeitos no tempo, tudo em prol do melhor interesse do menor, hoje, adolescente. Statu quo que deve ser mantido até que possa ser colhida a opinião do menor, quando alcançar idade hábil a conferir-lhe relativo discernimento sobre os fatos, sem prejuízo do oportuno acompanhamento psicoterapêutico. Discernimento relativo. Critério. À míngua de melhores critérios fáticos e específicos ao caso concreto, fica-se com o razoável critério legal, considerando-se os dezesseis anos a melhor idade para que o jovem possa se exprimir, já dotado de maior razão e compreensão acerca dos fatos, de sua família e de sua capacidade de auto-determinar-se (art. 4º, I, CC). Recurso provido em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA)

Nº 70028674190
Comarca de Santa Cruz do Sul
Agravo de Instrumento – Sétima Câmara Cível

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PATERNAS. Síndrome da alienação parental. O direito de visitas, mais do que um direito dos pais constitui direito do filho em ser visitado, garantindo-lhe o convívio com o genitor não-guardião a fim de manter e fortalecer os vínculos afetivos. Evidenciado o alto grau de beligerância existente entre os pais, inclusive com denuncias de episódios de violência física, bem como acusações de quadro de síndrome da alienação parental, revela-se adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico.
AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO
Vistos, relatados e discutidos os autos.
Acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao agravo de instrumento. Custas na forma da lei. Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **Des. Ricardo Raupp Ruschel (Presidente) e Dr. José Conrado de Souza Júnior**.

Nº 70028169118
Comarca de Novo Hamburgo
Agravo de Instrumento – Sétima Câmara Cível

Agravo de instrumento. Ação de alteração de guarda de menor. Decisão que restabeleceu as visitas paternas com base em laudo psicológico favorável ao pai. Prevalência dos interesses do menor. Ação de alteração de guarda de menor em que as visitas restaram reestabelecidas, considerando os termos do laudo psicológico, por perita nomeada pelo Juízo, que realizou estudo nas partes envolvidas. Diagnóstico psicológico constatando indícios de alienação parental no menor, em face da conduta materna. Contatos paterno filiais que devem ser estimulados no intuito de preservar a higidez física e mental da criança. Princípio da prevalência do melhor interesse do menor, que deve sobrepujar o dos pais. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

ACÓRDÃO
Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento. Custas na forma da lei. Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (Presidente) e Dr. José Conrado de Souza Júnior**.
Porto Alegre, 11 de março de 2009.
DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, Relator.

DECISÃO MONOCRÁTICA 6654024000
Relator(a): Jesus Lofrano
Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado
Data de registro: 04/08/2009

Ementa: Agravo de Instrumento n° 665402-4/0 Agravantes: E A P S e outra Agravados : H O S e outra Comarca de São Paulo - 11o Ofício da Família e Sucessões - Foro Central Voto n° 11779 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA REGISTRADO(A) SOB N° Trata-se de agravo de instrumento interposto por E A P S e outra, tirado de ação de regulamentação de visitas ajuizada por H O S e outra, contra decisão em que a juíza entendeu terem os avós maternos legitimidade para postular a visitação. Alegam os agravantes, em síntese, que não há previsão legal a permitir a propositura de ação de visitas pelos avós. Os avós maternos têm legitimidade para pleitear a regulamentação de visitas aos netos. Na lição de Maria Berenice Dias, "quando a Constituição (CF 227) e o ECA asseguram o direito à convivência familiar, não estabelecem limites. Como os vínculos parentais não se esgotam entre pais e filhos, apesar do silêncio legal, o direito de convivência estende-se aos avós e todos os demais parentes, inclusive os colaterais. Além do direito de crianças e adolescentes desfrutarem da companhia de seus familiares, há o direito dos avós de conviverem com seus netos. Assim, não se podem impedir visitas entre avós e netos, o que já vem, de há muito, sendo consagrado pela jurisprudência"1. A propósito. Vale reproduzir texto publicado no site do Senado Federal: COMISSÕES / Constituição e Justiça 15/07/2009- 15h53 Aprovado direito de visita dos avós aos netos Se o Código Civil obriga os avós a contribuírem para a subsistência dos netos na falta de condições materiais dos pais, deverá assegurar a eles, agora, o apoio emocional a essas crianças e adolescentes por meio do convívio familiar. Nesta quarta-feira (15), a Comis são de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou, em decisão terminativa, projeto de lei (Pl.S 692/07) da senadora Kátia Abreu (DEM-TO) que garante aos avós o direito de visita aos netos. O relator da matéria, senador Marco Maciel (DEM-PE), apresentou voto pela aprovação, com emenda. Kátia Abreu argumenta, na justificação do projeto, que "é usual, ao término de um relacionamento conjugai, surgirem desavenças e ressentimentos entre o casal e, não raras vezes, tendência a vingança e represália", levando ao afastamento dos filhos "do causa dor da dor e de seus demais familiares". Foi para coibir esse comportamento, conhecido como Síndrome da **Alienação Parental**, que a senadora apresentou a proposta. Ao alterar dispositivos do Código Civil e do Có digo de Processo Civil (CPC), o projeto busca assegurar aos avós a manutenção do relacionamento afetivo

com os netos, preservando, assim, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar estabelecido pela Constituição. O projeto determina ainda que, quando um dos pais se opuser à visita dos avós aos ne tos, o juiz decidirá sobre a conveniência e a oportunidade dessas visitas, sempre baseado no interesse do menor. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso por ser manifestamente improcedente.

Nº 70029200391
Comarca de Porto Alegre
Agravo de Instrumento – Oitava Câmara Cível

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. CABIMENTO.

O agravante não nega o relacionamento amoroso mantido com a agravada, tampouco que tenha mantido relação sexual com ela à época da concepção. Alegação de dúvida sobre a paternidade não infirma o disposto no art. 2º do CC quanto à proteção aos direitos do nascituro. Precedentes.
Recurso desprovido.

DECISÃO MONOCRÁTICA
Vistos.
Cuida-se de agravo de instrumento interposto por C. da R. M., porquanto inconformado com a decisão que, exarada nos autos da ação de alimentos gravídicos contra si aforada por F. R. da S., fixou alimentos provisórios no percentual de 10% sobre a renda do recorrente, excluídos os descontos do IPE e incluídos o 13º salário (fl. 55).
Em suas razões recursais, o insurgente argumenta que ao serem fixados alimentos provisórios anteriormente à sua manifestação no processo foram violados os princípios do contraditório e ampla defesa. Salienta que não foram trazidos indícios suficientes a comprovar a suposta paternidade. Menciona o risco de arcar com dívida que não é sua, tendo em vista que os alimentos são irrepetíveis, caso venha a ser afastada a sua paternidade. Assevera que pode ser aguardado o nascimento, sendo que não restaram demonstradas despesas exorbitantes em razão da gravidez. Requer, assim, a suspensão da decisão até a realização do exame de DNA (fls. 02/05).
O recurso foi contra-arrazoado, pugnando a agravada pela mantença do entendimento questionado (fls. 61/64).
À fl. 69 está o ofício oriundo do juízo singular com notícia do cumprimento ao disposto no art. 526 do CPC.
Em parecer de fls. 67/68, o Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.
É o relatório.
A situação posta em causa comporta condições de ser solucionada nos termos dispostos no art. 557, *caput,* do CPC, pois, a respeito do tema, em casos

análogos, existe orientação jurisprudencial harmônica nas Câmaras especializadas em Direito de Família deste Tribunal.
Desassiste razão ao recorrente.
A decisão recorrida deferiu o pedido de alimentos provisórios gravídicos formulado pela insurgente, que, segundo a inicial da demanda originária (fls. 06/11), está no quarto mês de gestação, alegando que o filho é do agravante.
Invocou o art. 2º da Lei nº 11.804/2008 a referendar sua pretensão, já que, tendo feito contato com o recorrente, este se manteve irredutível, negando-se a auxiliá-la com despesas de pré-natal, enxoval e gastos atinentes ao dispêndio com a gravidez.
A Magistrada respaldou o deferimento do auxílio alimentar na oitiva de testemunhas que ratificaram a existência do relacionamento ostensivo entre os litigantes no período coincidente ao da concepção. No ponto, salienta-se que, à solenidade, estiveram presentes as partes, seus advogados, bem como o Ministério Público.
O acerto do entendimento questionado ganha relevo no fato de que a fixação dos alimentos não foi tomada ao alvedrio do alimentante, que compareceu à audiência de fl. 55 e, por mais que procure se evadir de sua responsabilidade, dizendo que a agravada mantinha relações sexuais com outros homens ao mesmo tempo que consigo, não nega ter mantido um romance com a agravada e tal assertiva, por si só, é insuficiente para modificar a decisão combatida.
Em casos como o presente, o direito a alimentos, intimamente ligado com a sobrevivência, não pode ser relegado ao momento em que seja levado a efeito o exame genético, o qual, é sabido, pode demorar muito para ser realizado.
Até por que o atual Código Civil, em seu art. 2º, reconhece e protege os direitos do nascituro ao estatuir: "*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; <u>mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.</u>*" (sublinhei)
Ademais, não se pode olvidar a edição de diploma legal específico, ou seja, a Lei nº 11.804/2008, cujo escopo é justamente à proteção aos direitos básicos do nascituro.
Na espécie, tendo presente a atualidade da recentíssima publicação intitulada Direito Civil – Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões, 3ª ed.. rev. atual. e aum., Editora Impetus, 2009, p. 132, cujo autor é Luiz Paulo Vieira de Carvalho, transcreve-se: *"(...) foi sancionada a Lei nº 11.804, de 5/11/2008, que trata dos alimentos gravídicos, buscando-se resguardar a responsabilidade paterna, criando o legislador uma pensão alimentícia a ser entregue diretamente à mulher gestante agora titularizada para a demanda alimentar independentemente do matrimônio ou união estável (...) da concepção ao*

parto, paga pelo futuro pai, que deverá compartilhar as despesas adicionais do período da gravidez, tais quais, a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e medicamentos , além de outras que o juiz considere pertinentes (...)"

Em arremate, registra-se que, o insurgente nem mesmo afirma possuir despesas excepcionais que inviabilizem o auxílio em discussão. Ou seja, nada, até o momento, consta dos autos que denote a inviabilidade no aporte com a obrigação em análise.

A propósito, colaciona-se:

> **"AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. LEI Nº 11.848/08. Considerando a existência de indícios da paternidade do demandado, cabível a fixação de alimentos gravídicos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."** *(Agravo de Instrumento Nº 70028667988, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 06/03/2009)*

> **"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO REJEITADA. (...) MÉRITO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. CABIMENTO, NO CASO CONCRETO. Estando comprovada a gravidez da demandante, impõe-se a fixação de alimentos em prol do nascituro, bem como ao outro filho do casal, de tenra idade, cujas necessidades igualmente são presumidas, e atento a alegação de desemprego e dificuldade de ingresso da demandante no mercado de trabalho, em face do estágio avançado da gestação. Mostram-se, pois, devidos os alimentos, independentemente da comprovação ou não da existência de união estável entre o casal, havendo, de toda sorte, fortes indícios nos autos acerca da intenção formadora de família, o que confere verossimilhança às alegações da requerente. Verba alimentar estabelecida, por ora, em quatro salários mínimos. Preliminar rejeitada e recurso provido."** *(Agravo de Instrumento Nº 70017956301, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 28/02/2007)*

Diante do exposto, fulcro no art. 557, *caput,* do CPC, nega-se provimento ao recurso.

Intimem-se.

Porto Alegre, 22 de junho de 2009.

Des. José S. Trindade,

Relator.