



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº 1 - Tomo I (A/L) - jan.-jun. 2017



Elaborado no 1º Semestre 2017







REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº1 - Tomo I (A/L) - jan.-jun. 2017



Elaborado no 1º Semestre 2017



© 2018 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br



EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ
1º Semestre de 2017

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Ana Cristina Sargentelli Porto

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/DIBIB - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior.



Alden Barretto Furtado da Rocha

A LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO DO ICMS INCIDENTE SOBRE DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA PARA PROPOR AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO 11

Alessandra Oliveira de Mendonça

MECANISMO DE CONTROLE DA PUBLICIDADE DESTINADA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE: ASPECTOS DA RESOLUÇÃO 163/14 DO CONANDA..... 25

Alexandra Bruna Muniz

CRIAÇÃO DE JUIZADOS ESPECIAIS PARA A MEDIAÇÃO FAMILIAR: DESAFIO DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO 38

Aline Ganasevici

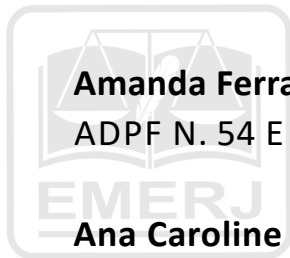
A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 52

Amanda Chaves Rodrigues

A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: PROBLEMÁTICAS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS 71

Amanda de Paula Teixeira Vairo

O PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI N. 13.146/15 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)..... 85



Amanda Ferraz Queiroz

ADPF N. 54 E O ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA 104

Ana Caroline Baptista Uchôa

O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA A ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL 122

Ana Cristina Amaral de Laport

O FENÔMENO DO BACKLASH COMO LIMITE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL 139

Bárbara Loureiro Silva

ANÁLISE DA CRISE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL: ASPECTO POLÍTICO, JURÍDICO E ECONÔMICO DA PEC N. 287/2016 158

Beatriz Portilho Florentino

ART. 1641, II VS. ART. 1725, CÓDIGO CIVIL: A (IN)ADEQUAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS À UNIÃO ESTÁVEL 174

Bianca Reis Gitahy da Silva

A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS 190

Bruno Campos de Oliveira

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO À APLICAÇÃO DE DANO MORAL NO ROMPIMENTO IMOTIVADO DE NOIVADO 209

Bruno Mendo Palmiro

A EUTANÁSIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 226

Bruno Santos Gomes Marques

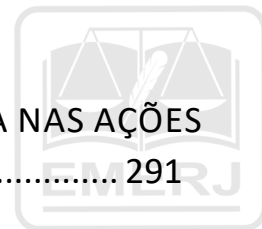
A POTENCIALIZAÇÃO DO CERCEAMENTO DE DEFESA NA MEDIDA CAUTELAR DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM O RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE PARA A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL 242

Caroline Rocha Freitas

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA 257

Caroline Rodrigues Serafim

VIOLÊNCIA DE GÊNERO E O FEMINICÍDIO: A NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO 273



Christiane Elisabeth de Menezes Santos

A PRESUNÇÃO RELATIVA DA RECUSA NA REALIZAÇÃO DO TESTE DE DNA NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE 291

Clara Alice Gonçalves de Almeida

GRANDES DESASTRES NATURAIS E O LIMITE PUNITIVO PARA OS CRIMES AMBIENTAIS 306

Cristiane Rodrigues

A IMPORTÂNCIA DAS ELEIÇÕES PARA O PROVIMENTO DOS CARGOS DE DIREÇÃO NAS ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS DO RIO DE JANEIRO 321

Daniel Emiliano Saramago Fernandes

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA LEGITIMIDADE SOCIAL..... 337

Daniele Rodriguez Vallado

ADOÇÃO TARDIA: O AMOR TEM PRAZO DE VALIDADE? DESCONSTRUINDO (PRÉ) CONCEITOS..... 352

Felipe Firmida de Oliveira

ANÁLISE SOBRE A (IN)EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO QUE VISA A SUPRIR OMISSÃO LEGISLATIVA DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS 367

Fernando Felipe Bourguy de Medeiros

A LIBERDADE DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ESTADUAL NA ESPECIALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO PELA FIXAÇÃO DE NOVAS REGRAS DE COMPETÊNCIA MATERIAL 380

Gabriela Pisani Medina

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA ANÁLISE CRÍTICA400

Gabriela Soares Cavalcanti

O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SUA CONSECUÇÃO NO BRASIL: A PROBLEMÁTICA DA VIABILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UMA CONSTITUIÇÃO MERAMENTE ILUSTRATIVA 417

Isabela Fonseca Pereira do Vale

AS MUDANÇAS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL 431



Isadora Calazans Eira

INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES JUDICIAIS: A PRESERVAÇÃO DO DIREITO NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE QUE JÁ CONDENOU 450

Jaisah Sorage Farah

A ESTRUTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO: UMA REFLEXÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 467

Juliana Alvarenga Luz

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO DE GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS DO PRESO PROVISÓRIO..... 488

Késia Rodrigues Alves

O CONFLITO ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A IMPOSIÇÃO DE DEVERES ÀS ESCOLAS PRIVADAS NA INCLUSÃO DA CRIANÇA COM DEFICIÊNCIA 506

Laíla Antonia Olinda de Magalhães Nascimento Santos

O PRINCÍPIO DA BANDEIRA NO DIREITO BRASILEIRO: A DERROGAÇÃO DO CÓDIGO PENAL PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR..... 522

Laura Bretas Lessa

A CONSTITUCIONALIDADE DA TRAMITAÇÃO DIRETA DE INQUÉRITOS POLICIAIS ENTRE AS DELEGACIAS E O MINISTÉRIO PÚBLICO..... 538

Laura Pinto de Lucca Abelha Guilhermino

A ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE: REQUISITO OU ELEMENTO QUALIFICADOR DA POSSE 551

Luciana Quintanilha Pessôa

O PATERNALISMO JURÍDICO RÍGIDO COMO ASPECTO DESLEGITIMADOR DA TEORIA DO BEM JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 567

Luciana Soares Monteiro

A FRAGILIDADE DA PROVA EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO 580

A LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO DO ICMS INCIDENTE SOBRE DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA PARA PROPOR AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Alden Barretto Furtado da Rocha

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado

Resumo: a base de cálculo do ICMS incidente sobre os contratos de demanda reservada de energia elétrica é composta pelo valor da energia efetivamente consumida e da potência efetivamente utilizada, sendo indevida a incidência sobre o valor do contrato de fornecimento de energia elétrica. Havendo cobrança indevida de tributo, é cabível a repetição do indébito tributário. Como regra, somente o contribuinte de direito possui legitimidade para propor a repetição. O presente trabalho busca demonstrar que a situação do contribuinte de fato do ICMS incidente sobre a demanda reservada de energia elétrica constitui uma exceção à essa regra, sendo possível a legitimação do contribuinte de fato nestes casos.

Palavras-chave: Direito Tributário. Contribuinte de Fato. ICMS. Demanda Contratada de Energia Elétrica. Repetição de Indébito. Legitimidade *ad causam*.

Síntese: Introdução. 1. Contratos de Demanda Reservada de Energia Elétrica. 2. O ICMS Incidente nas Operações de Demanda Reservada de Energia Elétrica. 3. Contribuintes de direito e de fato do ICMS. 4. Legitimidade *Ad Causam* para Propositura de Ação de Repetição de Indébito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a legitimidade ativa do contribuinte de fato de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços incidente sobre contratos de demanda reservada de energia elétrica para propor ação de repetição de indébito tributário. Procura-se demonstrar que há legitimidade do contribuinte de fato para tal ação, porém é necessário diferenciar as relações tributárias que o legitimam daquelas que não o legitimam.

Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais e a evolução histórica dos institutos jurídicos envolvidos, de modo que se discuta a legitimidade do contribuinte de fato nas relações jurídicas regidas por normas de Direito Administrativo e nas relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Código Tributário Nacional estabelece, em seu artigo 166, que somente o contribuinte de direito possui legitimidade ativa para propor a repetição de indébitos. Por ter sido editado em 1966, o CTN não poderia prever as relações jurídicas decorrentes da industrialização do país, havendo necessidade de interpretá-lo sob a ótica da Constituição



Federal de 1988 e do novo modelo de administração pública, o que favorece as seguintes reflexões: existe diferença entre contribuinte de fato de imposto cuja relação tributária decorra de prestação de serviço regida pelo Código de Defesa do Consumidor e contribuinte de fato cujo fato impositivo decorra de prestação de serviço público concedido, regido por normas de Direito Administrativo? Se sim, o contribuinte de ICMS incidente nos contratos de demanda reservada de energia elétrica é legitimado ativo para propiciar repetição de indébito?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os conceitos de contribuinte de direito e contribuinte de fato e compreender como tais conceitos devem ser interpretados sob a ótica da Constituição Federal de 1988, sobretudo em relação a garantia de acesso à justiça e a função social da propriedade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as questões técnicas relativas ao contrato de demanda contratada de energia elétrica, com o objetivo de apontar sua necessidade, características e questões jurídicas relevantes sobre energia elétrica.

O segundo capítulo destina-se a analisar o ICMS incidente sobre o serviço de fornecimento de energia elétrica para os consumidores que celebraram contrato de reserva de demanda, com o intuito de demonstrar o limite da base de cálculo do imposto e a necessidade de repetição dos valores recolhidos a maior.

O terceiro capítulo busca diferenciar as relações jurídicas que dão causa ao fato gerador do ICMS, a fim de demonstrar que, em determinadas relações jurídicas regidas por normas de Direito Administrativo, a repercussão econômica do imposto é determinada por lei, sendo os valores da exação utilizados para cálculo da tarifa do serviço público concedido.

O quarto capítulo pesquisa a condição jurídica do concessionário e do consumidor nos casos em que a repercussão econômica do imposto é prevista em lei, como o ICMS incidente sobre contratos de demanda reservada de energia elétrica, a fim de demonstrar que em tais casos, há legitimidade ativa do contribuinte de fato.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. CONTRATOS DE DEMANDA RESERVADA DE ENERGIA ELÉTRICA

Para a compreensão do objeto dos Contratos de Demanda Reservada de Energia Elétrica é necessário o conhecimento do conceito de potência elétrica e sua diferença em relação à quantidade de energia.

Conforme explica João Luiz Amorim¹,

[...] potência é um atributo da energia elétrica relacionado, não propriamente com a quantidade consumida, mas com a intensidade do consumo no tempo. Na definição técnica da Resolução Aneel 456/2000 (que estabelece as “condições gerais de fornecimento de energia elétrica”), potência é a “quantidade de energia elétrica solicitada na unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW)” (art. 2º, XXVII). A potência elétrica, portanto, é componente essencial e inseparável da operação de consumo de energia. Com efeito, o consumo se dá, invariavelmente, em certa quantidade de energia, medida e expressa em unidades de quilowatts-hora (kWh) (Resolução Aneel 456/2000, art. 2º, XII) e com certa intensidade no tempo, o que demanda energia com a correspondente potência elétrica, medida e expressa em quilowatts (kW).

Dessa forma, o que determina a quantidade e a potência no consumo de energia elétrica é a necessidade da unidade consumidora. Consumidores residenciais, por exemplo, não necessitam de grande quantidade de energia elétrica em grande intensidade, em oposição a indústrias e empresas, que precisam de grandes quantidades de energia e potência.

Em razão das diferenças entre as necessidades energéticas das unidades consumidoras, o Decreto n. 62.724/68², que estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, diferenciou, em seu artigo 2º³, os consumidores, separando-os em dois grupos: no Grupo A, aqueles ligados em tensão igual ou superior a 2.300 volts; no Grupo B, aqueles ligados em tensão inferior.

Em seu artigo 11⁴, o aludido Decreto prevê que, aos clientes do Grupo A, serão aplicadas tarifas binômias com um componente referente à quantidade efetivamente consumida e outro referente à demanda.

O mesmo Decreto n. 62.724/68 dispõe, em seu artigo 9º⁵, que “o fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras do Grupo A (...) deverá ser realizado mediante a celebração de contrato entre o concessionário (...) e o respectivo consumidor [...]”. Assim, o

¹ AMORIM, João Luiz. *JCSIS: questões controvertidas (doutrina e jurisprudência)*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009. p.70.

² BRASIL. Decreto 62.724, de 17 de maio de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D62724compilada.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*



fornecimento para grandes consumidores de energia elétrica em alta tensão é realizado mediante celebração de contrato entre tais consumidores e as empresas fornecedoras.

A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia - MME, que tem como algumas de suas atribuições regular e fiscalizar a transmissão, distribuição e a comercialização da energia elétrica, regulamentou através de sua Resolução Normativa n. 414⁶ de setembro de 2010, as condições gerais de fornecimento de energia elétrica. Dentre as diversas condições regulamentadas por tal Resolução, importam para o presente estudo as cláusulas necessárias aos contratos de fornecimento de energia para os consumidores do Grupo A, dispostas em seu artigo 63.

No dispositivo legal supracitado, destaca-se a cláusula prevista no inciso VIII⁷, que determina a especificação da demanda contratada e, quando cabível, o posto horário. Isso porque a empresa precisa se preparar para realização do fornecimento de energia elétrica de acordo com as necessidades dos consumidores, sobretudo os grandes consumidores do Grupo A e, para tal, precisa saber os horários de maior e menor utilização da energia, a fim de distribuí-la em sua rede.

Por conseguinte, tem-se que, além do caráter compensatório do elemento da demanda, existem também os aspectos de racionalização do uso da rede elétrica da empresa fornecedora de energia elétrica e a garantia de um fornecimento ininterrupto para o consumidor.

Superados os aspectos técnicos dos Contratos de Demanda Reservada de Energia Elétrica, é possível o início do estudo sobre suas características.

É possível classificar os bens móveis em dois grupos distintos: os móveis por natureza e os considerados móveis por determinação legal, como é o caso da energia elétrica. O Código Penal de 1940 equiparou a energia elétrica à coisa móvel no §3º do artigo 155⁸, referente ao furto. Da mesma forma, o Código Civil de 2002 considerou, em seu artigo 83, I⁹, ser a energia elétrica um bem móvel.

Ensina Caio Mário da Silva Pereira¹⁰ que a "compra e venda é um contrato em que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra pessoa (comprador) o domínio de uma

⁶ BRASIL. Resolução Normativa 414 Anel, de 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/res20100414.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

⁷ *Ibid.*

⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

⁹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. V. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 172-173.



coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de certo preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente”.

O contrato de compra e venda possui, ainda de acordo com Caio Mário, duas fases: a celebração do contrato, que cria a obrigação de entregar a coisa e a transferência real da coisa que ocorre com a tradição, e é o momento de execução do contrato¹¹.

Tem-se, assim, que contrato de compra e venda não é o suficiente para a transferir a propriedade da coisa, devendo, para tal, ser realizada a tradição do bem.

Os contratos de demanda reservada de energia elétrica se enquadram na forma da compra e venda. A energia elétrica, conforme dito anteriormente, é considerada coisa móvel. Com o contrato, a concessionária se compromete a fornecer uma quantidade devida de energia em determinada potência e o cliente se compromete a pagar o valor combinado por essa energia.

A peculiaridade desse tipo de contrato é notada pelo fato de ser considerado cumprido mesmo que o comprador não utilize toda a energia a ele disponibilizada. Isso ocorre por uma característica singular da energia elétrica, que é sua impossibilidade de armazenamento. Nas palavras de Roque Antonio Carrazza¹²,

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

(—)

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende, ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estoqueado”, para ulterior revenda aos interessados [...]

O presente capítulo demonstrou que potência e quantidade de energia são conceitos distintos e que, dependendo da necessidade de potência, determinados clientes deverão celebrar um contrato de demanda reservada de potência. Além disso, foi explicitado que a energia elétrica é considerada um bem móvel, uma mercadoria e seu fornecimento se dá na forma de um contrato atípico de compra e venda, onde não há a necessidade da tradição do bem para considerá-lo cumprido. Passo agora ao estudo das características gerais do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

¹¹ *Ibid*.

¹² CARRAZZA, Roque Antonio, *FCMS 12*, ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.242-243.



2. A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS NOS CONTRATOS DE DEMANDA RESERVADA DE ENERGIA ELÉTRICA

Compreendidas as peculiaridades dos contratos de fornecimento de energia elétrica para unidades consumidoras do Grupo A, faz-se necessária a análise da incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias nos contratos de demanda reservada de potência elétrica.

Amalzar de Araújo Falcão¹³ conceitua o fato gerador como “o fato, o conjunto de fatos ou o estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado.” O fato gerador deverá ter previsão legal e ser um fato econômico de relevância jurídica.

Conforme dispõe o artigo 155, II¹⁴ da Constituição da República Federativa do Brasil, compete à União aos Estados instituírem impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Assim, a hipótese de incidência do ICMS é a circulação de mercadorias.

Importante salientar que a circulação de mercadorias que constitui a hipótese de incidência do ICMS não é a simples movimentação física de bens móveis. É necessária, para a configuração da hipótese de incidência de tal imposto, a existência de circulação jurídica que envolva transmissão de titularidade da mercadoria, que pode ser conceituada como bem móvel sujeito à mercancia.

Somente considerar-se-á ocorrido o fato impositivo do ICMS no momento em que for realizada uma circulação jurídica que envolva a transmissão de titularidade de mercadoria. Se ausente qualquer um desses elementos, não haverá fato impositivo capaz de fazer nascer uma obrigação tributária.

Conforme ensina Roque Antônio Carrazza¹⁵,

Em termos sintéticos, podemos concluir, (...) que a materialidade (o núcleo) da hipótese de incidência do ICMS deve ser – porque assim o exige a Carta Constitucional – o ato de realizar operações (negócios jurídicos) mercantis. O ICMS é, portanto, um tributo que incide sobre o negócio jurídico (realizado por comerciante, industrial produtor ou assemblador) ensejador da transferência de uma mercadoria[...]

Após compreendido o fato gerador do ICMS, é praxe a análise da base de cálculo do tributo.

¹³ FALCÃO, Amalzar de Araújo. *Fato gerador de obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Pioneiras, 1964, p. 13.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 mar. 2017.

¹⁵ CARAZZA, op. cit., p.242-243.

Base de cálculo de um tributo é sua expressão econômica, é uma ordem de grandeza utilizada para medir o fato gerador e realizar o cálculo do crédito tributário a ser recolhido. Assim, a base de cálculo do tributo deve, necessariamente, guardar relação com seu fato gerador¹⁶. A correlação entre fato gerador e base de cálculo é, segundo Roque Antonio Carrazza¹⁷, uma garantia do contribuinte, uma vez que a falta de coerência entre ambos torna o imposto incobrável.

De acordo com Ricardo Lobo Torres¹⁸, a base de cálculo de um tributo pode ser expressa por grandezas numéricas ou por seu valor monetário. No segundo caso, esse valor monetário poderá representar o valor do bem – venal, fundiário ou locativo – ou seu preço.

Sendo o ICMS um imposto sobre circulação de mercadoria, sua base de cálculo será expressa por seu valor monetário que, no caso, será o valor da operação mercantil que resultou na troca de titularidade do bem.

Como energia elétrica é considerada mercadoria pelo ordenamento jurídico brasileiro, incidirá ICMS sobre operações que envolverem circulação jurídica com transmissão da titularidade da energia elétrica.

Note-se que o fato gerador do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica é idêntico aos demais casos de circulação de mercadoria. No caso da energia elétrica, será considerada havida troca de titularidade quando a energia ultrapassar o ponto de entrega, definido pelo art. 14¹⁹ da Resolução 414 da ANEEL como a conexão entre o sistema elétrico da distribuidora com a unidade consumidora. Dessa forma, somente haverá transmissão da titularidade e, conseqüentemente, o fato impositivo, quando a energia elétrica ultrapassar o ponto de entrega.

Assim sendo, como a base de cálculo do tributo deve guardar relação com seu fato gerador, o valor da operação será o valor da tarifa equivalente a demanda de potência efetivamente utilizada – que saiu da rede de distribuição e ingressou na unidade consumidora pelo ponto de entrega –, e não o valor da tarifa equivalente ao contrato celebrado.

No mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 960.476²⁰, julgado em 11 de março de 2009, considerando indevida a incidência do ICMS

¹⁶ FALCÃO, op. cit., p. 155-156.

¹⁷ CARRAZZA, op. cit., p. 89-90.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 255-256.

¹⁹ BRASIL. Resolução Normativa 414 Aneel, de 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/res2010414.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 960.476/SC*. Relator Ministro THORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJe 13/05/2009. Acesso em: 06 mar. 2017.



sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada e não utilizada. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência asentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa".

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cuja fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 458/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

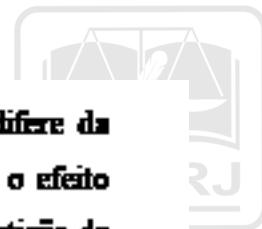
4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

O presente capítulo demonstrou que a base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica decorrente de contrato de demanda reservada de potência é composta apenas pela tarifa equivalente a demanda de potência efetivamente utilizada, sendo indevida a incidência sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada e não utilizada. Havendo cobrança indevida de tributo, nasce o direito à repetição de indébito.

3. A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE CONTRIBUINTE DE FATO E CONTRIBUINTE DE DIREITO E A LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOR AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Demonstrada a existência de recolhimento indevido do ICMS nos contratos de demanda reservada de potência elétrica, cabe a análise da repercussão econômica do Imposto



sobre Circulação de Mercadorias, de como a relação jurídica entre particulares difere da relação jurídica em que uma das partes é concessionária de serviço público e qual o efeito dessa diferença sobre a legitimidade do contribuinte de fato para propor ação de repetição de indébito.

O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços é considerado um imposto indireto, uma vez que o contribuinte de direito transfere o ônus financeiro para terceiro alheio à relação jurídica tributária. Esta transferência é denominada repercussão econômica do tributo, que tem como uma de suas consequências o surgimento da figura do contribuinte de fato, que é aquele que suporta o encargo financeiro do tributo.

A repercussão econômica do ICMS está prevista no artigo 13, §1º, I da Lei Complementar 87/96²¹, no qual há a determinação de que o montante do próprio imposto integrará a base de cálculo, sendo o seu destaque mera indicação para fins de controle.

Nos contratos de demanda reservada de potência, via de regra, a pessoa física ou jurídica responsável pela unidade de consumo do Grupo A também é consumidora final do fornecimento de energia elétrica, suportando a repercussão econômica do ICMS incidente sobre esta operação. Nesses casos, considera-se a concessionária que presta o fornecimento de energia elétrica como contribuinte de direito, pois é quem possui relação jurídica tributária com a pessoa jurídica de direito público com legitimidade ativa para cobrar o imposto.

Via de regra, a circulação de mercadoria que envolve transmissão de titularidade é regida pelas regras do Direito Civil, em especial pelo Código Civil e Pelo Código de Defesa do Consumidor. Nestas relações o consumidor pode escolher dentre diversos fornecedores, priorizando aquele que melhor atende suas demandas, sejam elas relacionadas ao preço das mercadorias, às condições de entrega ou de pagamento, à qualidade.

Há casos, porém, que tais operações são reguladas pelo Direito Administrativo, como nos casos de delegação de serviço público, seja na modalidade concessão ou na modalidade permissão. Conforme dispõe o art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil²², o poder público poderá delegar a prestação dos serviços públicos e lei disporá sobre o regime das empresas, disposições contratuais, direitos dos usuários, política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado. As leis 8987/95 e 9074/95 dispõem sobre os regimes de delegação da prestação de serviço público.

²¹ BRASIL. Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017



Conforme definição de José dos Santos Carvalho Filho²³, monopólio estatal é a “atribuição conferida ao Estado para o desempenho exclusivo de certa atividade do domínio econômico, tendo em vista as exigências de interesse público”, que tem natureza jurídica de atuação interventiva do Estado em algum setor da economia ou da ordem social e afasta o particular de exercer a mesma atividade. Carvalho Filho²⁴, citando Hely Lopes Meirelles, afirma que quando o monopólio do Estado é delegado para outra pessoa, passa a existir o privilégio.

Nos casos de delegação de prestação de serviço público em que há monopólio estatal é comum o surgimento de monopólios ou oligopólios. Os monopólios se caracterizam por somente uma empresa deter o mercado de fornecimento de um produto ou serviço. Já nos oligopólios, tal mercado concentra-se na mão de poucas empresas. Estes monopólios e oligopólios na prestação de serviços públicos delegados decorrem, sobretudo, da proteção legal – sobretudo a existência do monopólio estatal – e do elevado investimento necessário para exploração de tais serviços.

Tem-se, então, duas características dos serviços públicos delegados que afetam diretamente a relação jurídica entre concessionário e usuário: os monopólios, que impedem ou dificultam que o usuário busque a prestação de serviço por outro fornecedor que ofereça condições mais favoráveis; e a incidência das normas de direito administrativo, que preveem política tarifária, os direitos dos usuários, a qualidade mínima do serviço.

O Código Tributário Nacional²⁵ prevê em seu artigo 165, I que o sujeito passivo tem direito à restituição do tributo nos casos em que há cobrança ou pagamento de tributo indevido. O artigo 166 dispõe prevê restrições a este direito nos casos em que há transferência do encargo econômico, somente autorizando a restituição ao sujeito passivo que comprove ter assumido o referido encargo financeiro ou que esteja expressamente autorizado pela pessoa a quem o transferiu.

Como regra, então, somente o contribuinte de direito – que possui relação jurídico tributária com o ente tributante – teria direito a repetição de indébito tributário, sob a condição de comprovar que que não houve a repercussão econômica do tributo ou, caso tal repercussão tenha ocorrido, que está expressamente autorizado pela pessoa que efetivamente suportou o encargo financeiro.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 857.

²⁴ MEIRELLES, apud CARVALHO FILHO, José dos Santos, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 858.

²⁵ BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017

Além disso, os artigos 121 e 122 do CTN dispõem que o sujeito passivo da obrigação tributária é aquele obrigado ao pagamento do tributo ou da multa e que convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública à fim de modificar a definição de sujeito passivo da obrigação tributária.

O Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre o tema ao julgar o Recurso Especial 903.394/AL²⁶, sob o regime dos recursos repetitivos, e decidiu que os contribuintes de fato de impostos indiretos não possuem legitimidade *ad causam* para propor repetição de indébito em razão de não possuírem relação jurídica com o ente tributante, porém poderiam exigir do contribuinte de direito a restituição dos valores em virtude da relação jurídica existente entre eles, desde que já recuperado por este o indébito.

Para aqueles contribuintes de fato que têm a possibilidade de escolha de seus fornecedores, tal decisão não representa a impossibilidade de reaver os valores indevidamente recolhidos, uma vez que tais fornecedores – contribuintes de direito – atuam em mercado em que há concorrência. Dessa forma, se um fornecedor não busca a repetição de indébito, haverá outro que o fará, sendo possível que o contribuinte de fato passe a realizar seus negócios com esse em detrimento daquele.

A situação do contribuinte de fato de imposto incidente sobre fornecimento de serviço de energia elétrica é diferente, pois só há a possibilidade de celebração de contrato com empresas concessionárias de serviço público, em virtude do monopólio estatal do fornecimento de energia elétrica. Assim, o contribuinte de direito é sociedade que depende de sua relação com o Estado para exercer sua atividade, e o faz sem que haja concorrência. Dessa forma, o fornecedor de energia elétrica não possui qualquer incentivo para buscar a repetição dos tributos indevidamente cobrados, pois o consumidor não possui outra opção para o fornecimento de energia elétrica.

Constatando essa situação, a Primeira Seção do STJ decidiu, ao julgar o Recurso Especial 1.299.303/SC²⁷, que o contribuinte de fato de tributo indireto incidente sobre fornecimento de energia elétrica possui legitimidade *ad causam* para propor repetição de indébito tributário:

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 903.394/AL*. Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 26/04/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?time=LBGITIMIDADE+B+REPETITIVO%7%30+B+CONTRIBUINTE+B+FATO&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=5>>

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.299.303/SC*. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, DJe 14/08/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?time=LBGITIMIDADE+B+REPETITIVO%7%30+B+CONTRIBUINTE+B+FATO&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=1>. Acesso em: 20 mar. 2017



RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

- Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afetar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

- O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidoras de bebidas, não se aplica ao caso de fornecimento de energia elétrica.

Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art.543-C do Código de Processo Civil.

Assim, a Primeira Seção do STJ afastou a aplicação de sua jurisprudência anterior para os casos em que o contribuinte de fato propõe repetição de indébito decorrente de ICMS incidente sobre demanda contratada de energia elétrica, passando a considerá-lo como legitimado ativo para propor esse tipo de ação.

O presente capítulo demonstrou como as relações jurídicas entre pessoas jurídicas de direito privado em que há incidência de normas do Direito Administrativo diferem daquelas em que há somente a incidência de normas de Direito Civil e como tal distinção afeta a legitimidade ativa do contribuinte de fato de ICMS incidente sobre demanda de energia elétrica para propor ação de repetição de indébito.

CONCLUSÃO

Em que pese o disposto expressamente nos artigos 121, 122, 165 e 166 do Código Tributário Nacional, determinando o conceito de sujeito passivo da relação tributária e a legitimidade ativa exclusiva do contribuinte de direito para propositura da ação de repetição de indébito, a realidade dos fatos impõe a necessidade de reconhecimento de uma exceção à regra da legitimidade ativa.

A concessão de serviço público em que há monopólio estatal – como é o caso do serviço de fornecimento de energia elétrica – implica incidência de regras de Direito Administrativo às relações entre particulares, no caso entre concessionária e consumidor. Essas regras de Direito Administrativo impõem valores tarifários, qualidade mínima do serviço e direito dos usuários à estas relações.



Em razão de ser o fornecimento de energia uma atividade em que há monopólio estatal, logo particulares só podem realizá-la mediante concessão, e que tal atividade demanda enorme investimento, praticamente não existe concorrência entre as distribuidoras de energia elétrica. Além disso, a concessionária possui garantia de que a tarifa do serviço será reajustada caso haja aumento de qualquer imposto, salvo o incidente sobre a renda, conforme art. 9º, §3º da Lei 8987/95.

Dessa forma, a concessionária de serviço de fornecimento de energia elétrica não possui qualquer incentivo para se insurgir contra qualquer cobrança de impostos, já que poderá simplesmente repercutir o encargo financeiro para o consumidor, sem correr o risco de perder clientes, já que a concorrência é inexistente ou muito pequena.

É necessário que se reconheça a legitimidade ativa do contribuinte de fato do ICMS incidente sobre demanda contratada de energia elétrica, a fim de evitar que o Estado se locuplete com a cobrança ilegal de tributos e que se viole a garantia constitucional do acesso à justiça, insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, é necessário que se reconheça a legitimidade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, João Luiz. *ICMS: questões controvertidas (doutrina e jurisprudência)*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 mar. 2017.

_____. Decreto 62.724, de 17 de maio de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D62724compilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LS172.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017



_____. Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 960.478/SC. Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJe 13/05/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 903.394/AL. Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 26/04/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=LEGITIMIDADE+E+REPETT%C7%C3O+E+CONTRIBUINTE+E+FATO&repetitivos=REPETTIVOS&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.299.303/SC. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, DJe 14/08/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=LEGITIMIDADE+E+REPETT%C7%C3O+E+CONTRIBUINTE+E+FATO&repetitivos=REPETTIVOS&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>

_____. Resolução Normativa 414 Aneel, de 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio, ICMS. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Finanças, 1964.

MEIRELLES, apud CARVALHO FILHO, José dos Santos, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. V. 3. 12. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2010.



MECANISMOS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE DESTINADA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE – ASPECTOS DA RESOLUÇÃO 163/14 DO CONANDA

Alessandra Oliveira de Mendonça

Graduada pelo Centro Universitário Bennett.
Advogada Pós – graduada em Direitos do Consumidor
pela UNESA

Resumo – A publicidade destinada às crianças e aos adolescentes necessita do controle estatal. Por ser um direito previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, cláusula pétrea, a defesa do consumidor permite a ampliação das garantias ao consumidor, com a criação de legislações e resoluções específicas. E a peculiar hipostuficiência das crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, exige uma maior proteção por parte do Poder Público. A constatação dos efeitos da publicidade no comportamento das crianças e adolescentes já vem preocupando diversos setores da sociedade, exigindo uma resposta legal. Assim, a Resolução 163/14 do Conanda apresenta-se legítima e constitucional, como via a fim de efetivar o princípio da proteção integral, cobrindo e evitando abusos do mercado publicitário, fortalecendo a defesa dos direitos dos hipervulneráveis, servindo como importante instrumento legal na defesa das crianças e adolescentes.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Publicidade infantil. Regulamentação. Conanda.

Sumário – Introdução. 1. 1. Limites à atividade publicitária destinada a crianças em face da livre iniciativa: uma questão de ponderação. 2. A educação dos futuros consumidores: criança consumidora ou criança cidadã? 3. Aspectos da Resolução 163/14 e suas controvérsias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda os mecanismos de proteção da publicidade destinada à criança e ao adolescente. O objetivo é ressaltar a vulnerabilidade específica desse grupo de consumidores e os mecanismos jurídicos utilizados para reforçar a proteção legal trazida pela Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A publicidade envolvendo o universo das crianças e adolescentes é diversificada e multifacetada. Há mídia produzida e pensada para atingir a este público por diversos meios. O



mercado publicitário adota práticas persuasivas valendo-se muitas das vezes da peculiar hipossuficiência da criança, que não consegue distinguir entre o real e o imaginário.

Embora haja a defesa do meio publicitário de que a liberdade de expressão deve preponderar na produção das peças publicitárias, tendo como embasamento legal a garantia fundamental expressa no art. 5º, IX da CRFB/88, defende-se neste trabalho que o setor necessita do controle estatal.

É nesta serra que se enquadra a Resolução 163/14 do Conanda, que proíbe a publicidade direcionada ao público infantil, prática já adotada em diversos países desenvolvidos. A peculiar hipossuficiência deste grupo de consumidores demanda a realização do controle da publicidade por diferentes órgãos, a fim de melhor proteger e resguardar os interesses da criança e do adolescente.

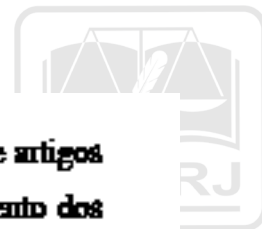
A publicidade influencia na formação dos valores da criança, induzindo à associação entre consumismo e sensação de felicidade. Pesquisas constatarem que a criança influencia a compra de diversos bens de consumo, decidindo na expressiva maioria das vezes, as compras da família. Trata-se de uma situação já constatada pelo mercado publicitário que vê a criança e o adolescente como um público alvo a ser fidelizado.

Esta conduta do mercado publicitário por si só, já retrata a necessidade de uma proteção especial. A análise dos mecanismos jurídicos de proteção às crianças e aos adolescentes, os aspectos e controvérsias acerca da constitucionalidade da Resolução 163/14 do Conanda serão analisados neste artigo.

No primeiro capítulo busca-se a defesa da necessidade de uma peculiar proteção a este grupo de consumidores, *hipervulneráveis*, expressão utilizada pelo Ministro Hermann Benjamin quando do julgamento de publicidade envolvendo produtos alimentícios destinados às crianças. Há a indicação de julgados e o alerta para o risco na formação dos futuros consumidores, que poderão vir a desenvolver uma compulsividade futura, conforme preleciona a psiquista Ana Beatriz Barbosa.

Já no segundo capítulo, defende-se a importância da educação dos consumidores mirins, a fim de que as crianças sejam respeitadas como cidadãos em sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento.

No capítulo terceiro ressalta-se a defesa da importância da Resolução 163/14 do Conanda, norma que amplia a defesa dos direitos das crianças e adolescentes, corroborando para a proteção dos pequenos cidadãos. Analisa-se também posicionamentos contrários, por meio de artigos jurídicos de advogados da área e empresários, como Mauricio de Souza, contrário ao controle da publicidade infantil.



O trabalho tem como fonte de consulta legislações, doutrina, jurisprudências e artigos jurídicos relacionados ao tema. A metodologia utiliza-se da análise do posicionamento dos Operadores do Direito como meio de defesa da imprescindibilidade do controle da publicidade destinada às crianças e adolescentes por meios legais diversos, com enfoque na defesa da competência do Comanda para legislar acerca do tema.

1. LIMITES À ATIVIDADE PUBLICITÁRIA DESTINADA A CRIANÇAS EM FACE DA LIVRE INICIATIVA: UMA QUESTÃO DE PONDERAÇÃO.

O mercado publicitário defende a ausência de controle estatal na produção e veiculação da publicidade tendo como pilares a liberdade de expressão, garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso IX da CRFB/88 e na existência do CONAR – Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

No entanto, embora a liberdade de expressão apresente uma densidade valorativa expressiva, sendo um direito fundamental do cidadão, não há direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, devendo haver ponderações a fim de serem tutelados grupos de pessoas que por suas peculiares características, necessitam de maior proteção legal.

A vulnerabilidade do consumidor é um fato, sendo o princípio norteador de todo o sistema protetivo da Lei 8.078/90, estando expressamente previsto no inciso I do art. 4º do CPDC.¹

Já o conceito de hipossuficiência é atribuído a certos grupos ou categorias de consumidores, dentre os quais estão inseridas as crianças. A hipossuficiência exige do intérprete da lei uma atenção especial, já que demanda a análise de um critério subjetivo, em sintonia às características e peculiaridades inerentes àquele grupo.

A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários.²

A publicidade por essência insere-se no modelo da sociedade atual, com o objetivo de atingir a públicos diversificados por meio das mais variadas formas de expressão. No que concerne à publicidade destinada às crianças e aos adolescentes, categoria hoje intitulada pela

¹ _____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017.

²BERNARDINI, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Ter. rev. 3ª ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense Universitária, 2001, p.303.



doutrina como *hipervulneráveis*, a publicidade é peça fundamental para propagar e difundir valores, atuando no inconsciente da criança e corroborando para a formação de seu comportamento.

Por ser um indivíduo em formação, pessoa com até doze anos de idade incompletos, conforme dispõe o art. 2º da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente³, a criança entende a peça publicitária como uma verdade absoluta. Neste sentido, o direcionamento da publicidade para a criança por si só, já traz em si uma abusividade, uma vez que o público infantil não dispõe dos meios cognitivos a fim de discernir acerca do certo e errado, não tendo o senso crítico formado, já que até os oito anos de idade, a criança mistura a fantasia e a realidade.

A hipervulnerabilidade deste grupo de consumidores exige do legislador mecanismos de controle que potencializem a proteção trazida pela Lei 8.078/90. Por ser a defesa do consumidor garantia fundamental do cidadão, conforme previsão constitucional do art. 5º, inciso XXXII⁴ e norma de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 1º do Codecon, a diversificação dos mecanismos de tutela corroboram para o fortalecimento da defesa da criança e do adolescente.

A publicidade abusiva é vedada expressamente em nossa legislação, por meio do art. 37, §2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90⁵. Porém, a peculiar hipossuficiência da criança e do adolescente, exigem do legislador um maior cuidado e a elaboração de mecanismos de defesa diversificados a fim de garantir com absoluta prioridade, em respeito ao comando legal inserto no art. 227 da CRFB/88, a proteção da criança e do adolescente.

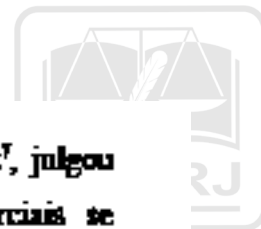
Nesse sentido, a proteção administrativa realizada pelo Conar apresenta-se insatisfatória. Dois comerciais veiculados na TV em março de 1991 e aprovados pelo Órgão, foram posteriormente objeto de uma ação civil pública, com base no art. 37, § 2º, do CDC, processo nº 01191112364, que tramitou na 7ª Vara Cível de Porto Alegre, tendo o Conar também como réu.⁶

³BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/leis/L8069.htm>. Acesso em 04 jun. 2017.

⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 19 jul. 2017.

⁵BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/leis/L8078.htm>. Acesso em 04 jun. 2017.

⁶_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº 01191112364. Juiz: Wilson Carlos Rodycz. Disponível em: <<http://www.1tjrs.jus.br/basca/?b=proc>>. Acesso em: 12 jul. 2017.



A sentença, prolatada pelo M. Juiz de Direito, Dr. Wilson Carlos Rodycz⁷, julgou procedente o pedido, fundamentando que a mensagem subjacente nos comerciais se configuraria numa versão infantilizada da tristemente famosa “Lei de Gerson”, ou ainda da teoria de que “os fins justificam os meios”, pois é isto que representa a apresentação de atividades ilícitas exitosas, sem qualquer reprovação, pelo contrário, apresentadas como modelo possível.

Na sentença, o magistrado fez uso do parecer ministerial, justificando que: “se tais fatos tivessem ocorrido na vida real, certamente que configurariam condutas criminosas definidas no Código Penal.”⁸

Em decisão nos autos do REsp 1558.086/ SP⁹, a 2ª Turma do STJ, proibiu a publicidade de alimentos dirigida às crianças. Na publicidade intitulada “É hora de Shrek”, por meio da apresentação de 5 embalagens dos produtos Gulosos, acrescido do pagamento de R\$ 5,00 (cinco reais), a criança “receberia de brinde”, um relógio com os personagens do Shrek.

O julgamento ocorreu em 10 de março de 2016, sendo considerado um caso paradigmático pelo Min. Herman Benjamin¹⁰, que se manifestou pela dupla abusividade da publicidade: por ser dirigida à criança e no que tange a produtos alimentícios e aqui, ao contrário do que foi dito na tribuna, não se trata de paternalismo sufocante, nem de moralismo demais, é ao contrário, reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais.

Nos dizeres do Ministro¹¹, “nenhuma empresa comercial ou outras que não tenham o interesse comercial direto têm o direito constitucional assegurado de tolher a autoridade e o bom senso dos pais. Os fornecedores não podem dirigir esses anúncios às crianças. É uma aberração jurídica, pois a criança não tem o consentimento jurídico capaz de completar o negócio jurídico, mas tem o poder de persuadir os pais, seja no supermercado ou fora, podendo inclusive vir a praticar ou sofrer bullying de outras crianças.

⁷ RODYCZ, Wilson Carlos. *Publicidade abusiva: um caso concreto*. Disponível em: <http://www.anpma.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281281714.pdf>. Acesso em 23 mai 2017

⁸ *Ibid.*, 247

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1558.086. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <http://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?Componente=ATC&sequencial=58199082&num_registro=201500615780&data=20160415&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 19 jul 2017.

¹⁰ MICALHAS. *Julgamento histórico: STJ proíbe publicidade dirigida às crianças*. Disponível em: <http://www.micalhas.com.br/Questoes/17_MI235576_101048>

Julgamento+historico+STJ+proibe+publicidade+dirigida+as+criancas>. Acesso em 04 jun 2017.

¹¹ *Ibid.*



O Ministro¹² faz ainda alusão ao nome da linha de produtos, intitulada “Gulosos”, em um momento em que há uma crise de obesidade que vem assolando as crianças.

Rechaça por fim, o argumento da Bandicco¹³ de que milhares de outros anúncios são feitos e de que não houve nenhuma reclamação por parte dos consumidores. Segundo o Ministro Herman Benjamin, “alegações desprovidas de embasamento legal, pois o CDC não adota um sistema de infração de resultado. Basta a justiça em si mesma para caracterizar a infração”.

A hipótese é de venda casada. Não há dúvida de que houve a venda casada. Foram duas práticas abusivas: 37, §2º e 39, I do CDC.

No entanto, nem sempre os Tribunais atuam de forma a tutelar os interesses da criança. A 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Cível 0018234-17.2013.8.26.0053, julgado em 29.07.2015, “que anulou a multa imposta pelo Procon-SP, de mais de 3 milhões de reais, sobre a empresa Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (Mc Donald’s), sobre a ilegalidade da estratégia conhecida como Melancho Feliz. Dentre os principais argumentos do acórdão, é mencionado que “a sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista¹⁴”, bem como que “cabe à família o poder-dever da boa educação dos filhos”, não cabendo ao Estado sobrepor-se às obrigações primárias do ente familiar.”

O tempo de permanência das crianças e adolescentes em frente à televisão vem crescendo em média 52 minutos a cada dez anos¹⁵, o que retrata a necessidade de controle estatal.¹⁶

O controle estatal da publicidade destinada às crianças e aos adolescentes torna-se necessário e urgente em decorrência do perfil da sociedade pós-moderna: os pais a cada dia permanecem por períodos mais longos fora de casa, em decorrência do excessivo volume de trabalho e do trânsito caótico nas grandes cidades, reflexos do cotidiano de nossos dias.

A publicidade tem o poder de atuar no imaginário infantil de forma avassaladora, impondo valores estruturados do ‘ter para ser’ que refletirão diretamente no comportamento da criança e do adolescente.

Muitas dessas crianças e adolescentes poderão vir a ser adultos consumistas ou até mesmo compulsivos. A psiquiatra Ana Beatriz Barbosa, faz um alerta:

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 24, vol.102, nov-dez. 2015, p.314-315

¹⁵ EBC. *Criança e Consumo*. Disponível em <http://www.ebc.com.br/infantil/pais-pais/2015/06/tempo-de-criancas-e-adolescentes-assistindo-tv-aumenta-em-10-anos>. Acesso em: 23 mai. 2017.

¹⁶ Discorde-se do posicionamento adotado pelo Tribunal Paulista. As crianças e adolescentes brasileiros têm permanecido por longas horas em frente à televisão.



As analogias utilizadas em grande parte dos comerciais não são interpretadas pela criança dessa forma, mas como verdades absolutas. Quando vê em um anúncio que um biscoito recheado é capaz de lhe trazer felicidade, ela realmente acredita nisso e nunca pensará em questionar a qualidade do produto anunciado. Poucas crianças conseguem perceber precocemente que determinada margarina não conseguirá reunir a família no café da manhã, que o cereal “X” não a tornará forte como um leão ou que o leite da marca tal não é capaz de fazê-la crescer mais. A criança delas acredita em tudo que é apresentado com cores bonitas e efeitos especiais, capazes de atrair o mundo encantado dos sonhos infantis.¹⁷

A formação dos futuros consumidores requer o respeito à deficiência de julgamento da criança, situação que exige um maior controle da publicidade desenvolvida, em respeito ao princípio constitucional da proteção integral, bem como da dignidade da pessoa humana, previstos em nossa carta Constitucional, nos artigos 227 e inciso III do art. 1º.¹⁸

A proteção à criança vem prevista ainda em diversas legislações internacionais das quais o Brasil é signatário. A Convenção dos Direitos da Criança da ONU, promulgada em 20 de novembro de 1989, por meio do Decreto 9.9710, de 21 de novembro de 1990, dispõe em seu preâmbulo expressamente que: “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.”¹⁹

2. A EDUCAÇÃO DOS FUTUROS CONSUMIDORES: CRIANÇA CONSUMIDORA OU CRIANÇA CIDADÃ?

A educação dos consumidores mirins é fundamental para a proteção desse grupo, hipervulnerável diante dos apelos do mercado publicitário. Afinal, “as maiores vítimas da propaganda antiética são as crianças, porque elas ainda acreditam no que se fala em propaganda”.²⁰

¹⁷SILVA apud MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 24, vol.102, nov-dez. 2015, p.309.

¹⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2017.

¹⁹BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 30 mai. 2017.

²⁰IMCBERDORF apud BENJAMIN et al. op. cit., 2001, p. 304.



O art. 37, § 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor dispõe expressamente acerca da publicidade abusiva, considerando ser abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.²¹

A educação dos pequenos cidadãos para se tornarem consumidores conscientes no futuro, quando atingirem sua maioridade legal, ingressando na vida adulta, requer o respeito e a proteção necessários à sua condição de seres humanos em desenvolvimento.

Para que haja a formação livre e independente da criança e do adolescente, a fim de que no futuro possam exercer o ato do consumo também de forma livre e independente, com a escolha consciente dos bens de consumo disponíveis no mercado, exige-se do Poder Público a proteção e controle da publicidade na mais tenra infância.

A padronização no comportamento e a influência da publicidade nas crianças e adolescentes têm sido constatadas pelos estudiosos do Direito, que vêm corroborando a necessidade de proteção e controle da publicidade destinada a este grupo de consumidores. Vidal Serrano Nunes Júnior e Adriana Cerqueira de Souza²² assim se manifestam acerca do tema:

As mensagens publicitárias criam hábitos e padrões de consumo, sabendo-se, por estudos de profissionais de saúde e educação, das influências indubitáveis que a publicidade tem sobre o comportamento social e familiar da criança. Não há dúvidas de que a repetição de mensagens publicitárias, veiculadas a todos os momentos por todos os meios de comunicação, influenciam a capacidade de escolha dos indivíduos em desenvolvimento, gerando consequências à autoimagem, identidade, valores, ideais e crenças. A criança e o adolescente, que ainda estão desenvolvendo suas habilidades sociais, autoestima e valores, passam a crer que usar certas marcas de roupas e calçados ou determinados acessórios torna-os socialmente mais aceitos ou pessoalmente mais admiráveis. A publicidade mal dirigida pode inclusive colocar a saúde das crianças e dos adolescentes em risco, considerando-se a criação de hábitos de consumo de produtos não saudáveis, que causam obesidade e outras doenças relacionadas, antes mesmo de terem terminado sua educação formal e adquirido capacidade de entender os males que foram causados à sua saúde.

A padronização nos hábitos de consumo atinge desde as preferências na escolha de alimentos, situação já vivenciada pela sociedade pós-moderna, que vem constatando o aumento nos índices de obesidade infantil; atingindo a formação dos processos mentais dos objetos de desejo das crianças e adolescentes, cujo ideal de felicidade é construído tendo como base um estilo de vida cultivado por estereótipos de aparência física, que alimentam uma cultura hedonista, na busca inconsequente do ter, em detrimento do ser.

²¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, op. cit. Acesso em 04 jun. 2017.

²²SERRANO, Vidal Júnior; SOUZA, Adriana Cerqueira de. *A discussão legal da publicidade dirigida ao público infantil. Criança e consumo: 10 anos de transformação* (org.) Laís Fontenelle. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p.349.

O controle faz-se mister para que haja a formação e educação de cidadãos estruturados e independentes a fim de atuarem de forma livre e consciente na pós-moderna e conturbada sociedade de consumo atual.

É nesse contexto que está inserida a Resolução n. 163/14 do Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8.242/91, cujo rol de competências tem por essência corroborar na prevenção da veiculação da publicidade abusiva direcionada às crianças e o aos adolescentes.

3. ASPECTOS DA RESOLUÇÃO 163/14 DO CONANDA E SUAS CONTROVÉRSIAS

A hipervulnerabilidade das crianças e adolescentes em relação à publicidade veiculada por meio de mídias impositivas e ininterruptas exige a ampliação dos meios de defesa legal, incluindo órgãos governamentais mistos, compostos de membros da sociedade civil. É nesta seara que está situado o Conanda, conforme esclarece Miragem²³:

O CONANDA é órgão deliberativo (art. 88, II, do BCA), com competência normativa (art. 2º, I, da Lei 8.242/1991), vinculado à política de atendimento aos direitos da criança e o do adolescente. Esta política de atendimento, segundo se percebe, envolve prestações materiais do Estado, em especial para acolhimento, educação e formação de crianças e adolescentes, gestão dos respectivos fundos públicos de promoção dos direitos, bem como ações visando prevenir sua violação.

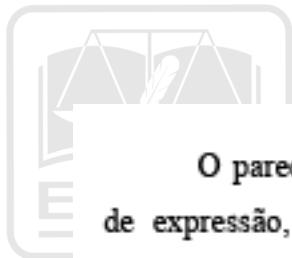
A Resolução n. 163/14 editada pelo Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente sofreu fúteis críticas dos meios mercadológicos. Houve reações alegando que a Resolução corresponderia a uma forma de censura e retrocesso, o que levaria a perdas no setor envolvendo custos de empregos e quedas de arrecadação de impostos no patamar de R\$2,2bilhões.²⁴

Para Mauricio de Souza o controle da publicidade destinada ao público infantil corresponderia a um retrocesso.²⁵ As reações contrárias questionam ainda a ausência de competência do Conanda para legislar acerca do assunto.

²³ MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. Parecer: A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). *Revista eletrônica Crianças e consumo*. Disponível em: <http://criancasconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf> Acesso em 30 de abr. de 2017

²⁴ ESTADO DE SÃO PAULO. *Excessos*. Disponível em: <<http://excessos.estadon.com.br/noticias/geral/fim-da-publicidade-infantil-custaria-r-33-bilhoes-imp-1605806>>. Acesso em 30 de abr. de 2017.

²⁵ *Ibidem*.



O parecer apresenta-se constitucional, não havendo qualquer limitação à liberdade de expressão, retrocesso legal ou censura. O Conanda vem corroborar a defesa dos interesses das crianças e adolescentes, ampliando a proteção trazida no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 70, 71 e 88, inciso II.²⁶

O Conanda também reitera a proteção à pessoa humana e à família, inserta no art. 220, inciso II da CRF/88, garantindo que sejam estabelecidos meios legais de defesa e proteção de programas ou programações de rádio e televisão de práticas e produtos nocivos à saúde. José Henrique Vasi Werner²⁷, sócio do escritório Dannemann Siemsen Advogados, assim se manifestou acerca do tema:

Neste caso, vê-se um órgão do Poder Executivo (Conanda), cuja prerrogativa se limita a executar políticas públicas ligadas à criança e ao adolescente, legislando sobre matéria alheia à sua competência normativa. O pior é que, mesmo se houvesse como incluir a regulamentação da atividade publicitária no universo de competências do Conanda, ainda assim, a resolução estaria limitada à regulamentação daquilo que estabelecessem as leis Federais que tratam da matéria (CDC e Estatuto da Criança e do Adolescente) e a CF.

Discorda-se do pensamento acima transcrito. O art. 22, inciso XXIX da CRFB/88 prevê a competência privativa da União para legislar acerca da propaganda comercial. O Conanda foi instituído por meio da Lei Federal no 8.842, de 4 de janeiro de 1994, sendo órgão permanente, paritário e deliberativo, composto por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área, conforme previsto no art. 6º da referida lei.

Neste sentido, há amparo legal para que o Conanda, ampliando a proteção às crianças e adolescentes, regule o setor da publicidade destinada ao público infantil.

Neste mesmo diapasão, faz-se mister ressaltar que o que se defende é o controle da publicidade destinada às crianças e adolescentes. Defende-se a proibição da publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, já que o Direito não proíbe a publicidade destinada à criança.²⁸

A Resolução 163/14²⁹ amplia direitos garantidos pela Lei 8.078/90³⁰, pelo Estatuto de Criança e do Adolescente, prática legal e legítima no ordenamento jurídico brasileiro, já que toda norma que disponha acerca dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, pode sofrer ampliações dos direitos tutelados a fim de melhor efetivar a proteção ao cidadão.

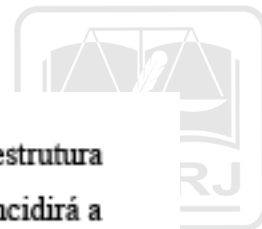
²⁶ BRASIL. Lei n. 2.889, de 13 de julho de 1990, op. cit. Acesso em 04 jun. 2017.

²⁷ WERNER, José Henrique Vasi. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Questes/17_ML212960_31047-Especialista+critica+resolucao+que+considera+abusiva+publicidade>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²⁸ MIRAGHEM, op. cit., p. 32.

²⁹ BRASIL. Resolução n. 163/14 do Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268725>>. Acesso em: 19 jul.2017

³⁰ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, op. cit. Acesso em 19 jul.2017.



A diversidade de meios de defesa dos consumidores mirins espelha a sobre-estrutura jurídica multidisciplinar³¹ que retrata o CDC. Em havendo uma relação de consumo, incidirá a proteção insculpida pelo Código, com as especificidades e peculiaridades das partes envolvidas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou aspectos da publicidade destinada à criança e ao adolescente, com enfoque à necessidade de controle estatal da publicidade veiculada para esse grupo.

A proteção se justifica. A defesa do consumidor é norma de ordem pública e interesse social, sendo direito fundamental do cidadão, inserido no rol das cláusulas pétreas, núcleo imodificável da Constituição Federal.

As crianças e adolescentes, além de vulneráveis, são também hipossuficientes, devido à sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. A criança até a idade de oito anos, não distingue o real do imaginário, motivo pelo qual toda e qualquer publicidade que se aproveite de sua deficiência de julgamento e experiência, deve ser coibida.

A publicidade dita regras de comportamento, impõe valores culturais e influencia a formação do pensamento das crianças e adolescentes, nicho importante para o mercado publicitário, que já constatou o alto poder de influência das crianças e adolescentes nas compras da família.

O aumento da obesidade entre as crianças e adolescentes, a erotização precoce de meninos e meninas, a padronização de estereótipos de beleza, são alertas para que o Poder Público adote medidas de controle à publicidade destinada a este público.

E o controle deve ser misto já que o Conar é órgão administrativo, parcial e sem poder coercitivo. O Judiciário, além do CDC, deve fazer uso de outros órgãos a fim de tutelar os hipervulneráveis e assim efetivar a proteção adequada às crianças e adolescentes.

É nesta seara que a Resolução 163/14 do Conanda apresenta-se legal, legítima e constitucional. Órgão permanente, paritário e deliberativo, composto por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área, o Conanda possui atribuição legal para regulamentar e controlar a publicidade destinada às crianças e adolescentes.

³¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p.359.



A medida se justifica já não há direito absoluto em nosso ordenamento jurídico, sendo a hipervulnerabilidade das crianças e adolescentes *ratio* que justifica o controle da publicidade veiculada e destinada a este grupo de consumidores, devendo preponderar a proteção a este grupo, tão suscetível à influência do mercado publicitário e totalmente impotente diante do apelo publicitário.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN. Antônio Hermann de Vasconcellos [et.al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7.ed.rev.,aum. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense Universitária, 2001, p.303.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 19.jul.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1558.086. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: < / ww 2. stj.jus.br/ processo/ revista/ documentos/ mediado /? Componente = ATC & sequencial = 58199082 & num_registro = 201500615780 & data=20160415&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 jul.2017.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 04 jun. 2017.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 18 jul. 2017.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 30 de mai. 2017.

_____. Resolução n. 163/14 do Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268725>>. Acesso em: 19 jul.2017

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p.359

EBC. *Criança e Consumo*. Disponível em <http://www.ebc.com.br/infantil/para-pais/2015/06/tempo-de-criancas-e-adolescentes-assistindo-tv-aumenta-em-10-anos>. Acesso em: 23 mai. 2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Economia*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fim-da-publicidade-infantil-custaria-r-33-bilhoes-imp-,1605806>>. Acesso em 30 abr. de 2017.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância*. Revista de Direito do Consumidor. Ano 24, vol.102, nov-dez. 2015, p.314-315.

MIGALHAS. *Julgamento histórico: STJ proíbe publicidade dirigida às crianças*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235576,101048> -Julgamento + historico + STJ + proíbe + publicidade + dirigida + as + crianças >. Acesso em: 04 jun.2017.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. *Parecer: A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)*. *Revista eletrônica Criança e consumo*. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf> Acesso em: 30 br.2017

RODYCZ, Wilson Carlos. *Publicidade abusiva: um caso concreto*. Disponível em: http://www.ampns.org.br/arquivos/revista_artigos/arquivo_1283281714.pdf >. Acesso em:23 mai.2017

SERRANO, Vidal Júnior, SOUZA, Adriana Cerqueira de. *A discussão legal da publicidade dirigida ao público infantil*. *Criança e consumo: 10 anos de transformação/ organização Laís Fontenelle*. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p.349.

SILVA apud, MARTINS. Guilherme Magalhães. *A regulamentação da publicidade infantil no Brasil: A proteção do consumidor e da infância*. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 24, vol.102, nov-dez. 2015, p.309.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processo n.01191112364. Juiz: Wilson Carlos Rodycz. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 18.jul.2017.

WERNER, José Henrique Vasi. *Resolução 163 Especialista critica resolução que considera abusiva publicidade infantil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI212960,31047>- Especialista + critica + resolucão + que + considera + abusiva + publicidade >. Acesso em: 30 abr. 2017.



CRIAÇÃO DE JUIZADOS ESPECIAIS PARA A MEDIAÇÃO FAMILIAR: DESAFIO DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

Alexandra Bruna Muniz

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: Os rumos traçados pelo Novo Código de Processo Civil para o tratamento e reabilitação de famílias em situação de conflito merecem ser prontamente debatidos, ao escopo de que o jurista possa, assim, estabelecer parâmetros à utilização da mediação também nessas causas que envolvem direitos indisponíveis, provocando a adequação dos instrumentos jurídicos (processuais) para a mudança de pensamento que está sobrevoando a sociedade moderna, no sentido da importância de se oportunizar aos próprios litigantes a solução de seu conflito, pois ninguém melhor do que os mesmos para ponderar o seu melhor interesse, composto com o do outro, podendo tal movimento ocorrer dentro dos Juizados Especiais, já que há, entre os seus princípios regentes e a temática dos conflitos familiares, grande afinidade.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Mediação Familiar. Juizados Especiais Familiares.

Sinopsis: Introdução. 1. A mediação familiar: uma engrenagem eficiente para a resolução alternativa de conflitos? 2. O conflito familiar e a mediação familiar nos juizados especiais: há limitações quanto à matéria, considerando os direitos indisponíveis (alguns transacionáveis) incidentes? 3. O papel do mediador na composição do conflito: como a problemática da atuação da terceira pessoa sem poder de decisão no encaminhamento das questões jurídicas de família foi tratada pelo novo Código de Processo Civil e pelo Conselho Nacional de Justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do tema da mediação familiar no Direito de Família contemporâneo, e o seu objetivo é o de analisar se tal instituto pode ser desenvolvido dentro da competência dos Juizados Especiais Cíveis, bem como verificar a sua adequação aos novos instrumentos processuais, passando, ainda, pelo tema da qualificação e treinamento dos profissionais mediadores.

A sobrecarga do Poder Judiciário faz com que o jurista moderno volte seu olhar para forma alternativa de solução de conflitos, não para sanar o problema do afogamento mas para tornar a resposta da busca pelo direito mais efetiva. Em outras palavras, a solução mais rápida ao litígio é sempre a mais adequada já que preserva os relacionamentos e promove a verdadeira pacificação social. A solução mais demorada afasta as partes entre si, afasta o cidadão do Estado, gera desconfiança nas instituições, o que, em um país totalmente abstrato em crises de todas as ordens, deve ser evitado, sendo imperioso que se plante diariamente doses de esforço no sentido da maior identificação possível do jurisdicionado com a sua justiça, com o seu Estado-juiz, com seu Estado Democrático de Direito, com sua República.



Meios alternativos de solução de conflitos são, portanto, agregadores, fortalecedores da justiça. O pluralismo jurídico ressurge justamente dentro dessa ideia de que alguns conflitos podem ser tratados através de soluções mais simples, mais baratas, mais acessíveis, mais rápidas. E se o Estado se move internamente para tornar sua justiça mais simples, mais barata, mais acessível e mais rápida, chancelando estas formas de solução de conflitos, o cidadão se identifica nesse contexto e busca a resolução para seus conflitos, ao invés de tentar driblá-los, tornando-os problemas sem fim, mormente em matéria de Direito de Família, onde os laços são muito menos transitórios que nas relações contratuais, por exemplo.

Constata-se, pois, a necessidade de se buscar – ao menos, estudar com mais vagar – novos caminhos para solucionar conflitos de cunho familiar e, por este motivo, discute-se a possibilidade de atuação nas questões de Direito de Família por intermédio da mediação familiar nos juizados especiais (criando os juizados de família), pois a Lei n. 9.099/95, que criou os juizados especiais cíveis e criminais, possui como um de seus princípios regentes a informalidade, que dá a concretude que se objetiva, ou seja, a flexibilização do processo, como fator essencial ao sucesso da mediação.

Nesse estudo, estruturado em três capítulos, o primeiro é dedicado à discussão sobre questões atinentes à mediação familiar e sua operacionalização nos juizados especiais.

Já o segundo, trata dos pontos que envolvem o Direito de Família e que poderão ser tratados nos juizados – suas limitações.

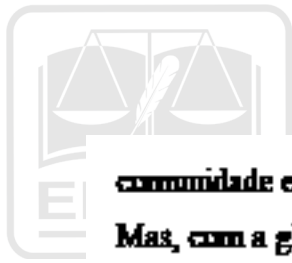
E, por fim, o terceiro capítulo se debruça nos contornos da atividade, treinamento e importância do trabalho dos mediadores nessa matéria.

Cumpre, ainda, destacar que a metodologia utilizada para sustentar o presente estudo foi a qualitativa exploratória, de modo que se partiu de uma hipótese – criação dos juizados especiais para a mediação familiar –, que foi verificada através da leitura e fichamento da legislação e doutrina existentes sobre o tema.

1. A MEDIAÇÃO FAMILIAR: UMA ENGRENAGEM EFICIENTE PARA A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS?

Em palestra do Prof. Antonio Carlos Walkmer¹, ministrada para os novos juizes do Estado do Rio de Janeiro, em curso realizado no âmbito da EMERJ, proferida no dia 12/07/2013, há alusão à cultura jurídica da sociedade moderna pautada pela centralização do poder, da

¹JURÍDICO, Pluralismo. Palestrante: Antonio Carlos Walkmer, Rio de Janeiro, EMERJ, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rjP7hRIZSeI>>. Acesso em: 03 mar. 2017.



comunidade estatista e liberal, com sua cultura monista: o Estado é o único a produzir o direito. Mas, com a globalização e a fortificação de determinados grupos financeiros, o que se reforçou foi a ideia do pluralismo jurídico, entendendo-se que, por diversos fatores, o Estado não é o único que produz o direito, ideia reforçada com o novo constitucionalismo, citando, por exemplo, as Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009. Entende-se o direito moderno como um produto das lutas, de processos históricos, sociais e políticos. Logo, as suas camadas são sobrepostas, não havendo se falar do direito apenas como as meras palavras inscritas nas leis vigentes em determinado momento histórico, e em determinado espaço.

Produziu-se o direito privado de unicidade e de positividade. Mas, com os fatores de crise – impacto da globalização, problemas de conservação do meio ambiente, guerras, conquistas dos recursos hídricos –, deu-se a deficiência das formas de resolução de conflitos e surgem as formas alternativas, chamando o professor a atenção de seus interlocutores para os estudos desenvolvidos nos anos 70 por Tércio Sampaio Ferraz Junior e Boaventura de Souza Santos sobre os Juizados e sobre o sucesso das intervenções das associações de moradores em conflitos locais, onde esse direito, tão centralizador, não chegava. Fala-se, aqui, de normatividade não-formal. Ainda frisa o palestrante o movimento do pluralismo concretizado no surgimento da justiça desportiva e do direito comunitário (dentro do âmbito da estatalidade), bem como dos grupos, das milícias, da justiça indígena (pluralismo jurídico informal), baseado no novo constitucionalismo de sujeitos plúris, do direito do deslinde.

E é “aqui que se revela o talento criativo dos grandes e verdadeiros juristas. São aqueles que, tendo sensibilidade para perceberem os anseios da justiça, empenham-se em ajustar o Direito a essas exigências antes mesmo do legislador, idealizando novas fórmulas jurídicas.”² Então, as formas alternativas de solução de conflitos só podem ser desenvolvidas com olhos de evolução e de proteção efetiva aos direitos. A forma mais tradicional que se conhece de resolução de conflitos ainda é a intermediada pelo Poder Judiciário.

Surgiu da “demora no curso do processo judicial, distribuição desigual da justiça em sentenças sobre casos semelhantes, retardo no curso processual, excesso de burocracia, distanciamento da sociedade e dos conflitos que nela ocorrem, atrofia de garantias cidadãs, como o acesso à justiça e ao direito, entre outras.”³

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Constituição-cidadã, criados foram os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (art. 98), dentro do

²Ibidem.

³BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Quando direitos alternativos viram obrigatórios. Burocracia e tutela na administração de conflitos. *Revista Antropôtica*, n. 37, p. 287-318, Niterói, 2. sem., 2014, p. 294.



Poder Judiciário, regulamentação feita pela Lei n. 9.099/95, mantida o acesso gratuito e a dispensa de advogados para causas abaixo de 20 salários mínimos (art. 9º). Dão os Juizados a composição ao que se denomina comumente de um microsistema judicial, e auxiliam os tribunais na ampliação do acesso à justiça, “introduzindo a conciliação e a transação civil e penal entre as partes. Princípios destacados na lei que os criou indicavam a celeridade, oralidade, informalidade, simplicidade e economia processual na prestação dos serviços judiciários à população”⁴

Então, a proposta que aqui se analisa é o desenvolvimento da mediação familiar em um cenário inspirado no dos Juizados Especiais Cíveis, já que se guiam, como visto, pelos princípios da celeridade e informalidade, como um meio eficiente de solução alternativa de questões de Direito de Família.

A mediação, no Brasil, a partir dos 90, foi utilizada de forma constante e variável para resolução de conflitos, sendo institucionalizada e reconhecida como profissão.⁵ Nunca foi excluída da atuação do Estado, sendo, por vezes, utilizada dentro de sua competência, e, em outras vezes, extrajudicialmente. Foi ela reinventada com as leis que se seguiram, mas manteve a sua essência como um meio eficiente de resolução de conflitos.

A mediação é uma técnica, reconhecida como forma de acesso à justiça, que busca o reequilíbrio da harmonia de pessoas que possuem um relacionamento de continuidade e que se encontram em um momento de crise nessa relação, com a intervenção mínima do mediador.

É, portanto, um procedimento consistente na atuação de um terceiro imparcial que auxilia as pessoas envolvidas a conversarem sobre o motivo do conflito, com ou sem a presença do advogado. Há se frisar, outrossim, que não se pode fixar um número de sessões, pois a mediação não só se destina a resolver o conflito presente, mas também a estabelecer uma convivência harmoniosa no futuro.⁶

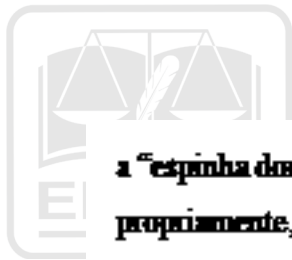
É ela dividida, didaticamente, em oito etapas, que se enlaçam numa sequência “lógica e natural”⁷: pré-mediação, abertura, investigação, agenda, criação de opções, avaliação das opções, escolha das opções e solução. A primeira fase consiste em informar os participantes sobre todo o procedimento a ser desenvolvido. A abertura consiste na prestação de informações e na feitura de um esboço (minuta) do que será objeto do procedimento. A etapa da investigação é tida como

⁴Idem, p. 295.

⁵REZENDE, Joyce Cristina de Oliveira. *Da judicialização à psicologização dos conflitos: a presença da Psicologia na mediação de conflitos familiares*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-12082015-151732/pt-br.php>>. Acesso em: 31 jan. 2017, p. 21.

⁶Idem, p. 25.

⁷Idem.



a “espinha dorsal” do procedimento, pois é a fase em que o mediador toma contato com o conflito propriamente, por meio de perguntas, que levam à reflexão e à eventual mudança de paradigma, de forma de encarar o problema. Após, elabora-se uma agenda ou uma pauta, e, através dos seus itens, passa-se à discussão dos pontos descritos, criando-se as opções e permitindo-se a realização das escolhas. Ao final, é elaborado um termo, que contém a solução dada.

A mediação deve ser trabalhada sobre os pilares da responsabilidade, da capacitação, da empatia, do respeito, da criatividade e da cooperação. Outros princípios também são inafastáveis: “autonomia da vontade das partes, competência do mediador, imparcialidade, independência, confidencialidade, boa-fé, respeito, celeridade, informalidade, dignidade e não-competição.”⁸ Por isto, são compatíveis com os princípios regentes dos Juizados Especiais. Assim, a possibilidade de realização de mediação familiar no âmbito dos Juizados Especiais surgiu a partir de um movimento em São Paulo, proposto pela Ministra Nancy Andrighi, em palestra ministrada na OAB/SP em 2002, oportunidade na qual discorreu sobre a hipótese de extensão das ações de família aos juizados, antecedidas pelo instituto da mediação a ser lá desenvolvido.⁹

Com relação aos conflitos familiares mais especificamente, estes apresentam algumas peculiaridades, eis que a família é calcada em relações de afeto, que ficam sensivelmente prejudicados quando em situação de celeuma. A técnica da mediação familiar permite que se solucione o conflito, amenizando a questão afetiva por intermédio de um diálogo, a fim de que não se estabeleça a lide propriamente dita, buscando a resolução do conflito inicial com um acordo entre as partes, que será posteriormente homologado pelo Estado-juiz.

O Direito de Família, antes da Constituição Federal de 1988 possuía um cenário em que a família era constituída unicamente por intermédio do casamento, e com finalidade patrimonial. Com o advento da nova Constituição, esse cenário modificou-se, reconhecendo-se outros modelos de família, positivando-se novos princípios norteadores, como o da autonomia de vontade, liberdade na construção de famílias, solidariedade e igualdade entre cônjuges, o pluralismo familiar, a afetividade, a família monoparental, entre outros¹⁰, potencializando-se, assim, os tipos de conflitos que podem surgir.

Ao surgir o conflito dentro do núcleo familiar, em que seus membros já não são mais capazes de resolvê-los, nasce a necessidade de se buscar uma alternativa para a resolução destes problemas - muitos casos que já não conseguem mais ultrapassar barreiras juntas, de forma solidária, por exemplo, decidem pela dissolução da união, pela separação ou divórcio, quando, a

⁸Tribes, p. 27.

⁹LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Direito de Família. R. CEJ*, Brasília, n. 17, abr./jun. 2002, p. 112.

¹⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.



mediação e um acompanhamento multiprofissional poderia resolver a questão de forma mais fácil e calma.¹¹ Mas a mediação também pode ser utilizada entre irmãos, pais e filhos, tios e sobrinhos, etc.

A aplicação do instituto da mediação como solução para solucionar conflitos no âmbito familiar vem se mostrando eficiente, em resposta à indagação que norteia esse capítulo. Entretanto, o mediador, como orientador de todo o processo, deve utilizar técnicas que facilitem a obtenção de uma solução satisfatória e que alcance também a possibilidade de preservação da continuidade das relações de afeto existente entre as partes (sobre a atividade deste profissional, melhor desenvolvimento será feito no capítulo terceiro).

2. O CONFLITO FAMILIAR E A MEDIAÇÃO FAMILIAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS: HÁ LIMITAÇÕES QUANTO À MATÉRIA, CONSIDERANDO OS DIREITOS INDISPONÍVEIS (ALGUNS TRANSACIONÁVEIS) INCIDENTES?

O novo Código de Processo Civil¹² dá azo à tese de que diferenciou ações de estado e ações de família, não definindo o que seria “ações de estado”, mas apenas define, no artigo 693, o que seria “ações de família”, quais sejam: divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.¹³ Pondera-se, ainda, que o artigo 388, parágrafo único, do mesmo diploma legal, diferencia as ações de estado e ações de família, ao asseverar que a parte não é obrigada a depor sobre determinados fatos (crimes que lhe forem imputados, informações que tomou conhecimento por conta de profissão e abrangidos pelo sigilo a ela inerente, episódios que possam lhe causar dor ou de pessoas próximas – cônjuge, companheiro, ou parente em grau sucessível - ou fatos que coloquem em perigo a sua vida ou de outrem), e concluir que tal disposição não se aplica às ações de estado e de família.

Então, em tese, são ações de estado apenas aquelas que estão diretamente ligadas ao direito de personalidade e dignidade humana. O artigo 3º, § 2º, da Lei n. 9.099/95 veda apenas as ações relativas ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. Não seria possível, entretanto, a ação exclusiva de alimentos, pois o artigo 8º da Lei n. 9.099/95 proíbe pedidos de natureza alimentar.

¹¹A Emenda Constitucional n. 68/2010 alterou o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, no sentido de que o casamento civil passou a ser dissolvido pelo divórcio.

¹²BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

¹³MELO, André Luiz Alves de. *Novo CPC permite ações de família no juizado especial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-02/andre-melo-cpc-permite-acoes-familia-juizado-especial>>. Acesso em: 15 jun. 2017.



Considerando, ainda, que, em todo caso, a intervenção do Ministério Público é sempre possível nos Juizados, de acordo com o artigo 11, da citada lei, as ações de Direito de Família poderiam ser ajuizadas e seguir o rito da Lei n. 9.099/95.

Neste cenário, também a sistemática adotada para a conciliação e para a mediação no Código de Processo Civil de 2015 pode ser um bom norte para ampliar o uso da mediação e espalhá-lo por várias matérias. O diploma legal citado traz, por exemplo, nos artigos 165 e seguintes¹⁴ a previsão de que tribunais criam centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, além da inovadora (não na arbitragem) inscrição de que as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. Ou seja, maior confiança no terceiro que irá atuar, mais sucesso no resultado do procedimento.¹⁵

Logo, voltando o olhar novamente para a proposta da Ministra Nancy Andrighi¹⁶, as questões de família poderiam ser tratadas nos Juizados, propondo a criação dos Juizados de Família, para adoção das regras sobre mediação, destacando a importância, ainda, da atuação de equipe multidisciplinar.

"O trabalho técnico desses tempêtes procura demonstrar que os erros e queixas do passado devem ser deixados de lado (...), o casal é convidado a priorizar a relação pai e mãe em lugar da relação marido e mulher, com o fito de valorizar o bem estar dos filhos e garantir-lhes o direito a uma convivência tranquila com ambos."

Dessa forma, o Juizado Especial de Família seguiria o artigo 9º da Lei n. 9.099/95¹⁷, fornecendo livre acesso à justiça aqueles que não podem arcar com ônus de contratar um advogado, com a garantia de acesso a profissionais especializados em auxiliar na busca pela resposta ao conflito instaurado, todos tutelados pelo mediador, que fica responsável em dialogar

¹⁴BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

¹⁵A Lei de Mediação, n. 13.140/15 não diz tanto sobre os limites da mediação (e se existem, o seu artigo 3º diz apenas que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, o que, por óbvio engloba tópicos do Direito de Família), mas trata de outras questões relevantes, como a não obrigatoriedade de se manter em procedimento de mediação ou mesmo a possibilidade da mediação alcançar parte do conflito e não ele todo, além de prever que a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo, sendo facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas na própria lei em comento.

¹⁶BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integrar/612591.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

¹⁷Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória."



com as partes sobre os laudos produzidos e demais impressões dos profissionais de psicologia, assistência social, etc.

A Ministra¹⁸ destacou a sensibilidade dos profissionais que atuam na fase de mediação, reforçando a sua tese sobre a criação dos Juizados Especiais de Família:

Tive a oportunidade de participar de uma sessão de sensibilização dirigida por uma psicóloga (...). O ambiente foi tratado com técnica da cromoterapia: iluminação diminuída, ar condicionado, música suave e transparentes. Tudo isso para proporcionar o desarmamento dos espíritos em conflito.

A mediação, por sua vez, é, sem dúvida, o meio de solução de conflitos, judicializado, para os casos em que o vínculo entre as partes é mais longo, como nos casos de Direito de Família, pois permite que o mediador conheça a relação entre os mediados de forma mais aprofundada, o que exige mais tempo, e este tempo pode ser obtido com a mediação, pois a sua principal vantagem é proporcionar às partes em conflito que se tornem protagonistas de suas próprias vidas. Em matéria de família é muito importante que se estimule a solução pré-processual, pois a média de solução consensual se aproxima a 80% dos casos tratados, o que significa que as famílias preferem a solução consensual para os problemas decorrentes da separação e, por isso, a mediação pré-processual poder ser estimulada ao máximo¹⁹, sendo que um dos estímulos é a isenção de custas processuais proporcionada pelos juizados.

Nas causas a serem tratadas, por exemplo, pode-se, até mesmo, incluir a ocorrência da violência doméstica ou do abuso sexual, quando já controlada a situação, pois somente o caminho da criminalização não atende aos reclamos dos sentimentos envolvidos.

O Brasil, de fato, não possuía uma lei específica sobre mediação até 2015, embora o preâmbulo da Constituição da República de 1988 já declare o comprometimento do país com a solução pacífica das controvérsias, na ordem interna e internacional. Assim, fica difícil afirmar, de fato, quais matérias poderiam ou não ser incluídas na pauta de juizados especiais de família (a Lei de 2015 não o fez), mas não impossível a criação de um rol mínimo ou taxativo, adotando-se, por exemplo, exceções para causas mais “complexas” (entre aspas que se dê destaque para a amplitude do conceito; conceito aberto), como já o faz a Lei n. 9.099/95 com as causas cíveis.

¹⁸ANDERGHU, Fátima Nancy. *Juizado Especial de Família*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoeseriada/index.php/informativo/article/viewFile/313/204>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

¹⁹SILVA, Silvio Maria. *O novo Código de Processo Civil e a mediação como meio de solução de controvérsias*. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/O_Novo_CPC_e_a_Medicao.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.



Foi ela, a mediação, citada algumas vezes em leis esparsas, mas ficou adstrita durante muito tempo a projetos de lei, que, como o de n. S.696/01, que visava alterar a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, para inclusão das matérias afinentes ao Direito das Famílias. Assim, caso fosse aprovado o projeto de lei, seria de significativa importância o atendimento do seu art. 5º, que prevê a atuação de equipe multidisciplinar, como já ponderado alhures: “A conciliação será antecedida por mediação conduzida por equipe multidisciplinar, que fará trabalho de sensibilização das partes”. O projeto não delimita o conteúdo das questões familiares a ser tratado no âmbito dos juizados.

Mesmo sem a edição de uma lei durante tantos anos, “no Brasil são encontrados vários projetos de conciliação e mediação fixasse, dentre eles, importante destacar²⁰: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, Núcleo de Conciliação Prévia do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Serviço de Mediação de Família do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Projeto Conciliar é Legal do Conselho Nacional de Justiça, entre outros.²¹

Ou seja, instituída a mediação familiar em juizados especiais, concomitantemente se tratará das matérias que nesse microsistema poderão ser versadas, não havendo, objetivamente, nenhuma limitação, mas podendo ser estabelecidas algumas exceções que envolvam certo teor de complexidade (que careçam de um trabalho multiprofissional mais intenso e mais longo, por exemplo).

3. O PAPEL DO MEDIADOR NA COMPOSIÇÃO DO CONFLITO: COMO A PROBLEMÁTICA DA ATUAÇÃO DA TERCEIRA PESSOA SEM PODER DE DECISÃO NO ENCAMINHAMENTO DAS QUESTÕES JURÍDICAS FOI TRATADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Para a atuação do terceiro em causas de família, como já dito no capítulo anterior, é necessário que se estabeleça confiança em sua figura, a bem do sucesso da mediação. O atuar equivocado, tendencioso ou descomprometido do mediador, além de não levar o conflito a bom termo, ainda faz as partes gastarem um tempo precioso na consecução do acordo, pois o fator

²⁰NÚCLEOS de Conciliação: Justiça Estadual. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-2/acesso-a-justica/conciliacao/nucleos-de-conciliacao/justica-estadual>>. Acesso em: 25 jun.2015.

²¹Todos os projetos nestaram fortificados com a edição da Lei nº 13.140/15, mas o tratamento específico da mediação familiar ficou relegado para a oportunidade de edição de lei sobre os juizados especiais familiares.



desgaste passa a incidir na causa, causando desânimo, cansaço, distanciamento, diminuindo a vontade de procurar uma solução, além do descrédito no Judiciário.

Por outro lado, a mediação não pode passar de alternativa para obrigatória, decorrente de um atuar ao contrário da pacificação, do apaziguamento, sendo engessado, sem dinamismo. Como exemplo negativo,

uma mediadora de Vara de família declarou que os juízes costumam fazer um rol de perguntas a serem endereçadas às partes pelo mediador, o que com certeza as induzirá a dadas respostas sobre a pergunta, quando talvez elas pretendessem expor a situação conflituosa que viveriam.

(—)

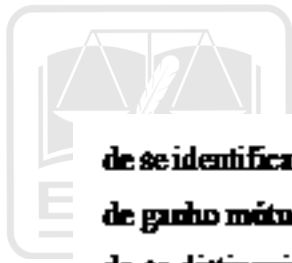
Segundo a mesma informante, o mediador escreve as respostas dadas pelas partes, e apenas ele assina o texto a ser juntado aos autos do processo, como mais uma peça a ser avaliada pelo julgador.²²

Então, o treinamento dos conciliadores e mediadores foi um dos carros-chefes do novo Código de Processo Civil, no que toca às suas principais inovações (fortes valores consensuais), tendo ele dedicado uma seção – Seção V, Capítulo III, Título IV, Livro III – composta pelos artigos 165 a 175. Além disso, também houve a edição da Lei da Mediação, n. 13.140/15, que, em verdade, pouco diz sobre a atividade dos conciliadores e mediadores e sobre as matérias a serem submetidas a tais formas de resolução de conflitos (dá enfoque especial às causas envolvendo a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações).

A seu turno, o Conselho Nacional de Justiça iniciou uma nova era da conciliação e mediação a partir da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 (atualizada em março de 2016 para que nela constasse o cadastro nacional de conciliadores e mediadores, dentre outras modificações), instituindo a Política Judiciária Nacional (CNJ) de tratamento aos conflitos de interesses, ocasião na qual determinou que o Poder Judiciário ofereça mecanismos para soluções de controvérsias, em especial os meios alternativos, mais consensuais, como a mediação e a conciliação, devendo, outrossim, prestar orientação ao cidadão sobre estas hipóteses.

O CNJ editou também o Manual da Mediação Judicial, que já se encontra em sua 6ª edição, disponibilizado em seu sítio eletrônico desde 2009, e que traz um profundo estudo sobre a mediação praticada nos fóruns e formas de tornar os meios de resolução de disputas mais difundidos e efetivos. No manual, por exemplo, há enfoque nos fundamentos da negociação, em que se chama a atenção do profissional envolvido para a necessidade de se compreender a diferença entre negociação baseada em interesses e negociação posicional, de se compreender respostas distintas ao conflito da negociação posicional e da negociação baseada em interesses,

²²BAFISTIA, op. cit., p. 306/307.



de se identificar técnicas essenciais como a separação de problemas de pessoas, de se criar opções de ganho mútuo, de se utilizar de critérios objetivos e melhor alternativa a um acordo negociado, de se distinguir negociação distributiva da negociação integrativa e de se posicionar no sentido de que a negociação integrativa é mais eficiente, em grande parte das vezes, para se resolver conflitos que a negociação distributiva, bem como de se distinguir os conceitos de posição (ou interesse aparente) de interesse (ou interesse real).²³

Além desses conceitos prévios, sempre agindo com neutralidade, para o sucesso do procedimento, o negociador (mediador) ainda deve identificar a autoridade para participar do procedimento (poderes para transacionar) e os limites dos sujeitos que terão a ele submetidos²⁴. No seu caminhar, o mediador, ainda, deve cuidar do desenvolvimento de suas competências autocompositivas, devendo compreender as diversas competências que progressivamente desenvolveu na sua formação e dar ênfase a elas, identificar alguns componentes de competências comunicativas necessárias a uma eficiente mediação e dar-lhes especial atenção, transformar alguns discursos hostis em pedidos, e, ainda, reconstruir uma afirmação utilizando linguagem neutra e bem como fazer uso de perguntas voltadas ao esclarecimento de interesses reais.²⁵

Para que esta evolução seja atingida é fundamental que um curso de capacitação seja ministrado, no qual se aborde teorias, dinâmicas, estratégias e técnicas de negociação, com estudos de bibliografia indicada, comparecimento à sessões de mediação para observação, realização de mediação simulada e supervisionada.

Voltando à questão do novo regramento trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, ele incorporou os novos rumos que o CNJ quer dar à jurisdição, na chamada “Cultura da Paz”²⁶ e dá um destaque especial à Conciliação e à Mediação, bem como à figura do conciliador e mediador – arts. 165 a 175.

Dentre as disposições atinentes à figura do mediador, para que ele possa atuar com a confiança das partes e de forma mais efetiva, após ter sido minimamente preparado para o exercício de seu ofício (capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme o parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça), pode-se destacar a previsão de que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código, incumbindo-lhe promover a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e

²³AZEVEDO, André Gama de (Org.). Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2016/07/12475ca60d12774c59d6fe2ddd8f6c54.pdf>>. Acesso: em 06 mar. 2017.

²⁴*Ibidem*.

²⁵*Ibidem*.

²⁶PEREIRA, Clovis Brasil. *Conciliação e Mediação no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.ccmj.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

mediadores judiciais, havendo a afirmação de que os são eles auxiliares da Justiça. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação deverão ser inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Uma norma importante é a de que as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação, podendo até atuar mais de um, se a causa necessitar. O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal.

O código também prevê que o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Então, também, cuidou a lei de não traçar limites de atuação, o que atinge da mesma forma o mediador. A ambos também são aplicáveis os princípios da independência e da imparcialidade, bem como da confidencialidade (o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação), da oralidade, da informalidade e da decisão infirmada.

Outra limitação é a de que, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções, aplicando-se a todos eles as causas de impedimento. Além disso, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, ficam proibidos de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. E, no caso de agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, por exemplo, serão excluídos do cadastro.

CONCLUSÃO

O objetivo dos meios de tratamento de conflitos é basicamente: tentar desincumbir o Estado dos contenciosos em massa. Mas, não só. Permitem eles um contato mais próximo e mais profundo com as partes, necessário primordialmente nos conflitos familiares, onde os ânimos se acinam muito e onde o pronto restabelecimento das relações é altamente benéfico, pois elas não são superficiais nem breves.

A família é a base da sociedade, conforme disposto na nossa Carta Magna no caput do artigo 226, que traz a proteção especial do Estado para a família e ainda afirma que o núcleo familiar é o núcleo da sociedade. Além disso, o disposto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o direito a uma efetividade processual, por meio de uma duração



razoável do processo e da atenção a procedimentos que garantam celeridade. Conduzindo as duas matérias constitucionais, tem-se que as famílias merecem esta duração razoável do processo, tamanha é a importância dos direitos envolvidos em seus conflitos, que dizem respeito à própria identidade das pessoas.

Os conflitos ocorridos dentro do seio familiar requerem, pois, resposta rápida do Judiciário, mas é notório que normalmente os processos submetidos ao seu crivo são morosos, ultrapassando um período de duração razoável, comprometendo sua efetividade, como já dito. Cumpre aqui esclarecer que a mediação é um processo reconhecido como uma das formas de acesso à justiça, que, por esse motivo, obedece a princípios que norteiam seu funcionamento, como, por exemplo, aqueles contidos no Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores, quais sejam: o respeito à ordem pública e às leis em vigência, a confidencialidade, neutralidade, competência, imparcialidade, a independência e autonomia.

Importa não esquecer dos princípios doutrinários no campo da mediação, que são o da cooperação entre as partes, em que os próprios envolvidos apresentam a possível solução ao conflito, e a informalidade no processo, eis que a negociação entre as partes é permanente e estimulada de forma incessante – mas não forçada, pois assim o instituto estaria esvaziado e o resultado não-válido. Se observados tais contornos que garantem o desenvolvimento da mediação familiar dentro dos princípios norteadores dos procedimentos justos, celeres e equânimes, com a adoção de uma equipe multidisciplinar em apoio à atividade do mediador, a corrente defendida pela Ministra Nancy Andriighi, para a instalação de juzizados de família, toma um grande sopro de vida e de validade, pois sua eficiência e utilidade ficam evidentes, ainda mais quando considerado o novo arcabouço legal sobre a questão – Lei n. 13.140/14 e o novo Código de Processo Civil –, bem como a maior atuação do CNJ de modo a difundir e operacionalizar melhor os institutos de resolução alternativa (não necessariamente extrajudicial) de conflitos.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Juzizado Especial de Família*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/informativo/article/viewFile/313/294>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2016/07/247E5cef60d12774c59d6e2d1ddbfec54.pdf>>. Acesso: em 06 mar. 2017.



BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Quando direitos alternativos viram obrigatórios. Burocracia e tutela na administração de conflitos. *Revista Antropológica*, n. 37, p. 287-318, Niterói, 2. sem., 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/612591.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/13105.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade. *Revista da EMERJ*, v.5, n.18, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JURÍDICO, Pluralismo. Palestrante: Antonio Carlos Wolkmer, Rio de Janeiro, EMERJ, 2013. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=qP76IRJ2SvE>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

LAGRATA NETO, Caetano. Mediação e Direito de Família. *R. CEJ*, Brasília, n. 17, abr./jun. 2002.

MEDIAÇÃO: um novo olhar para o tratamento de conflitos no Brasil. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10864&revista_caderno=21>. Acesso em: 31 jan. 2017.

MELO, André Luiz Alves de. *Novo CPC permite ações de família no juizado especial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-02/andre-melo-cpc-permite-acoes-familia-juizado-especial>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

NÚCLEOS de Conciliação. *Justiça Estadual*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/nucleos-de-conciliacao/justica-estadual>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

PEREIRA, Clovis Brasil. *Conciliação e Mediação no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjura.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

REZENDE, Joyce Cristina de Oliveira. *Da judicialização à psicologização dos conflitos: a presença da Psicologia na mediação de conflitos familiares*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-12082015-151732/pt-br.php>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

SILVA, Silvio Maia. *O novo Código de Processo Civil e a mediação como meio de solução de controvérsias*. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/O_Novo_CPC_e_a_Medicao.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.



A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Aline Ganatevici

Graduada pelo Centro Universitário das
Faculdades Metropolitanas Unidas de
São Paulo (FMU). Advogada.

Resumo: historicamente, os sistemas jurídicos se dividem em *Civil Law (Roman Law)* e *Common Law*. Enquanto o *Civil* ou *Roman Law* se caracteriza pela preponderância da aplicação da lei ao caso concreto, o *Common Law* se caracteriza pela aplicação de precedentes judiciais, ou seja, de julgados anteriores a situações análogas ao caso. Em que pese tais premissas, o ordenamento jurídico brasileiro tem se aproximado cada vez mais da chamada *Common Law*, o que ocorreu com maior intensidade a partir da edição do CPC/2015 de forma que torna-se essencial entender a motivação do legislador para tal aproximação bem como as consequências para as decisões judiciais brasileiras.

Palavras-chave: *Civil Law*, *Common Law*, precedentes judiciais, Código de Processo Civil de 2015.

Sumário: Introdução. 1. Origens da *Civil* e da *Common Law*: a problemática da adaptação temporal da lei ao contexto social. 2. A evolução da *Common Law* no direito brasileiro e as controvérsias quanto à sua aplicação. 3. A intensificação da *Common Law* no CPC/2015 e suas consequências para a segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2016, trouxe para o âmbito da aplicação do direito, uma nova discussão sobre a temática dos precedentes e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Embora já com ampla utilização em outros sistemas jurídicos, sobretudo na Europa com a *Common Law*, sistema que tem como base a Teoria dos Precedentes, no sistema brasileiro, eles possuem aplicação tímida. Com maior presença no CPC/2015, profundas controvérsias surgiram, sobretudo, quanto à extensão de sua aplicação nos julgamentos e até que ponto, podem aprimorar e garantir maior qualidade e estabilidade às decisões judiciais.

O presente trabalho visa, em linhas breves, a apresentar os sistemas jurídicos da *Civil* e da *Common Law*, sua presença e evolução no ordenamento jurídico brasileiro até o advento do Código de Processo Civil de 2015, as inovações trazidas pela nova lei e de que forma tais inovações irão impactar os julgamentos tendo como fim precípua, a segurança jurídica,

elemento basilar para assegurar a qualquer Estado, bases fortes para o desenvolvimento econômico e social.

O primeiro capítulo abordará as origens e diferenças fundamentais entre ambos os sistemas. Historicamente, os sistemas jurídicos se dividem em *Civil Law (Roman Law)* e *Common Law*. Enquanto o *Civil Law*, ordenamento aplicado aos cidadãos romanos, cuja compilação foi erigida pelo Imperador Justiniano, por isso também chamado de *Roman Law*, se caracteriza pela preponderância da aplicação da lei ao caso a ser julgado, o *Common Law* se caracteriza pela aplicação de precedentes, ou seja, de julgados anteriores a situações similares ao caso concreto em análise.

Após sua criação, o *Civil Law* juntamente com o Império Romano se espalhou pela Europa e por conseguinte, passou a ser aplicado nas colônias dos países dominados por tal ordenamento, o chamado *Corpus Iuris Civilis*, adaptado ao longo do tempo, de acordo com as circunstâncias e necessidades do período. Sua base, assim como o escopo legal presente na Idade Média, foram as normas determinadas pela igreja, instituição que concentrava todo o poder cultural e político da época.

Como exemplo das primeiras codificações europeias citam-se: o Código Civil de Joseph II na Áustria, em 1786, O Código Territorial da Prússia em 1794 e o Código Napoleônico de 1804. Todos eles, serviram de modelo para o que hoje conhecemos como Código Civil.

O capítulo dois, analisará as características do *Common Law* presentes no CPC/1973 e sua aplicação quando dos julgamentos dos casos concretos. Não são poucas as referências da *Common Law* no Código de Processo Civil de 1973, como por exemplo, a exemplo, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência (arts. 476 a 479 CPC/73), a aplicação de matérias simuladas pelo STJ e STF, o controle abstrato de constitucionalidade e as decisões em sede de recursos repetitivos.

No entanto, com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, novos mecanismos surgiram como o IAC (Incidente de Assunção de Competência) no art. 947 CPC/15 ou o IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), nos arts. 976 a 987 CPC/15, de maneira que o sistema brasileiro se aproxima cada vez mais da chamada *Common Law*, tornando-se essencial entender a motivação do legislador para tal o aprofundamento da *Common Law*, bem como, das consequências para as decisões judiciais brasileiras.



Por fim, o capítulo três enfocará a presença dos precedentes no CPC/2015 e as consequências para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como para o ambiente de negócios brasileiro, da aplicação, ainda que lenta de um outro sistema jurídico.

Ainda que o foco do presente artigo seja a recente integração entre os sistemas da *Common e da Civil Law*, no CPC/2015, não se pode deixar de lado a menção da existência de outros sistemas jurídicos prevalentes em âmbito mundial. Apenas a título de exemplo, Nos Emirados Árabes, a *Shariah* é base do ordenamento civil e criminal, no entanto, sua influência alcança, prioritariamente, regras sociais como a custódia de menores e o divórcio, enquanto questões relacionadas a comércio e finanças, seguem a regra das Cortes Cíveis, embora os princípios gerais da *Shariah* ainda influenciem os negócios de maneira geral.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

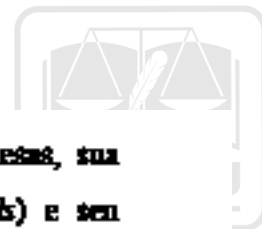
Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será, necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar sua tese.

1. ORIGENS DA CIVIL E DA *COMMON LAW* : A PROBLEMÁTICA DA ADEQUAÇÃO TEMPORAL DA LEI AO CONTEXTO SOCIAL.

O sistema jurídico adotado no Brasil é o *Civil Law*. Nesse sistema, a fonte primária do direito é a lei. O *Civil Law* surgiu após a queda do Império Romano, por meio da compilação de normas por ordem do Imperador Bizantino Justiniano I e tinha por finalidade, a reunião das leis e decisões em códigos, “na ideia de que a razão humana seria capaz de conceber um documento legal com todas as regras necessárias para regular a relação entre particulares, bem como entre particulares e o Estado.”¹

Lembrando que o *Civil Law* sofreu grande influência da Revolução Francesa de 1789 no sentido de limitação do poder do magistrado para que estes se restringissem a aplicar a lei ao caso concreto, o que se exigia, a criação de codificações que não deveriam ser interpretadas, mas sim, apenas aplicadas.

¹ CRAMER, Ronaldo. *Processos Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 16.



Embora o direito romano também fosse estudado nas universidades inglesas, sua aplicação foi prejudicada pela existência da antiga “*curia regalis (House of Lords)*” e seu *Yearbook*² e também pelas antigas cortes locais, que levavam em conta os costumes de suas respectivas regiões de atuação.

O *Common Law* surgiu durante a Idade Média e possuía como objetivo principal a reflexão sobre o costume, cuja flexibilidade lhe permitia mudar de acordo com as circunstâncias, logo, não era necessário ter leis ou estatutos com a função de alcançar soluções justas para problemas legais.

Indeed, people tended to believe that right and wrong existed as essentially “objective” categories, like north and south, or hot and cold (...). The belief that legal decisions should reflect “objective” right and wrong, discoverable through the use of reason, is referred to as the jurisprudence of Natural Law.³

A ideia precípua do *Common Law* é a de que desde os tempos remotos, decisões proferidas pelas Cortes em disputas específicas, seriam, em última instância, guias para decisões em casos futuros e, conforme as decisões se acumulavam ao longo do tempo, foi se firmando como um “estaque” de decisões para consulta, com uma tendência de aumento de sua força vinculativa.

“O *common law* não continha regras de Direito Material a priori, resultantes de um texto normativo, mas criava essas regras a partir dos julgamentos feitos pelas cortes reais. Esse modo de produção da norma se denomina *case law*. Na sua origem, o foco do *common law* era o Direito Processual, mais especificamente a competência das cortes, o tipo de ação judicial e os ritos processuais. O Direito Material foi sendo construído de precedente em precedente, de acordo com cada caso concreto.⁴

A obra de Henry de Bracton⁵ foi uma das primeiras a tratar sobre a importância dos precedentes na Inglaterra, incentivando juizes e advogados a atuar de acordo com o *case law*, ou seja, a citar casos anteriormente julgados como forma de indicação sobre como a questão deveria ser decidida, valorizando assim, o sistema de precedentes, embora à época, não

² CRAMER, *op. cit.*, p.18. Os *Yearbooks* foram publicados de 1268 a 1535 e constituíram a principal ferramenta dos advogados para conseguirem um pronunciamento favorável das cortes reais. Constituíam na principal fonte de citação dos precedents e foram essenciais para o desenvolvimento dos sistema de precedents no *Common Law*.²

³ HUMBACH, John. *“What’s Moral? An Introduction to the American Legal System*. Aspen Publishers: New York, 2007. p. 85.

⁴ CRAMER, *op. cit.*, p. 16.

⁵ Juiz da Court of King’s Bench



fossem estes, obrigatórios, tornando-se vinculantes apenas nas primeiras décadas do século XIX, constituindo o sistema do *stare decisis*.⁶

Em 1861, no caso *Beamesch v. Beamesch*, a House of Lords⁷ da Inglaterra fixou a regra de que seus precedentes vinculavam as suas próprias decisões, bem como as das cortes inferiores, incorporando definitivamente, o *stare decisis* ao *Common Law*.⁸

Importante ressaltar que enquanto no *Common Law* o juiz atua como um moderador entre duas partes de um litígio, cujo julgamento resultará em uma sentença proferida por este mesmo juiz após o veredito de um júri popular, na *Civil Law*, o juiz, respeitado o princípio da inércia de jurisdição, possui papel ativo no que se refere ao impulso processual e à instrução probatória, verificando se o litígio encontra-se ou não maduro para julgamento.

Ainda, no sistema da *Common Law*, não obstante as decisões judiciais tenham por base precedentes, pode ocorrer o chamado “*first impression case*”, caso para o qual não haja exatamente um precedente aplicável⁹. Verifica-se que o juiz precisará ter em mente, os comportamentos usuais bem como as expectativas que melhor atenderiam aquela comunidade, o que dependerá do local em que as partes ou o evento tenha ocorrido, de forma que, o *Common Law* não necessariamente terá por base sempre um precedente mas se apresentará de maneira flexível o suficiente para refletir sobre as diferentes circunstâncias e necessidades, caso a caso.

Destaque importante deve ser feito quanto à diferença entre jurisprudência e precedentes. Enquanto a primeira é o conjunto de decisões dos Tribunais, os precedentes são decisões proferidas em determinados casos concretos e que podem ser utilizadas a casos similares (análogos) sob julgamento e aos quais pode ser aplicado o mesmo entendimento, a fim de garantir uniformidade na aplicação ou mesmo interpretação da lei.

A valorização dos precedentes tem por finalidade, a celeridade processual, a economia e a segurança jurídica, e não a limitação da atuação interpretativa dos juizes e tribunais pátrios ou para restringir o direito de acesso à justiça. Não significa, portanto, a “eternização” das decisões judiciais.

⁶ CRAMER, *op. cit.*, p. 16/19.

⁷ The House of Lords is the second chamber of the UK Parliament. It is independent from, and complements the work of, the elected House of Commons. The Lords shares the task of making and shaping laws and checking and challenging the work of the government. Disponível em: <http://www.parliament.uk/business/lords/work-of-the-house-of-lords/what-the-lords-does/>. Acesso em: 18 de julho de 2017.

⁸ CRAMER, *op.cit.*, p. 20/21.

⁹ Mesmo em uma cultura do *common law*, alguns institutos da *civil law* são aplicados nos Estados Unidos, por exemplo, o caso *Pierson v. Post* no qual se tratou de tutela da posse de uma raposa em caça, no qual a Suprema Corte de Nova York utilizou-se de partes de uma codificação - Livro II, Título I, Seção 12 - para julgamento.



Diante a atual conjuntura no ordenamento jurídico brasileiro, é perceptível uma mudança de abandono das premissas clássicas da Civil Law e à reedição às influências da teoria do *stare decisis*. No entanto, o juiz deverá continuar a exercer o seu livre convencimento e a agir conforme a sua ciência e consciência, afastando determinada norma quando ela não for capaz de solucionar efetivamente o caso concreto.

No CPC/73¹⁰, não são poucas as referências do *Common Law*, como por exemplo, a aplicação de matérias já sumuladas pelo STJ¹¹ e STF¹², o controle abstrato de constitucionalidade, as decisões em sede de recursos repetitivos, o poder do relator em negar ou dar provimento, monocraticamente, ao recurso com base em precedentes (art. 557 CPC/73 e art. 932 CPC/2015¹³). É preciso no entanto, separar os precedentes obrigatórios, qual seja, aqueles formados pelos Tribunais Superiores, dos demais precedentes não vinculantes. Por isso se diz que no Brasil, a aplicação dos precedentes é mitigada.

Importante ressaltar que o movimento de “intercâmbio” entre os sistemas jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law* não trata apenas do aprofundamento da *Common Law* no sistema jurídico brasileiro, mas o movimento inverso também é verdadeiro, com a incorporação de mecanismos da *Civil Law* em legislações tradicionalmente anglo-saxãs, como na legislação inglesa, por exemplo, com seu Código de Processo Civil de 1998 e o *Data Retention and Investigatory Powers Act*, de 2014, que regula a interceptação de comunicações e de dados de particulares.¹⁴

No Brasil, ao que parece, no entanto, a motivação para o aprofundamento do sistema de precedentes se deu de maneira diferente daquela existente nos países que, originalmente, adotam o *Common Law*. Enquanto naqueles há uma preocupação em encontrar a solução para um caso, adequando esta à comunidade e seus valores, no Brasil, verificou-se que tal sistema, auxiliaria a solução para a quantidade de demandas, geradas anualmente.

A valorização dos precedentes tem por consequência, a celeridade processual, mas sua finalidade precípua, não pode limitar-se a resolver o alto número de demandas existentes no Brasil, mas assegurar isonomia e segurança jurídica, criando um ambiente legal favorável à realização de negócios e atração de investimentos.

¹⁰ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5369.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2017.

¹¹ <<http://www.stj.jus.br/porta/site/STJ>>. Acesso em: 18 de julho de 2017

¹² <<http://www.stf.jus.br/porta/principal/principal.asp>>. Acesso em: 18 de julho de 2017

¹³ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2017.

¹⁴ CRAMER, *op.cit.*, p. 02.



De maneira bastante prática, ao contrário do que pensam críticos do sistema, este não existe com o fim de restringir o direito de acesso à justiça, não significa a “eternização” das decisões judiciais, uma vez que o próprio precedente pode sim ser modificado, mas ao menos, desenvolver um panorama no qual os riscos de uma flutuação de decisões controversas seja mitigado.¹⁵

Diante da atual conjuntura, verifica-se uma nítida mudança pelo ordenamento brasileiro no sentido não de abandonar as premissas do *Civil Law*, mas mesclar aspectos de outros sistemas legais objetivando gerar eficiência e utilidade à coisa julgada por meio das influências da teoria do *stare decisis*.¹⁶

O ordenamento jurídico está valorizando o precedente para adotar um sistema de precedentes que promova a integridade do Direito e, sobretudo, possibilite o controle dos casos que se instauram – ou está em vias de se instaurar – no Poder Judiciário.¹⁷

No entanto, o juiz deverá continuar a exercer o seu livre convencimento e a agir conforme a sua ciência e consciência, afastando determinada norma quando ela não for capaz de solucionar efetivamente o caso concreto.

Ad lado de todas as considerações expostas, observando a realidade social de maneira bastante pragmática, o sistema jurídico deve servir, precipuamente, à solução eficiente e justa das questões frente a ele colocadas, o que significa que, quer sob um sistema de *Civil* ou *Common Law*, percebe-se que os sistemas se organizaram com a finalidade de: ou atender a interesses das classes dominantes (decisões do rei) ou de organizar a sociedade para impedir desigualdades sociais (codificação que gera estabilidade e isonomia).

Tal fato leva à premissa de que os sistemas jurídicos desenvolvem-se e se organizam de acordo com as necessidades e poder predominantes em determinada sociedade, não necessariamente associados e com os mesmos objetivos. Nesse aspecto, a histórica separação de poderes de Montesquien pode ser traduzida, juridicamente falando, para o bem ou para o mal, ou seja, por um lado, um Judiciário independente pode definir sobre quais bases pretende trabalhar para que se alcancem decisões melhores e justas.

De outro, garantir poderes ao Legislativo, significa confiar que os interesses sociais serão atendidos pela simples aplicação das leis (*Civil Law*), que em regra, serão estruturadas de acordo com as necessidades de cada região ou localidade, o que no caso brasileiro, nem sempre acontece.

¹⁵ HUMBACH, *op.cit.*, p. 4

¹⁶ *Stare Decisis* significa que o Estado deve respeitar seus próprios precedentes.

¹⁷ CRAMER, *op. cit.* p. 03.



A partir de tais pontos e de maneira bem simplista, é possível enxergar que, dependendo do contexto social, ora o sistema está a serviço do rei, ora dos comuns, como ocorreu inicialmente no surgimento do *Common Law* e no desenvolvimento do *Civil Law*, respectivamente, se assim se poderia colocar.

2. EVOLUÇÃO DA *COMMON LAW* NO DIREITO BRASILEIRO E AS CONTROVÉRSIAS QUANTO À SUA APLICAÇÃO.

Em 18 de março de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil¹⁸, trazendo entre suas inovações uma valorização dos precedentes. Ao contrário do que afirmam alguns juristas, a intensificação no uso do *Common Law* no direito brasileiro não se deve a uma possível falta de confiança na justiça ou apenas um método eficaz para eliminação de demandas, mas em um novo olhar sobre um sistema que, apesar de sempre ter existido, não foi capaz até então, de desenvolver a curiosidade dos aplicadores da *Civil Law* de maneira a mostrar quão eficientes poderiam ser seus mecanismos como contribuição para a boa prestação jurisdicional.

No Brasil, o tema é bastante relevante se considerado o número de demandas ajuizadas anualmente, sendo que os precedentes trazem uma solução prática para por fim ao volume de demandas nas quais se discute a mesma matéria. Mais uma vez, se não há como “atacar” ou resolver a origem desse panorama, o que, definitivamente deve ser objeto de estudo, com, por exemplo, o respeito ao consumidor, a cautela quanto à comercialização e fabricação de produtos, é preciso resolvê-lo, ao menos, de forma eficaz.

Ao que parece, a utilização do *Common Law* de maneira cada vez mais intensa no ordenamento brasileiro, tem por objetivo, além de simplesmente reduzir o número de demandas nas quais pendem as mesmas controvérsias, a evolução da sociedade em todos os seus aspectos, mas sobretudo, assegurar maior segurança jurídica.

À primeira vista, a ideia de ter uma demanda judicial apreciada e julgada utilizando a técnica dos precedentes é refutada. Isso porque na visão objetiva daqueles que buscam a solução judicial, cada caso é único e assim sendo, como se utilizar de um julgamento existente para julgar outro caso que apresenta uma série de elementos diversos do precedente utilizado?

¹⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.



O que se irá verificar, no entanto, é o grau de similaridade de um caso a outro para que se possa ou não aplicar o precedente, o que não é feito de maneira simplista e objetiva, mas por meio da análise caso a caso, realizada pelo juiz quando da elaboração da sentença.

Voltando à questão da segurança jurídica, essa guarda fundamental relação com o desenvolvimento saudável da sociedade e seu ambiente de negócios. Primeiramente porque o investidor, seja brasileiro ou estrangeiro, saberá com qual tipo de ambiente está lidando, de firma a direcionar sua estratégia de negócios. De outro lado, porque esse mesmo investidor, conhecedor do sistema jurídico existente, saberá a exata consequência de suas decisões, o que difere ainda do que se considera previsibilidade jurídica, pois, como já foi dito, o sistema não trabalha com objetividades.

Não se deve confundir previsibilidade com confiança no sistema. Até porque as decisões judiciais precisam considerar sempre o meio no qual são proferidas, de acordo com o contexto social no qual são criadas, influenciando-o e transformando-o de acordo com as necessidades sociais. Mas construir as bases de um sistema jurídico sobre o qual agirão outros agentes com o fim de garantir uma sociedade justa e próspera, é fundamental para que a construção de riquezas aconteça no que se refere a: geração de trabalho, distribuição de lucros, recolhimento de impostos, etc.

Não obstante a importância adquirida pelos precedentes no CPC/2015¹⁹, Elpidio Domizetti destaca que há mais de vinte anos o Brasil vem adotando o uso dos precedentes e fornece como exemplo, a Lei n. 8.038/90²⁰ em seu art. 38, que dispõe sobre os poderes do relator no STF e STJ para negar recursos que contrariem questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal.²¹ Observa-se, no entanto, que tal artigo foi revogado pelo CPC/15, que trouxe o art. 1.042 quanto aos poderes do Tribunal para inadmitir Recurso Extraordinário (RExt) ou Recurso Especial (REsp), salvo com fundamento em entendimento firmado em regime de repercussão geral ou julgamento de recurso repetitivo.

Um outro exemplo, presente na Constituição Federal²¹ e que reflete a presença dos precedentes no ordenamento brasileiro, também desde a edição da EC n. 45 é o art. 102 § 2º, que dispõe sobre o efeito vinculante das decisões de mérito proferidas pelo STF nas ADI's (Ações Diretas de Inconstitucionalidade) e ADC's (Ações Declaratórias de Constitucionalidade).

¹⁹ BRASIL, *ibid.*, nota 18.

²⁰ BRASIL. Lei n. 8.038/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em: 18 de julho de 2017.

²¹ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2017.



No CPC/73²², não são poucas as referências do *Common Law*, como por exemplo, a as súmulas vinculantes, criadas a partir da introdução do art. 103-A na Constituição Federal, pela Emenda n. 45/2004, passando a permitir que o STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovasse súmula, vinculando todos os demais órgãos do Poder Judiciário. Ainda, o art. 103-A em seu § 1º dispõe sobre o objetivo das súmulas, qual seja, o de interpretar as normas acerca das quais haja controvérsia. Como menciona o Desembargador José Tarcizio de Almeida Melo²³: A súmula vinculante destina-se à reconciliação dos juízes e à pacificação da jurisprudência.

Além das súmulas vinculantes, podem ser citados os recursos repetitivos. Lembrando que os recursos repetitivos foram criados pela Lei n. 11.672/2008²⁴, integrados ao antigo Código Civil pelo artigo 543-C e são recursos que, de modo geral, se fundam em questões de direito idênticas à de outros recursos e que, são decididos em pelo STJ.

A aplicação das teses decididas em sede de recursos repetitivos não é obrigatória mas como se trata de julgamento proferido pelo STJ, o posicionamento ganha bastante relevância para os demais julgamentos, mas o efeito principal de tais recursos ocorre perante o próprio Tribunal Superior pois os temas já com decisão em recurso repetitivos, terão negado seu seguimento para a análise do Tribunal.

Como pode-se verificar, a lei dos recursos repetitivos teve por finalidade, «desafogar» o Judiciário, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça, resguardando para a sua apreciação, apenas questões de maior relevância, ainda sem posicionamento pacificado pelo Tribunal. Além disso, inegável o fato de que tais decisões garantem maior segurança jurídica das relações jurídicas sobre o tema, evitando assim novas ações desnecessárias e julgamentos controversos, além da celeridade em função do entendimento firmado.

Além dos dispositivos já citados, o art. 285-A CPC/73²⁵ traz a possibilidade de se proferir, desde logo, a sentença caso a matéria controvertida seja unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos, o que se tornou o art. 332 CPC/15.

Por sua vez, o art. 481 CPC/73²⁶, ainda quanto à apreciação da arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não haverá submissão do tema em plenário ou

²² BRASIL. Lei n. 11.672/2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2008/Lei/L11672.htm. Acesso em: 18 de julho de 2017.

²³ MELO, José Tarcizio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: <http://www.almeidamelos.com.br/images/illustra/svinculante.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²⁴ BRASIL. *op. cit.*, nota 22.

²⁵ BRASIL. *op. cit.*, nota 13.

²⁶ BRASIL. *op. cit.*, nota 10.



órgão especial caso já tenha havido pronunciamento dos órgãos fracionários (Câmaras, Turmas ou Seções) dos Tribunais ou do plenário do STF sobre a questão. Também não se submete ao duplo grau de jurisdição do art. 475 do CPC/73²⁷, a sentença fundada em jurisprudência do Pleno do STF ou súmula emitida por este. Seguindo por fim, na mesma direção, o art. 518 CPC/73²⁸.

A consequência da introdução de outros elementos da *Common Law* no ordenamento brasileiro pode até ter sido a redução no número de demandas, mas sua motivação primordial foram as diversas interpretações que se poderia dar a determinada norma jurídica, causando insegurança jurídica por decisões controversas em casos idênticos.

Uma das consequências positivas para a segurança jurídica são os efeitos: vinculante, persuasivos e impeditivos dos precedentes, efeitos que de forma geral, direcionam a atuação dos órgãos do Judiciário em seu atuar nos casos em que o precedente esteja formado ou possa ser aplicado.

Como consequência da alegada insegurança jurídica, não raros são os exemplos na legislação brasileira, que representam entraves a um ambiente de negócios saudável e ao empreendedorismo; Entre eles, podem ser citados: as incertezas quanto à legislação trabalhista, como por exemplo nos conflitos entre trabalhadores sob o regime da CLT e aqueles enquadrados como prestadores autônomos de serviço, ou o fornecimento de transporte a funcionários mas que torna-se hora extra e os conflitos de competência em matéria ambiental como a emissão de licenças, ora realizada por órgão estadual, ora por órgão federal, sob pena de ações civis públicas se sobreporem a acordos realizados perante a justiça.

Em 2012, artigo publicado na Revista Exame trazia o seguinte trecho:

No Brasil, as empresas estão sempre tentando adivinhar o que ainda é legal ou não. Uma atitude correta antes pode não ser mais hoje (...) a insegurança causada pelas revisões de normas explica por que alguns preferem se antecipar aos problemas, mesmo que isso seja mais custoso.²⁹

Trata-se de uma conduta empresarial de precanção mas que demanda um planejamento financeiro que vai além daquele inerente à própria atividade produtiva, o que encarece o produto final e onera o consumidor.

²⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

²⁸ *Ibid.*, nota 27.

²⁹ CRUZ, Patrick; MAIA JUNIOR, Humberto. Preso aos Anos 40. *Revista Exame*, São Paulo, p.64-72, nov. 2012. Semanal.



A aplicabilidade de precedentes judiciais fortalece as concepções de segurança jurídica e a estabilidade jurisdicional, mas, por outro lado, impede o desenvolvimento hermenêutico do direito.

Nesta dimensão, o direito fundamental no aspecto processual não prescinde das inovações processuais, mas a recepção desenfreada de técnicas do *Common Law*, principalmente da vinculação de precedentes, que podem apagar aos poucos as raízes deixadas pelo Direito Romano-Germânico, bem como americanizar o Direito Constitucional Brasileiro.

É preciso, no entanto, separar os precedentes obrigatórios, qual seja, aqueles firmados pelos Tribunais Superiores, dos demais precedentes não vinculantes. Por isto se diz que no Brasil, a aplicação dos precedentes é mitigada.

A valorização dos precedentes tem por finalidade, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, e não para limitar a atuação interpretativa dos juízes e tribunais pátrios ou para restringir o direito de acesso à justiça. Não significa, portanto, “eternização” das decisões judiciais.

Um dos principais efeitos desse novo patamar de importância alcançado pelos precedentes é que sendo precedente e portanto, vinculante, revela-se como norma jurídica ou seja, decidir contrariamente ao precedente significa litigar contra uma norma jurídica e assim, contra a probidade processual.

Porém, para que não se afaste definitivamente do sistema da *Civil Law*, poderão as partes comprovar o *distinguishing* (distinção) ou o *overruling* (superação), impedindo que as partes o façam apenas por litigar.

A larga utilização da jurisprudência é uma das alternativas que visa a auxiliar na busca pela homogeneização dos julgados. Muito embora não seja instrumento de vinculação de decisões, desenvolve relevante papel na busca pela segurança jurídica através da sua força. Valer-se de decisões pretéritas como fonte de fundamentação para a resolução de novos casos assemelha-se muito à atividade desenvolvida pelo julgador do *Common Law*, atribuindo caráter de fonte de direito aos julgados.

Assim, a atual função do juiz do *Civil Law*, mais especificamente do brasileiro, muito se assemelha à atividade desenvolvida pelos juízes do *Common Law* ao desenvolver esta interpretação da lei escrita e, inclusive, vinculando às decisões passadas o fundamento das resoluções dos novos casos.



3. A INTENSIFICAÇÃO DA *COMMON LAW* NO CPC/2015 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A SEGURANÇA JURÍDICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como visto, embora já presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da edição do CPC/2015³⁰, tal presença se intensificou. Como cita Fernando Guajardoni: “Em um ponto, entretanto, o Novo CPC não frustrou a proposta originária da comissão de juristas encarregada de elaborar o projeto: o propósito de que os precedentes sejam levados a sério no Brasil.”³¹

Um exemplo bastante significativo da evolução dos precedentes no CPC/2015³² está nos artigos 926, o qual dispõe que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente, e o art. 927 CPC/2015, o qual³³ dispõe sobre a observação por parte dos juízes e Tribunais, das decisões proferidas pelo STF no controle concentrado, bem como dos acórdãos em Incidentes de Assunção de Competência (IAC's), IRDR's (Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas), bem como de julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos. Lembrando ainda que além dos juízes, partes e advogados, pelo princípio da boa-fé das relações processuais, também possuem tal dever de respeito.

Além disso, houve uma tentativa do novo Código, de se estabelecer um micro sistema de precedentes, de forma que foi necessária a estruturação dos já citados mecanismos do IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), arts. 976 a 987 do CPC/2015³⁴ e do IAC (Incidente de Assunção de Competência), art. 947 CPC/2015³⁵.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 13.

³¹ GUAIARDONI, Fernando. No novo CPC, demandar contra precedente é litigância de má fé? Disponível em: <http://jota.info/tribunais/novo-cpc/no-novo-cpc-demandar-contras-precedente-e-litigancia-de-ma-fe-15022016>. Acesso em: 20 mar. 2017.

³² BRASIL, op. cit., nota 13.

³³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editam enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 13.

³⁵ BRASIL, *ibid.*, nota 13.



Na realidade o IAC não é propriamente uma novidade do CPC/2015³⁶, uma vez que já previsto no art. 555 do CPC/73³⁷. Houve uma reestruturação de suas bases com o Código de 2015 que procurou lhe dar utilidade prática. Quanto ao IRDR, este sim caracteriza uma significativa evolução na teoria dos precedentes dentro do CPC/2015³⁸.

O IRDR se insere como um dos meios de solução coletiva de conflitos de interesses, mitigando a existência de demandas repetitivas, que tratam da mesma questão de fato e de direito. Na década de 70, Mauro Cappelletti fez um grande estudo sobre o acesso à justiça para verificar de que forma tal acesso poderia melhorar, pois, não fazia sentido a existência da tramitação de milhares de ações que tratam da mesma questão, o que incharia o Judiciário e impediria o julgamento das demandas singulares com o julgamento de demandas idênticas. Viu-se, assim, que era preciso reestruturar esta representação dos interesses difusos.

No Brasil, alguns mecanismos foram desenvolvidos com o fim de resolver a questão, entre eles, as ações coletivas (ação civil pública, ação popular, ação civil pública por atos de improbidade e mandado de segurança coletivo), no entanto, ao longo do tempo, percebeu-se que as ações coletivas por si só não resolveram o problema da judicialização excessiva de demandas sobre a mesma questão.

Isso porque as ações coletivas na sua relação com as ações individuais têm o sistema do *right to opt in/out*, inspirado no sistema norte americano, presente no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a ação coletiva não suspende ou gera litispendência para as individuais, cada autor individualmente tem o direito de optar se leva o conflito para a ação coletiva ou se permanece com a ação individual o que em nada contribui para a redução de ações individuais. Além disso, nas ações coletivas, quem atua é o legitimado extraordinário previsto na lei. Portanto, não há um amplo direito na participação das ações coletivas, não havendo assim, um combate efetivo da excessiva litigiosidade.

O mecanismo dos Recursos Repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, por sua vez, surgiu em 2006, por meio dos julgamentos por amostragem de Recursos Especiais e Recursos Extraordinários. Já o IRDR, previsto nos arts. 976 a 987 CPC/15³⁹, além de ser um mecanismo para a formação de mecanismos vinculantes, dá solução ao conflito de interesses que vai se aplicar para diversos outros casos. Teve sua origem no direito alemão, no qual o procedimento foi criado para que sua solução de uma questão de direito fosse aplicável a todos os casos análogos, pendentes e futuros.

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

³⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

³⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

³⁹ BRASIL, *ibid.*, nota 13.



O CPC/2015⁴⁰ não estabelece um número de demandas que devem se repetir para possibilitar a instauração do incidente, cabe a cada Tribunal avaliar. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já admitiu, desde 16 de maio de 2016, sete IRDR's, suspendendo, em todo o Estado, todas as demandas relativas ao assunto a ser julgado nos respectivos incidentes.

Lembrando, porém, que o IRDR não pode analisar matéria fática, a questão deve ser unicamente de direito. Há entendimento porém, de que se a questão controversa também poderia envolver fatos que não demandassem provas, porque a razão de existir do artigo 976, ao falar de questão unicamente de direito é evitar a necessidade de instrução probatória no âmbito do IRDR.

A instauração do IRDR provoca a suspensão de todos os processos pendentes no Estado ou região sobre aquela matéria, a teor do art. 980 CPC/2015⁴¹, sendo este prazo de um ano. Tal suspensão, porém, dependerá da natureza da matéria a ser apreciada, se questão relativa à lei federal ou questão constitucional. Julgado o IRDR, cessa a suspensão nacional. O incidente permite ainda a intervenção da figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas.

Como é da natureza de sua origem, a decisão proferida no IRDR possui efeito vinculante (art. 985 § 2 CPC/2015⁴²), como ocorre com as Ações de Inconstitucionalidade e Súmulas Vinculantes.

Outro mecanismo "firmador de precedentes trazido pelo CPC/2015"⁴³, é o IAC – Incidente de Assunção de Competência, cabível quando houver relevante questão de direito com repercussão social não repetitiva, pelo qual será deslocada a competência para julgamento de recurso, remessa necessária ou processos de competência originária do Tribunal, que contenha relevante questão de direito de repercussão social não repetitiva.

Haverá análise de juízo de valor pelo Tribunal desses conceitos jurídicos indeterminados e só poderá ser suscitado perante o Tribunal (art. 947 'caput' CPC/2015⁴⁴), enquanto o IRDR pode ser suscitado perante qualquer juízo. São legitimados à sua propositura as partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Relator do recurso interposto.

⁴⁰ BRASIL, *Ibid*, nota 13.

⁴¹ BRASIL, *Ibid*, nota 13.

⁴² BRASIL, *Ibid*, nota 13.

⁴³ BRASIL, *Ibid*, nota 13.

⁴⁴ BRASIL, *Ibid*, nota 13.



Admitido e julgado, a decisão do IAC vinculará o julgamento dessa mesma questão para casos pendentes e futuros (art. 947 § 3 CPC/2015⁴⁵). Trata-se do único caso em que o código usa a palavra “vinculação”. Dessa forma, perde o sentido o antigo incidente de uniformização de jurisprudência, pois, o IAC surge como mecanismo para prevenir ou combater divergências, desde que a questão não seja repetitiva. (art. 947 § 4 CPC/2015⁴⁶).

Sobre a diferença deste incidente dos demais meios de formação de precedentes do novo CPC, valem as observações de Marco José Porto Soares:

É a única técnica vinculante, entre as outras do nosso sistema processual, em que há o julgamento de um caso concreto isolado (e não apenas formação de teses jurídicas), o que é condição *sine qua non* para a formação de um precedente.

(...)

A característica que distingue o incidente de assunção de competência dos demais, a ponto de vê-lo mais próximo da linha de formação dos precedentes no sistema do Common Law, é que por meio dele se dá efetivamente e prioritariamente o julgamento de um caso específico e concreto, com a explicitação de uma ratio decidendi, o que não ocorre para a criação das súmulas vinculantes, das orientações jurisprudenciais, e até mesmo de decisão estranha de um incidente de resolução de demandas repetitivas.⁴⁷

Uma das críticas à utilização dos precedentes com maior intensidade, a partir do CPC/2015,⁴⁸ é a ideia de “massificação” do direito, com um enquadramento forçado de casos concretos a situações similares, mas ainda assim, não idênticas, sobre as coisas já houve pronunciamento judicial. Neste caso, os precedentes funcionariam como uma espécie de “válvula de escape” ao esforço decisório do juiz.

Outra reflexão a ser feita é sobre a extensão da vinculação gerada pelos precedentes. Se por um lado, os precedentes têm o condão de fornecer segurança jurídica ao sistema, de outro, nem todo e qualquer precedente possui vinculação obrigatória, ao contrário por exemplo, das súmulas vinculantes. Ou seja, há graus diferenciados de vinculação quando se trata de precedentes.

As súmulas (não vinculantes), por exemplo, funcionam como parâmetro para futuras decisões sobre a matéria controversada, não sendo porém, de observância obrigatória nos julgamentos, mas direcionam o olhar do julgador para o tema de controvérsia similar já resolvida.

⁴⁵ BRASIL, *Ibid*, nota 13.

⁴⁶ BRASIL, *Ibid*, nota 13.

⁴⁷ SOARES, Marco José Porto. *Do incidente de assunção de competência*. Disponível em: http://www.academia.edu/28789900/Do_Incidente_de_Assunção_de_Competência, p. 6-7.

⁴⁸ BRASIL. *op. cit.*, nota 13.



A questão da vinculação, ademais, é matéria bastante relevante na temática de estudo dos precedentes, pois, tem como objetivo não apenas a redução de demandas como a estabilidade das decisões. Como cita Ronaldo Cramer:

A segurança jurídica, entendida como a previsibilidade da resposta judicial, exige maior respeito aos precedentes. Com efeito, se puder supor que o Judiciário solucionará um determinado caso da mesma forma como já julgou outros idênticos, a sociedade terá previsibilidade da resposta judicial, e isso, sem dúvida, trará mais segurança jurídica ao convívio social. (...) Ademais, deixar com que o juiz julgue de forma distinta um caso igual ao caso do precedente significa admitir o tratamento diferente para dois casos idênticos, o que viola a isonomia. Se o Judiciário já definiu a tese jurídica, essa resposta tem que ser respeitada em todas as ações que contenham a mesma tese.⁴⁹

Um sistema jurídico íntegro e estável, auxilia as bases para que se desenvolva um ambiente de negócios próspero e atrativo, inclusive ao capital estrangeiro. A presença dos precedentes no novo Código de Processo Civil assim, visa assegurar o equilíbrio do sistema, gerando confiança ao ambiente de negócios.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou em diversos aspectos incorporados do sistema do *Common Law*. Se a finalidade precípua da introdução de tais mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro foi a de reduzir o número de demandas e garantir celeridade aos julgamentos, o resultado, a ser verificado ao longo do tempo vai muito além de tais objetivos.

Os novos instrumentos que visam assegurar a estabilidade das decisões em muito contribui para a formação de um ambiente de negócios saudável, reduzindo o elemento que mais assusta o empresariado ou investidor brasileiro: o risco.

A base para uma economia sólida começa com um ambiente jurídico favorável para que se tenha um mínimo de planejamento e previsibilidade por parte das empresas, seja pela possibilidade de ter cumpridos os contratos firmados ou pela certeza de que determinadas decisões judiciais que embasaram a estratégia empresarial, não passarão por flutuações a ponto de provocar uma reviravolta em orçamentos e investimentos.

⁴⁹ CRAMER, *op. cit.*, p. 04.



A estabilidade das decisões e o respeito à coisa julgada traz como consequência, a segurança jurídica mínima que se espera para a concepção de modelos de negócios, geração de empregos e acima de tudo, para garantir competitividade, frente a países que buscam, dia a dia, novos mercados consumidores para desaguar seus produtos.

Dessa forma, o trabalho apresentado trouxe algumas considerações acerca da evolução da *Common Law* no direito brasileiro, e de que forma esta evolução tem contribuído para que se construa um ambiente jurídico seguro e favorável ao desenvolvimento empresarial brasileiro de forma a criar um ambiente de negócios saudável, ressaltando ainda, as consequências desta transformação para o julgamento dos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. 2017. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/jurisprudencia-x-precedente>. Acesso em: 03 mar. 2017

BUENO, Cástio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ, Patrick; MAIA JUNIOR, Humberto. Presto aos Anos 40. *Revista Exame*, São Paulo, p.64-72, nov. 2012. Semanal.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Novo Código de Processo Civil: Comparativo com o Código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2015.



GUAJARDONI, Fernando. *No novo CPC, demandar contra precedents é litigância de má fé?* Disponível em: <https://jota.info/columnas/novo-cpc/no-novo-cpc-demandar-contras-precedentes-e-litigancia-de-ma-fe-15022016>. Acesso em: 20 mar. 2017.

HERZOG, Ana Luiza. *Por que é tão Desigual?* *Revista Exame*, São Paulo, p. 32-46, jun. 2014. Semanal.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Canada: Barnes & Noble, 2004.

HUMBACH, John. *Whose Moral? An introduction to the American Legal System*. Aspen Publishers: New York, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, José Tarcizio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: <http://www.almeidamelos.com.br/images/doutrina/svinculante.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

SOARES, Marco José Porto. *Do incidente de assunção de competência*. Disponível em: https://www.academia.edu/28789900/Do_Incidente_de_Assunção_de_Competência. Acesso em: 20 mar. 2017.

THE COMMON Law and Civil Law Traditions. University of California at Berkeley
Disponível em: <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>
Acesso em: 03 mar. 2017.

A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: PROBLEMÁTICAS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Amanda Chaves Rodrigues

Graduada pela Universidade Federal do Estado
do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – O Código de Processo Civil de 2015 atribuiu ainda mais força ao precedente judicial, em busca de efetivar as garantias constitucionais da segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo, mas deixou dúvidas acerca da manutenção da independência do magistrado. O presente trabalho, ao abordar o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), aponta que o instituto deve ser utilizado com a cautela necessária, uma vez que a aproximação ao sistema *common law* não pode impedir a individualização do caso concreto. Analisar-se-á, de forma crítica, a padronização de decisões, demonstrando, de um lado, a mitigação ao sistema *civil law*, e, de outro, a descrença popular pela morosidade e insegurança jurídicas na prestação jurisdicional.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Princípio da Independência. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Sumário – Introdução. 1. A atribuição de maior força aos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro: a possível violação ao sistema *civil law*. 2. Prevalência do precedente judicial sobre a independência do magistrado: uma tendência? 3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do novo Código de Processo Civil e a ofensa à individualização do caso concreto com a padronização de decisões. Conclusão. Referências.

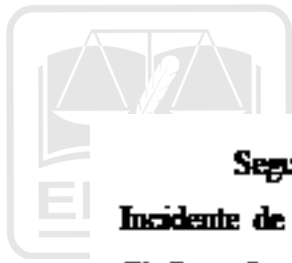
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de violação do princípio da independência, à luz do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto no Novo Código de Processo Civil.

A partir das posições doutrinárias e jurisprudenciais, procura-se demonstrar o enfraquecimento do sistema *civil law* no ordenamento jurídico brasileiro e o conflito entre a segurança jurídica e o princípio da independência dos magistrados.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a origem histórica do ordenamento jurídico brasileiro, considerado como integrante do modelo *civil law*, em que o alcance da segurança jurídica é realizada, primordialmente, por meio de leis, e não por precedentes judiciais – utilizados, fundamentalmente, no sistema *common law*.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão, com a crescente globalização, nas áreas econômica, social e, por óbvio, na área jurídica, a qual resta evidenciada pela aproximação dos modelos jurídicos, mediante a influência mútua e a constante troca de informações entre diversos países.



Segue-se ponderando, no segundo capítulo, acerca da discussão, com o advento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no Novo Código de Processo Civil, referente à suposta prevalência do precedente judicial sobre o princípio da independência nas relações civis.

O terceiro capítulo, por fim, examina a necessidade de implementação de mudanças legislativas que demonstrem a indispensabilidade de individualização do caso concreto, com atenção às suas peculiaridades, constatando se as regras gerais fixadas em sede de IRDR são suficientes para garantir a tutela jurisdicional.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A ATRIBUIÇÃO DE MAIOR FORÇA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO SISTEMA *CIVIL LAW*

O sistema jurídico brasileiro, influenciado pela origem romano-germânica, filia-se ao sistema *civil law*, cuja fonte primária do ordenamento jurídico é a lei e, conseqüentemente, caracteriza-se como o principal instrumento para solução dos conflitos. A essência legalista pode ser observada, inclusive, da simples leitura do art. 5º, II, da CRFB/88, o qual estabelece, expressamente, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Fábio de Oliveira Azevedo¹, nesse contexto, demonstra a primordial diferença entre os sistemas, consistente na primordial fonte do direito, e destaca o significado da palavra fonte. Confira-se:

O sistema brasileiro acompanha a tradição do sistema continental ou romano-germânica, para o qual serve a lei como fonte principal do Direito. (...) Distingue-se

¹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 36.

do sistema *common law*, acolhido em países como a Inglaterra e os EUA, nos quais o ordenamento surge sem a necessidade de leis escritas, figurando a jurisprudência como fonte produtora da norma e do próprio direito. A palavra fonte significa "nascente de água", ou, simplesmente, o meio de onde a norma irá emanar.

Ou seja, ao contrário do sistema *common law*, também conhecido como sistema anglo-saxão, em que se atribui preponderância aos precedentes judiciais; no sistema *civil law*, por sua vez, o Estado pretende regular a vida em sociedade e validar sua atuação a partir de normas de conduta positivadas, as denominadas leis em sentido amplo². O princípio da legalidade, portanto, visa não só atribuir segurança jurídica ao indivíduo, mas, também, legitimar a atuação estatal, funcionando como instrumento norteador da atividade jurisdicional.

Neste sentido, é também a lição de Miguel Reale³:

Temos, pois, dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências culturais distintas, resultantes de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica. O confronto entre um e outro sistema tem sido extremamente fecundo, inclusive por demonstrar que, nessa matéria, o que prevalece, para explicar o primado desta ou daquela fonte de direito, não são razões abstratas de ordem lógica, mas apenas motivos de natureza social e histórica.

Ocorre que, com a globalização, inegáveis são os reflexos culturais, econômicos, sociais e, sobretudo, jurídicos, haja vista que a influência mútua e a constante troca de informações entre diversos países permitem a crescente aproximação dos modelos jurídicos. O que se visa, então, é aprimorar os sistemas existentes, atribuindo maior segurança jurídica e mais efetividade ao direito.

Ora, conquanto a lei seja, em decorrência da origem romano-germânica, considerada como fonte primária do direito brasileiro, não se faz possível sustentar um Estado exclusivamente legalista. Isso se deve às constantes modificações, que não podem ser acompanhadas pelo legislador, e à flagrante impossibilidade de previsão de todos os casos concretos.

O ideal utópico e originário do sistema *civil law* não se sustenta, de modo que, associando a segurança jurídica à legalidade, considera que o magistrado apenas pode atuar na aplicação e concretização da vontade do legislador, deixando de observar que a admissão de interpretação jurisdicional se faz impositiva. O magistrado não pode ser visto tão somente como aplicador da norma, pois qualquer atividade jurisdicional, mínima que seja, demanda

² Lei em sentido amplo inclui as várias formas de normas de conduta, dentre as quais estão: medidas provisórias, decretos, princípios gerais de direito, usos, costumes e analogia.

³ REALE, Miguel. *Lições profissionais de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 132.



interpretação jurídica, pautada pela norma legal, não podendo alterá-la, extrapolá-la ou cerceá-la.

No direito brasileiro, a atribuição de força aos precedentes judiciais não é uma questão recente, porém, que se revela cada vez mais crescente e, por isso, relevante. É o que se observa, inicialmente, no art. 38 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, promulgada há mais de vinte anos. Esse dispositivo, originariamente, possibilitava ao relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidir o pedido ou o recurso que tiver perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

Mas não é só: a Emenda Constitucional n. 03/1993, que acrescentou o § 2º ao art. 102 da Constituição Federal, atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Além disso, o próprio Código de Processo Civil de 1973, ao longo dos anos, passou a prever dispositivos que atribuem maior força aos precedentes judiciais⁴.

Resalte-se, ademais, que, até a vigência do novo Código de Processo Civil, o marco mais reconhecido para a fortificação da sistemática dos precedentes judiciais é a Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual além de ter promovido uma grande reforma no Poder Judiciário, passou a prever a existência de súmulas vinculantes e a possibilidade de atribuir repercussão geral às questões submetidas a recurso extraordinário, nos termos do art. 102, §3º, da CRFB/88.

Como se vê, a crescente ênfase atribuída aos precedentes judiciais, especialmente às decisões dos tribunais superiores, consolidada com a vigência do novo Código de Processo Civil, torna evidente o enfraquecimento do sistema *civil law* no ordenamento jurídico brasileiro, e, conseqüentemente, o fortalecimento do *common law*. Atribui-se, assim, maior destaque à uniformização da jurisprudência como instrumento para garantir efetividade aos princípios constitucionais da segurança jurídica⁵, da isonomia⁶ e da motivação das decisões judiciais⁷.

⁴ Nesse sentido, os arts. 285-A, 475, § 3º, 481, parágrafo único, 557 e 518, § 1º, todos do Código de Processo Civil de 1973.

⁵ Art. 5º, XXXVI, da CRFB/88: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁶ Art. 5º, caput, da CRFB/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

⁷ Art. 93, IX, da CRFB/88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos,



Deste modo, a globalização gera reflexos em todas as áreas da sociedade e a influência no ordenamento jurídico brasileiro é visível na atribuição maior força aos precedentes judiciais. Isso revela um crescente distanciamento do sistema *civil law*, ainda que, constitucionalmente, seja atribuída à lei, em sentido amplo, o status de fonte primária do direito. De toda forma, não há como se negar que a igualdade, a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais são necessárias à própria estabilidade do direito.

2. PREVALÊNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL SOBRE A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO: UMA TENDÊNCIA?

No Brasil, assim como nos demais países vinculados ao sistema *civil law*, não são todas as decisões judiciais que podem ser vistas como precedentes. O ordenamento jurídico brasileiro, ao considerar a lei como fonte primária, ressalta que os precedentes devem ser apenas as decisões judiciais com potencial para se tornarem paradigma – isto é, em que haja o enfrentamento de todos os aspectos relevantes sobre o tema –, mas, não, toda e qualquer decisão.

Nesse contexto, a lição de Hêlio Ricardo Diniz Krebs⁶, ao citar Luiz Guilherme Marimon, não deixa dúvidas da diferença existente entre os conceitos de “decisão judicial” e “precedente”. Veja-se:

Para Luiz Guilherme Marimon, precedente judicial consiste em uma decisão com potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. Para isso, é necessário que a decisão enfrente todos os principais argumentos referentes à questão de direito discutida no caso concreto. É importante saber que, nem sempre é a primeira decisão a analisar determinada questão jurídica que constituirá o precedente, até mesmo porque os contornos de um precedente podem ser desenhados na medida em que diversos casos sobre aquela questão vão sendo julgados. “Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabore a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delimita, deixando-a cristalina”.

Evidente, portanto, que enquanto todo precedente é uma decisão judicial, nem toda decisão judicial deve ser considerada um precedente. E isso se deve a duas principais razões,

às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁶ KREBS, Hêlio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123.



conforme indica Hermes Zaneti Júnior⁹: (a) a disposição legal, que não configura objeto de controvérsia, quando aplicada em decisão judicial, não pode ser considerada um precedente, haja vista que a regra jurídica se caracteriza, nesse caso, como razão determinativa e (b) a decisão pode estar fundamentada em uma anterior, sem fazer qualquer menção nova aos aspectos relevantes da matéria, de modo que a sua prolação também não pode constituir um precedente.

Além disso, o precedente pode possuir eficácia vertical e/ou horizontal. A primeira ocorre quando o magistrado prolator do precedente encontra-se em grau de hierarquia judiciária superior àquele que profere a decisão em caso análogo. Já a segunda se dá quando o órgão prolator do precedente possui o mesmo grau de hierarquia judiciária daquele que decidirá o caso concreto.

No Código de Processo Civil de 1973, o termo “precedente” era empregado apenas uma única vez, quando se referia ao incidente de uniformização de jurisprudência. Isso torna nítido que, naquela época, o apego exacerbado às disposições legais enfraquecia a possibilidade de adoção dos precedentes. A princípio, entendia-se, então, que a lei, por si só, seria suficiente para o alcance da segurança jurídica e a efetividade de todos os direitos e garantias constitucionais.

Não por outra razão, aliás, que Hélio Ricardo Diniz Krebs¹⁰ destaca que, durante muito tempo, não se deu o devido valor aos verdadeiros precedentes judiciais, nos seguintes termos:

Para se ter uma ideia, no Código de Processo Civil de 1973, o termo precedente, no sentido de decisão, é mencionada apenas uma única vez, qual seja, no art. 479, quando trata do incidente de uniformização de jurisprudência. O que se quer dizer com isso é que, durante muito tempo, não se deu o devido valor aos verdadeiros precedentes judiciais, principalmente aos das cortes superiores. Ora, quando determinada questão, objeto de divergência nos tribunais inferiores apontasse ao STJ, a decisão ali profereida deveria ser amplamente debatida e fundamentada, firmando um precedente apto a encerrar a controvérsia. E, ainda que indesejavelmente, fizesse admitida uma nova divergência no âmbito daquela Corte, por ocasião de um julgamento de outra turma, a decisão que fosse profereida por uma de suas Seções, ou mesmo pela corte especial, quando competente para tanto, deveria encerrar a divergência de uma vez por todas, pacificando a matéria objeto da controvérsia.

Com o novo Código de Processo Civil, no entanto, esse cenário restou, de uma vez

⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Revista dos Tribunais: precedentes (trust like cases alike) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da 'jurisprudência persuasiva' como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil*. v. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 8-9.

¹⁰ KREBS, *op. cit.*, p. 136.



por todas, modificado. A atribuição de crescente força aos precedentes judiciais torna evidente que a subordinação do juiz à lei não é suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas necessárias.

Mas, por outro lado, o artigo 95 da Constituição Federal prevê garantias inerentes ao exercício da magistratura, tais como: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. E estas prerrogativas são também chamadas de “garantia de independência”, justamente porque asseguram a imparcialidade dos julgamentos, garantindo aos magistrados a liberdade para decidir, com a isenção de exigências dos próprios órgãos jurisdicionais.

A independência dos magistrados, então, ao impedir julgamentos imparciais, revela-se como mais uma forma de garantir o próprio Estado Democrático de Direito, sobreindo o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, o qual estabelece que todos são iguais perante a lei.

Não obstante todas as prerrogativas inerentes à sua função, a atuação do magistrado, no entanto, exige limitações e não pode se dar de qualquer forma. Tanto é assim, que há determinação constitucional, prevista no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna, do dever de motivar as suas decisões. E essa disposição, inclusive, encontra-se sedimentada e ampliada pelo artigo 489 do novo Código de Processo Civil.

A exigência de motivação das decisões, portanto, mostra-se como uma forma de limitação do magistrado brasileiro, que, de modo geral, ante a cultura desenvolvida pelo sistema *civil law*, supõe que terá mais respeito se decidir da forma que melhor entender, sem respeito aos precedentes e subordinando-se apenas à lei.

O juiz não pode ser considerado isoladamente. A sua atuação faz parte de um todo visto pela sociedade, o Poder Judiciário. Logo, não se pode negar que os magistrados possuem, sim, autonomia e independência para decidir, mas também devem respeito aos precedentes judiciais. A lição de Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹ não deixa dúvidas:

A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *ostensa corporis* provocada por estes mesmos Tribunais. Isso porque, em vez de funcionarem como tribunais que deem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a insegurança e intranquilidade acerca de como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. v. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 16.



No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni¹² elucida que:

Na verdade, a prática judiciária brasileira revela que, não obstante parta da premissa de que decidir não é simplesmente revelar a norma contida no texto legal, ainda não se transformou o ato de fundamentar numa atividade de argumentar racionalmente para justificar as opções decisórias – inclusive a decisão final – tomadas no curso do raciocínio decisório. Vale dizer que, se o juiz tem poder para extrair o direito do texto legal mediante a interpretação, é preciso ainda caminhar para que o direito se torne prática argumentativa e, nessa dimensão, testa racionalidade e legitimidade.

Como se vê, a independência funcional não pode ser utilizada para justificar decisões díspares para casos semelhantes. Além disso representar nítida afronta à segurança jurídica e à isonomia, configuraria, ainda, a existência de respostas diferentes emanadas do mesmo Poder Judiciário, o qual não se pode ser considerado isoladamente, ou de interpretações distintas aplicáveis a uma mesma situação.

O sistema de precedentes, portanto, não visa subordinar um juiz inferior a um superior, mas tão somente fazer com que o Judiciário, como um todo, respeitem os princípios constitucionais da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da isonomia.

Neste diapasão, Alexandre Freitas Câmara¹³ esclarece que a observância de um sistema de vinculação a precedentes, em que pese contribuir para a duração mais razoável do processo e para a segurança jurídica, somente pode se dar quando capaz de produzir resultados constitucionalmente legítimos. Confira-se:

A observância de um sistema de vinculação a precedentes, especialmente no que concerne às causas repetitivas; a construção de mecanismos de antecipação de tutela, tanto para situações de urgência como para casos em que a antecipação se funda na evidência; a melhoria do sistema recursal, com diminuição de oportunidades recursais; tudo isso contribui para a duração mais razoável do processo. É, porém, sempre importante ter claro que só se pode cogitar de duração razoável do processo quando este é capaz de produzir os resultados a que se dirige. E estes são resultados que necessariamente têm de ser constitucionalmente legítimos, pois resultados constitucionalmente legítimos exigem algum tempo para serem alcançados. Um processo rígido e que não produz resultados constitucionalmente adequados não é suficiente. E a eficiência é também um princípio do processo civil (art. 8º). Impõe-se, assim, a busca do equilíbrio, evitando-se demoras desnecessárias, punindo-se aqueles que busquem protelar o processo (e daí a legitimidade de multas e da antecipação de tutela quando haja propósito protelatório), mas assegurando-se que o processo demore todo o tempo necessário para a produção de resultados legítimos. (...) O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6-9.



Inevitável, então, que a proteção constitucional à independência dos magistrados, conquanto seja indispensável para obstar a realização de julgamentos imparciais, não pode se sobrepor, de forma alguma, ao princípio da segurança e da isonomia, garantindo uma jurisdição una, haja vista que os magistrados compõem uma só estrutura, devendo ser prestada tutela jurisdicional à sociedade com uma maior coerência possível.

3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A OFENSA À INDIVIDUALIZAÇÃO DO CASO CONCRETO COM A PADRONIZAÇÃO DE DECISÕES

A eficácia e a efetividade não se confundem. Uma norma eficaz é aquela que possui aptidão para gerar efeito, o qual não precisa necessariamente ser alcançado. Isso porque, uma norma juridicamente eficaz pode ou não alcançar a eficácia social, também denominada de efetividade. A eficácia jurídica, conforme leciona José Afonso da Silva¹⁴:

(...) designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados, nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executividade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade.

A eficácia jurídica, portanto, constitui pressuposto da eficácia social ou efetividade. E, neste cenário de efetividade, o precedente judicial possui relevante papel, pois o novo Código de Processo Civil, ao prestigiar o sistema de precedentes, visa justamente atribuir maior efetividade às normas, assegurando o respeito aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia, da celeridade processual e do acesso à justiça.

Nas últimas décadas, o ordenamento jurídico brasileiro, conhecido pela morosidade e insegurança jurídica na prestação jurisdicional, tem sido alvo de inúmeras polêmicas e discussões relacionadas às demandas processuais existentes, que se perpetuam ao longo dos anos, criando uma descrença popular quanto à efetividade das normas produzidas. É o que, segundo Alexandre Freitas Câmara, chegou a se denominar de jurisprudência lotérica¹⁵.

O novo Código de Processo Civil, então, diante desse alarmante cenário, traz

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55-57.

¹⁵ CÂMARA, op. cit., p. 478.



inovações e o aperfeiçoamento de algumas técnicas já existentes, que viabilizam, sobretudo, a aceleração de julgamento e a uniformização de jurisprudência, as quais integram um microsistema de formação de precedentes vinculantes.

Essas técnicas, em muitas hipóteses, se confundem. Isso porque, na maioria das vezes, as técnicas, em um primeiro momento, visam a consolidação de determinado entendimento, com a uniformização de jurisprudência, mas após a sua pacificação, as técnicas utilizadas pretendem a aceleração de julgamento. Até porque, essa racionalização e padronização dos julgamentos viabiliza, justamente, a entrega mais célere da prestação jurisdicional, viabilizando, de acordo com o artigo 926 do referido diploma legal, a formação de jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Uma das técnicas de uniformização de jurisprudência – e consequente aceleração de julgamento – introduzida pelo novo Código de Processo Civil é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o qual possibilita, por meio do julgamento de um caso piloto, o estabelecimento de um precedente dotado de eficácia vinculante. E essa eficácia vinculante se estende aos casos idênticos que estejam dentro dos limites da competência territorial do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitam nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (NCPC, art. 985, D).

Evidente, então, que o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos. É o que consta expressamente do enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁶.

Além disso, conforme disposto no artigo 976, incisos I e II, do novo Código de Processo Civil, para a instauração do incidente são exigidos requisitos: a) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Não por outra razão, aliás, que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu pela admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas de n. 0023205-97.2016.8.19.0000, o qual analisará a legalidade e constitucionalidade do Decreto n. 45.506/2015, e a realização do arresto de verbas públicas estaduais para garantir, em demanda individualmente ajuizada, o pagamento de servidor público, aposentado ou pensionista.

¹⁶ Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente".



Confira-se¹⁷:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ART. 981 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. QUESTÕES DE DIREITO: LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 45.506/2015, ALIÁS, JÁ ALTERADO PELO DE Nº 45.593/2016, E DA REALIZAÇÃO DE ARRESTO DE VERBAS PÚBLICAS ESTADUAIS PARA GARANTIR, EM DEMANDA INDIVIDUALMENTE AJUZADA, O PAGAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADO OU PENSIONISTA, NA DATA DETERMINADA PELO DECRETO Nº 42.495/2010. SATISFEITOS OS PRESSUPOSTOS DO ART. 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ADMITE-SE O INCIDENTE POR UNANIMIDADE.

Da mesma forma, em razão do preenchimento dos requisitos necessários, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro admitiu, ainda, no dia 21/07/2016, o IRDR n. 0023484-83.2016.8.19.0000, sob a relatoria do Desembargador Guaraci de Campos Vianna, o qual tratará da omissão do Exmo. Sr. Prefeito do Município de São Gonçalo em incorporar aos vencimentos básicos de guardas municipais o adicional de produtividade instituído pelo Decreto nº 66 de 1998 - Gratificação de Produtividade de Trânsito. Veja-se, nesse sentido, a ementa do acórdão¹⁸:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PROCEDIMENTO DA CAUSA PILOTO, OU SEJA, O JULGAMENTO PELA SEÇÃO CÍVEL INCLUIU O PROCESSO ORIGINÁRIO. ARTIGO 981 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE. DISCUSSÃO A RESPEITO DE DIVERSAS AÇÕES EM CURSO NESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. GUARDA MUNICIPAL DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. ADICIONAL DE PRODUTIVIDADE DE TRÂNSITO. DECRETO Nº 66/1998. PELO DE INCORPORAÇÃO AOS VENCIMENTOS. REPETIÇÃO DE PROCESSOS CONTENDO CONTROVÉRSIAS UNICAMENTE DE DIREITO QUE ENSEJAM RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. OPORTUNIDADE PARA SUA UNIFORMIZAÇÃO. SATISFEITOS OS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 976 DO CPC. ADMISSÃO DO INCIDENTE.

Como se vê, para que seja possível a instauração do incidente, faz-se necessária não só a efetiva repetição de demandas sobre matéria de direito, mas, também, o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, que é justamente o que se visa proteger. Nesse contexto, a lição de Alexandre Freitas Câmara¹⁹ elucida que:

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. IRDR n. 0023205-97.2016.8.19.0000. Relator: Desembargador Nilson Araújo da Cruz. Disponível: <<http://www1.tj.rj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UIZIP=1&GEDID=0004C8B4C2B736CD0B14DD68BDA92DA3EB41C5050CDA114D>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. IRDR n. 0023484-83.2016.8.19.0000. Relator: Desembargador Guaraci de Campos Vianna. Disponível: <<http://www1.tj.rj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UIZIP=1&GEDID=00049406CC4D6D8554423B50A432B9719D38C50526040252>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

¹⁹ CÂMARA, op. cit., p. 478.



Muito frequentemente, porém, essas demandas repetitivas receberam, do Judiciário brasileiro, tratamentos diferentes, o que levou a incompreensíveis quebras de isonomia. É que muitos juízes e tribunais, em nome de uma suposta “liberdade decisória”, davam a casos rigorosamente iguais soluções completamente diferentes. Imaginou-se, então, no Brasil o que se chegou a chamar de jurisprudência lotérica, já que o resultado do processo muitas vezes dependia da distribuição por sorteio e, dependendo do juiz para o qual fosse distribuída, o resultado final poderia variar completamente. Por conta disso, o CPC de 2015 criou um mecanismo destinado a assegurar que casos iguais recebam resultados iguais: o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas), que pode ser instaurado perante os tribunais de segunda instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais ou do Trabalho: TRFAC, enunciado 343). Este é um incidente processual destinado a, através do julgamento de um caso piloto, estabelecer um precedente dotado de eficácia vinculante capaz de fazer com que casos idênticos recebam (dentro dos limites da competência territorial do tribunal) soluções idênticas, sem com isso estancar-se nos entraves típicos do processo coletivo, a que já se fez referência. Através deste incidente, então, produz-se uma decisão que, dotada de eficácia vinculante, assegura isonomia (já que casos iguais serão tratados igualmente) e segurança jurídica (uma vez que, estabelecido o padrão decisório a ser observado, de forma vinculativa, pelos órgãos jurisdicionais em casos idênticos, será possível falar-se em previsibilidade do resultado do processo).

Ocorre que, não obstante o inegável fortalecimento da proteção ao princípio da segurança jurídica e da isonomia, o incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser utilizado pelos tribunais com a indispensável cautela, sob pena de ofensa à individualização do caso concreto. As peculiaridades fático-probatórias de cada hipótese, por óbvio, não podem ser desconsideradas. Por isso, Dierle Nunes²⁰ esclarece que o mencionado incidente consiste em:

(...) técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma crise da cognição através do “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”, ou seja, um incidente no qual “são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juiz do processo originário”, que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.

A eficácia do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, assim, deve ser limitada, pelo Tribunal, aos casos efetivamente repetitivos, mas não pode, de forma alguma, ocasionar o esvaziamento do contraditório, nem, tampouco, impedir a individualização do caso concreto.

Ad aplicar a tese firmada ao caso concreto, o juiz, portanto, deverá, impeterivelmente, realizar fundamentação comparativa, explanando as razões da necessidade

²⁰ NUNES, Dierle. *O IRDR no Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merce-ser-compreendido/>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

de aplicação da tese jurídica, ante a adequação aos fundamentos determinantes do quanto decidido e fixado no incidente. Essa técnica, inaugurada pelo novo Código de Processo Civil, impõe a comparação das premissas dos casos em discussão (*rationes decidendi*), sem se permitir uma aplicação mecânica da tese padronizada.

Afinal, cabe ao tribunal julgar casos e não somente teses, de modo que as inovações propostas pelo novo Código de Processo Civil, assim como o incidente de resolução de demandas repetitivas, possibilitam uma prestação jurisdicional mais rápida e segura. Contudo, o instituto não pode ser utilizado de forma indiscriminada, pois a justiça das decisões somente poderá ser alcançada mediante a individualização do caso concreto e a sua real adequação às premissas e aos fundamentos determinantes do caso modelo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: introdução e teoria geral*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. IRDR n. 0023205-97.2016.8.19.0000. Relator: Desembargador Nilsson Araújo da Cruz. Disponível em: <<http://www4.tjrrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201629100022>>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. IRDR n. 0023484-83.2016.8.19.0000. Relator: Desembargador Guaraci de Campos Vianna. Disponível: <<http://www1.tjrrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049406CCAD6DE554423B50A432B9719D38C50526040252>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER, Fredie Jr, MACEDO, Lucas Butil de; FEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de procedimentos e direitos fundamentais*. São Paulo:



Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Diele. *O IRDR no Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. v. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Revista dos Tribunais: precedentes (treat likes cases alike) e o novo Código de Processo Civil; univertalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil*. v. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

O PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI N. 13.146/15 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)

Amanda de Paula Teixeira Vairo

Graduada pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal
Fluminense. Advogada.

Resumo – o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil de 2015 alteraram significativamente o sistema civil das incapacidades, e, conseqüentemente, o instituto da interdição. Isso vem gerando diversas dúvidas acerca da própria subsistência do instituto, bem como sua aplicação jurídica, em especial quanto à legitimidade, procedimento e questões de direito intertemporal dos processos já em curso antes da vigência de tais normas. O presente trabalho tem como objetivo abordar estes questionamentos, determinando a melhor orientação de acordo com o incipiente posicionamento da doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito Processual Civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Sistema das Incapacidades. Interdição. Procedimento. Legitimidade. Direito intertemporal.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à subsistência e aplicação do instituto da interdição no ordenamento jurídico com o advento do estatuto da pessoa com deficiência. 2. Novos contornos da interdição de acordo com a interpretação conjunta das normas do novo código de processo civil e do estatuto da pessoa com deficiência. 3. Parâmetros de direito intertemporal: o que deve acontecer com as ações de interdição ainda em curso e com as curatelas já consolidadas? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca realizar análise crítica acerca do instituto da interdição no ordenamento jurídico, diante das recentes mudanças legislativas operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei n. 13.146/15 - e pelo Novo Código de Processo Civil - Lei n. 13.105/15.

Tradicionalmente, o procedimento de interdição é definido como instituto protetivo de pessoas que demonstrem incapacidade civil para governar a si próprio ou seus bens. Ocorre que esse conceito é modificado diante das mudanças legislativas efetivadas recentemente pelos dispositivos legais supramencionados.

O estatuto da pessoa com deficiência não só alterou dispositivos importantes do código civil, como também revolucionou a abordagem acerca da autonomia individual e liberdade das pessoas com deficiência no tocante à capacidade civil. Isso repercute diretamente em relação ao âmbito processual. Por sua vez, a entrada em vigor do código de



processo civil de 2015 consolidou outras relevantes alterações na matéria que necessitam ser pormenorizadas por sua complexidade e importância no cenário jurídico-social.

Dentro desse contexto, a primeira questão que se impõe é a verificação da subsistência do instituto diante das profundas alterações legislativas operadas. Partindo-se de uma premissa positiva, cabe analisar a possibilidade ou não de aplicação casuística do procedimento de interdição, ou seja, se esse deve ser norteado pela efetiva necessidade de quem se busca proteger ou se ainda perdura de maneira geral e abstrata.

A segunda questão diz respeito à adequada interpretação conjunta das normas do código de processo civil de 2015 e do estatuto da pessoa com deficiência, visando estabelecer o procedimento a ser adotado e a legitimidade para sua propositura.

Por fim, como terceira e última questão, há a necessidade de estabelecer parâmetros de aplicação intertemporal para as normas, determinando o que deve acontecer com as ações de interdição em curso, propostas antes das alterações legislativas e com aquelas já consolidadas, diante do silêncio da lei acerca de eventual regime de transição.

O recorte epistemológico da pesquisa foi realizado com base no método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador determinou um conjunto de hipóteses que acredita serem verdadeiras e aplicáveis, bem como adequadas para correta análise do objeto da pesquisa, visando a comprovar ou rejeitar sua veracidade.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À SUBSISTÊNCIA E APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA INTERDIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COM O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A temática da interdição ganhou novos contornos em face da modificação legislativa operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência¹ – Lei n. 13.146/15² e pelo novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/15³.

¹ Essa lei possui objetivo precípuo de regulamentar a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, incorporada ao direito interno através do Decreto Legislativo n. 186/08, e promulgada pelo Decreto Executivo n. 6.949/09, conforme disposto no art. 1º, parágrafo único, Lei 13.146/15.

² BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 07 jun. 2016.



O estatuto, lastreado na Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência⁴, acarretou uma mudança de paradigma, ao estabelecer nova concepção na teoria da incapacidade civil⁵, que agora deve ser analisada pelo viés do postulado da dignidade da pessoa humana.

Dentro desse modelo, a deficiência não pode mais ser justificada em razão de limitações pessoais decorrentes de uma patologia. A ideia central é a substituição de um sistema que visava reabilitar a pessoa dita anormal para se adequar à sociedade a qualquer custo, por um modelo mais indulgente, que tem por objetivo primário desenvolver a própria sociedade, com vistas a eliminar os entraves e fatores de exclusão, de modo a garantir ao deficiente uma vida independente e a possibilidade de ser plenamente inserido na comunidade⁶.

Diante dessas alterações operadas no sistema normativo, foram levantadas dúvidas sobre a subsistência do instituto da interdição na ordem jurídica. Em especial, foi levantado argumento de suposta incompatibilidade prática desse não só com a legislação civil, mas também com a lei processual vigente⁷.

Para determinar se o procedimento foi suprimido ou não do ordenamento, é necessário, em primeiro lugar, estabelecer a cronologia das modificações legislativas e suas repercussões. Atinamente, temos o seguinte panorama jurídico:

Por se tratar de temática material e processual, tanto o Código Civil – Lei n. 10.406/02 – quanto o código de processo civil de 1973, ora revogado, contemplavam o instituto da interdição. Ambos os diplomas tratavam da matéria de modo uniforme e não havia discussões acerca de sua aplicação.

A questão se tornou controversa com a edição do estatuto da pessoa com deficiência e do código de processo civil de 2015.

O código de processo civil em vigor revogou expressamente⁸ os artigos do código civil que tratavam da operacionalização do procedimento de curatela e da ação de interdição de incapazes, que possuíam natureza processual e já haviam sido modificados por força do

⁴ O Brasil internalizou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU em 2008. Esse foi o primeiro tratado de Direitos Humanos recepcionado com status de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, CRFB.

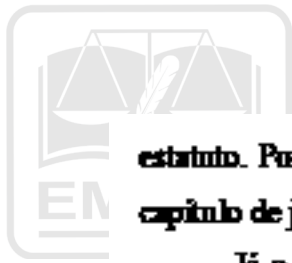
⁵ O sistema de incapacidades é meio pelo qual o direito reconhece que certas pessoas não podem agir em sociedade de forma totalmente livre. Seu fundamento precípua é a proteção do incapaz.

⁶ RIBEIRO, Moacyr Petrócelli de Ávila. Disponível em:

<<http://www.notariadn.org.br/index.php?pg=X19eGhZVDub3RpYZlhcw==&in=NjlyMA>>. Acesso em: 07 out. 2016.

⁷ REVISTA DE DIREITO PRIVADO, São Paulo, RT, v. 66, abr./jul. 2016.

⁸ Conforme determinado no art. 1.072, II, CPC.



estatuto. Por sua vez, o diploma processual tratou do tema nos art. 747 a 763⁹, inseridos no capítulo de jurisdição voluntária, sob o título “Da Interdição”.

Já o estatuto sequer menciona a palavra interdição, e se restringe a normatizar o que denomina de curatela¹⁰. O art. 114 do referido diploma¹¹ alterou o art. 1.768 do código civil¹², cuja redação original determinava que “a interdição será promovida”, e que hoje, estipula que “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”¹³. Ocorre que esse dispositivo foi revogado de maneira expressa pelo código de processo civil de 2015¹⁴.

Considerado o período de *vacatio legis* de ambos os diplomas legais¹⁵, as normas inseridas no código civil pelo estatuto produziram efeito durante apenas dois meses, sendo então revogadas pelo novo código de processo civil.

A maior crítica¹⁶ no tocante a esta sucessão de normas, é que, muito embora o estatuto tenha sido publicado após o código de processo civil, o legislador processual não levou em consideração o projeto de lei deste, que já se encontrava em tramitação no Congresso Nacional, ou mesmo a convenção da pessoa com deficiência que o inspirou.

Por isso, o diploma processual ainda contém diversas alusões à interdição e ao interditado, o que não se coadunaria com a nova política legislativa implantada pelo estatuto, que utiliza a terminologia curatela para designar o instituto protetivo¹⁷.

Diante de tal cenário sobreposto e complexo, designado como “atropelamento legislativo” por Flávio Tartuce¹⁸, originou-se discussão acerca da própria subsistência ou não do instituto da interdição no sistema jurídico pátrio.

Assim, parcela da doutrina, por todos, Paulo Lôbo¹⁹, passou a defender que não mais subsistiria o conceito de interdição. Argumentam esses autores que o instituto, por tradição,

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 03.

¹⁰ Conforme art. 84, §1º e seguintes da Lei nº 13.146/15.

¹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

¹² BRASIL, *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 jun. 2016.

¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 03.

¹⁵ Enquanto o estatuto foi promulgado em julho de 2015, e entrou em vigor em 02 de janeiro de 2016, o novel Código de Processo Civil foi promulgado em março de 2015, tendo entrado em vigor apenas em março de 2016.

¹⁶ Nesse sentido: STOLZE, Pablo e PAMPLONA, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, p. 1.347; TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7 ed. São Paulo: Forense, p. 921; FARIAS, Cristiano Chaves, CUNHA, Rogério Sanchez e PINTO, Roraldino Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado*. 2 ed. São Paulo: Jus Prolivm, 217, p. 313.

¹⁷ A doutrina majoritária faz pouca diferenciação entre os termos interdição e a curatela, na medida em que uma é consequência jurídica da outra. Enquanto a interdição é o resultado de apuração da incapacidade do interditando para os atos da vida civil, a curatela é o documento que estabelece o curador e os limites da interdição.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104%2cMI225871%2c51045->

<Alteracoes+do+Codigo+Civil+pele+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com+>>. Acesso em: 05 out. 2016.

tinha como objetivo vedar o exercício de todos os atos da vida civil aos indivíduos considerados incapazes. As regras novas, por sua vez, consubstanciariam mera curatela específica, voltada apenas para atos determinados, sem caráter geral e investido. Também utilizam como justificativa a necessidade de interpretação das regras do novo código de processo civil em conformidade com a convenção internacional, por causa de sua natureza de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, parágrafo 3º da CRFB²⁰.

Por outro lado, doutrinadores como Pablo Stolze²¹ entendem que o procedimento de interdição continua a existir, ainda que a curatela, nos termos do estatuto seja restrita a atos de conteúdo econômico ou patrimonial. Argumentam que, não obstante desapareça a figura da interdição completa e do curador com poderes indefinidos, ilimitados e gerais, o cerne do instituto e, por conseguinte, sua terminologia, se mantém no ordenamento.

Por essa lógica, o estatuto admitiria, por força de seu art. 84, parágrafo primeiro²², a interdição, mas essa seria aplicável tão-somente àqueles atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial, conforme exposto no art. 85 do mesmo diploma²³.

Não obstante existam respeitáveis posicionamentos em ambos os sentidos, vem prevalecendo na doutrina o segundo entendimento, de que o procedimento da interdição continua existindo, mantida sua nomenclatura original²⁴. No entanto, há consenso de que o instituto deve ser interpretado sob nova perspectiva, eis que agora se limita aos atos de conteúdo econômico ou patrimonial.

Logo, a inovação legislativa apenas põe fim ao padrão tradicional da interdição, diante do que Célia Barbosa Abreu²⁵ denomina “fenômeno da flexibilização da curatela”. Ou seja, as normas processuais relativas ao procedimento de interdição devem ser aplicadas tão somente quando realizado juízo de valor que demonstre efetiva necessidade da medida, sob a ótica do interditando.

²⁰ LOBO, Paulo. *Com avanços legais, pessoas com dificuldade mental não são mais incapazes*. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, ano 10, n. 801, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 07 out. 2016.

²¹ *Ibid.*

²² STOLZE, Pablo. *É o fim da interdição?*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 04 out. 2016.

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ STOLZE, *op. cit.*, p. 01.

²⁶ ABBREU apud STOLZE, *op. cit.*, p. 03.



Em síntese, o paradigma da interdição, enquanto instituto protetivo, foi profundamente alterado, mas ainda permanece aplicável nas hipóteses prescritas em lei, e desde que se mostre imprescindível para o incapaz²⁶.

Ultrapassada esta questão da subsistência do instituto no ordenamento, há que se analisar se o procedimento deve continuar a ser aplicável de maneira geral e abstrata, ou se a mudança de paradigma exposta leva a uma análise casuística, norteadas pela efetiva necessidade de quem se busca proteger.

Inicialmente cabe destacar que o estatuto da pessoa com deficiência se consolida como marco da chamada repersonalização do direito civil, na medida em que coloca a pessoa humana como centro das preocupações jurídicas²⁷. Mais ainda, também se insere no contexto de ampliação da cidadania, inclusão e evolução do alcance do postulado da dignidade da pessoa humana²⁸.

Segundo Flávia Tartuce²⁹, a modificação do sistema de incapacidades acabou por tornar a interdição mais maleável, e conseqüentemente, pensada a partir das circunstâncias do caso concreto, em prol da tutela da ampla dignidade e interação social das pessoas relativa ou absolutamente incapazes.

Tal fato denota uma necessidade de aplicação casuística do procedimento, na medida em que somente avaliando o caso concreto do interditando é que se torna possível determinar, não só o efetivo âmbito de incidência da curatela, mas também seus limites e restrições.

O que se propõe agora, portanto, é que seja considerada mais do que a mera subsunção do fato à norma, levando em conta todas as peculiaridades do indivíduo, para que ele possa ser o mais livre possível, mesmo dentro da sua esfera de incapacidade civil.

Nelson Rosenvald³⁰ ainda destaca que, por mais grave que seja a patologia do indivíduo, é fundamental que sejam consideradas e preservadas suas faculdades residuais como pessoa, em especial aquelas que se referem às suas crenças, valores e afetos, de modo condizente com seu quadro psicofísico concreto.

Em outras palavras, não se admite que, através do procedimento de interdição, sejam compulsoriamente transferidas as decisões e escolhas individuais para o curador, uma vez que

²⁶ REVISTA DE DIREITO PRIVADO, op. cit., p. 65.

²⁷ RIBEIRO, op. cit., p. 02.

²⁸ PEREIRA, Racião da Cunha. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 08 out. 2016.

²⁹ TARTUCE, Flávia. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Familia/Successoes/104_MIZ2421721048-Alternacoes+do+Código+Civil+pele+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 08 out. 2016

³⁰ ROSENVALD, Nelson. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>> Acesso em: 09 out. 2016.



o status de ser humano não está restrito apenas à capacidade intelectual do sujeito. Do mesmo modo, a satisfação de suas necessidades existenciais deve ser transcendental, não podendo ficar restrita ao plano puramente objetivo do direito.

Dessa forma, a interpretação mais correta se encontra na literalidade do art. 84, parágrafo 1º do estatuto da pessoa com deficiência³¹, que estabelece que a curatela se dará apenas quando necessária para a pessoa com deficiência. Isso deve ser ampliado e aplicado para todas as demais hipóteses de incapacidade civil, uma vez que se trata de norma primária de reforço aos direitos humanos e à própria dignidade da pessoa.

2. NOVOS CONTORNOS DA INTERDIÇÃO DE ACORDO COM A INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DAS NORMAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Tendo sido fixada premissa de que o procedimento de interdição subsiste, e que deve ser aplicado de forma casuística, considerando os interesses do interditado, é necessário determinar o centro de coexistência pacífica entre as normas contidas na Lei n. 13.146/15 e na Lei n. 13.105/15. Isso porque, conforme visto, a entrada em vigor do código de processo civil de 2015 proporcionou relevantes alterações no instituto, tanto em relação ao diploma processual anterior quanto à lei civil material. Da mesma forma, o estatuto da pessoa com deficiência também conferiu novos contornos à matéria.

Ambas as leis devem ser analisadas de maneira conjunta e complementar. Para tanto, se faz necessário entender como era o procedimento e sua legitimidade de propositura sob a égide do código de processo civil de 1973 e como deve ser encarada atualmente, dentro da ótica da legislação vigente como um todo.

Antes da nova lei processual civil, a matéria se encontrava disciplinada nos artigos 1.177 e seguintes do CPC/73³². A legitimidade era restrita ao pai, mãe ou tutor, cônjuge, parente próximo ou órgão do Ministério Público. O companheiro só seria legitimado na hipótese de não haver parentes próximos capazes.

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

³² BRASIL. *Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.



No tocante ao procedimento, era imperioso que o interessado demonstrasse sua condição de legitimado, apontando em detalhes a incapacidade do interditando, tanto para reger-se nas relações interpessoais, quanto para administrar seu patrimônio. O interditando, então, seria citado e interrogado pelo juiz. Após, teria prazo de cinco dias para apresentar impugnação ao pedido. Transcorrido o prazo, seria nomeado perito para proceder exame do interditando, e após a entrega do laudo, seria designada audiência de instrução e julgamento, para colheita de provas consistentes em depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas. Ao fim do procedimento, seria proferida sentença e nomeado curador ao interdito. A sentença produziria efeitos imediatos, condicionada a interposição do recurso de apelação.

Segundo Sabrina Dourado³³, a lei processual anterior se restringia a apontar questões relativas aos negócios e bens, sem fazer menção à própria pessoa do interdito, em relação a suas necessidades e direitos de cunho não patrimonial. Ou seja, não havia preocupação com seus sentimentos, gostos ou preferências, apenas um procedimento focado em questões documentais e capacidade ou não de gerir seus bens.

Já o atual processo de interdição deve ser compreendido de maneira a promover as garantias do cidadão, buscando respeitar a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, se torna medida extraordinária, a ser sempre manejada de acordo com o melhor interesse do interditando³⁴.

Nesse sentido é o disposto no artigo 84, §3º do estatuto da pessoa com deficiência³⁵, que estabelece textualmente que a curatela deve ser proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso, e deve durar o menor tempo possível. Ou seja, foi encampado entendimento doutrinário já existente³⁶, no sentido de que a fixação dos limites da curatela deve se dar casuisticamente, conforme a necessidade concreta do interditando. É a interpretação mais humanizada do instituto.

Não obstante esta excepcionalidade, como visto, a interdição possui tratamento detalhado em capítulo próprio no código de processo civil³⁷.

Em relação à legitimidade, o código de processo civil, nos termos de seu artigo 747³⁸, determina que o processo poderá ser proposto pelo (i) cônjuge ou companheiro; (ii) parentes

³³ DOURADO, Sabrina. *A interdição – seus novos contornos no CPC/15 e EPD*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina/27173529_A_INTERDICA_O_SUA_HUMANIZACAO_E_RESSIGNIFICACAO_NO_NCP_C_E_EP_D.aspx>. Acesso em: 01 mar. 2017.

³⁴ STOLZE, Pablo. *É o fim da interdição?*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 02.

³⁶ ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 237.

³⁷ É tratada nos artigos 747 a 758, CPC/15.

ou tutores; (iii) representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; e, (iv) o Ministério Público. Houve modificação em relação ao procedimento previsto na legislação anterior, pois foi alterada a ordem preferencial de propositura da ação, viabilizando legitimidade do companheiro e representante da entidade onde o interdito reside abrigado.

A possibilidade de a curatela ser requerida pelo próprio portador de deficiência é questão complexa e ainda sem definição segura na doutrina e jurisprudência. O estatuto da pessoa com deficiência inseriu inciso IV no art. 1.768 do código civil³⁹, determinando a possibilidade de promoção de curatela pelo próprio interessado. Contudo, o dispositivo foi revogado pelo código de processo civil de 2015.

Assim, há posicionamento tanto no sentido da possibilidade, exaltando em especial a dignidade da pessoa humana e necessidade de reconhecimento do interditando como legitimado a requerer sua própria curatela; quanto no sentido da impossibilidade, por ausência de previsão legal expressa. Solução intermediária é proposta por Mauricio Requião⁴⁰, que determina ser possível projeto de lei que insira novo inciso no art. 747, CPC, legitimando o próprio sujeito que será submetido ao regime de curatela a requerer interdição.

No que toca à legitimidade do *parquet*, esta deve ser entendida como subsidiária, consoante o disposto no art. 748, CPC⁴¹. Isso está de acordo com a previsão do estatuto, que determina que a promoção do processo de curatela se dará apenas nas hipóteses de deficiência mental ou intelectual⁴². Isso demonstra a preocupação do legislador com o princípio da dignidade da pessoa humana⁴³.

Ainda no mesmo sentido, em conformidade com o entendimento predominante na doutrina atual⁴⁴, foi proferida decisão pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁵. O acórdão determinou que a reforma legislativa decorrente da Lei n. 13.146/15 restringe a incapacidade absoluta aos menores impúberes. Isso significa que qualquer pessoa maior de idade só poderá ser considerada relativamente incapaz, de modo

³⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 01.

⁴⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁴¹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto de Pessoas com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoas-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em 01 mar. 2017.

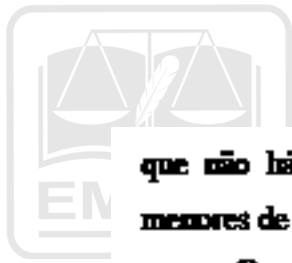
⁴² BRASIL, *op. cit.*, nota 03.

⁴³ Segundo a nova redação do art. 1.769, I, CC.

⁴⁴ DODRADO, *op. cit.*, p. 02.

⁴⁵ LOBO, Paulo. *Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, ano 10, n. 801, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 01 mar. 2017.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação em segredo de justiça*. Relator: Des. Donegá Mouradini. Disponível em: < <http://www.trj.sp.br/arquivos/2017/3/trj20170302-03.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.



que não há mais ação de interdição absoluta no sistema jurídico vigente, uma vez que menores de idade não são sujeitos ao instituto⁴⁶.

Quanto ao *novel* procedimento, o artigo 749, CPC⁴⁷ exige expressamente que seja especificado o momento em que a incapacidade se revelou, o que não era necessário na vigência do código processual anterior.

Outra inovação se dá em relação à imposição de contato pessoal do juiz com o interditando, para que possa assentar sua convicção em relação à necessidade ou não da interdição no caso concreto. O código de processo civil vigente trocou o verbo “interrogar”, contido no art. 1.181 do diploma revogado⁴⁸, pelo vocábulo “entrevista”, nos termos seu art. 751⁴⁹. Isso demonstra que o interditando é o principal protagonista do procedimento especial em tela, não devendo ser encarado como réu do processo⁵⁰.

O referido dispositivo também denota nítida preocupação com o ser humano submetido à interdição, na medida em que determina que a entrevista do juiz deve versar não apenas sobre negócios e bens, mas também sobre vontades, preferências e laços familiares e afetivos. Uma vez mais foi positivada a humanização e dignificação do procedimento, o que vai ao encontro das previsões contidas no estatuto. A determinação da necessidade de o Poder Judiciário considerar as vontades e relações de afeto do interditando coloca-o no comando das decisões sobre a própria interdição, que é o objetivo central da norma⁵¹.

O prazo para que o interditando impugne a decisão foi ampliado, passando de cinco para quinze dias, consoante artigo 752, CPC⁵². O Ministério Público também não será mais representante do interditando, atuando apenas como fiscal da ordem jurídica. Para sua defesa, deve ser nomeado advogado pelo próprio sujeito, ou, na falta desse, designado curador especial.

O processo de interdição impõe produção de prova técnica ou pericial, sob pena de nulidade. Ou seja, a ausência de capacidade do interdito deve estar plenamente comprovada nos autos, com vistas a demonstrar a efetiva necessidade de interdição.

⁴⁶ TARTUCE, Flávia. *Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Especificações para o Direito de Família e Condições com o Novo CPC. Parte I*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/Familia/Sucesoes/104_MIZ24217_21048-

Alteracoes+do+Código+Civil+pele+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com. Acesso em: 01 mar. 2017

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 03.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 03.

⁵⁰ DOURADO, op. cit., p. 02.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² BRASIL, op. cit., nota 03.

Convencido de que a medida se impõe, o juiz deve decretar a interdição por sentença que produz efeito imediato, sendo eventual recurso de apelação contra essa recebido apenas no efeito devolutivo. O curador será nomeado na própria sentença, e a curatela será regida nos mesmos moldes da tutela. A principal função do curador será de zelar pela conquista de autonomia do curatelado, prestigiando-se sua autodeterminação e a recém adquirida humanização do instituto³³.

Ainda no sentido de humanização da pessoa do interdito, também deve ser apontado o art. 755, CPC³⁴, que determina que o juiz deve considerar as características pessoais deste, observando suas potencialidades, vontades e preferências. Positivou-se, portanto, a teoria da flexibilização da curatela³⁵.

No entanto, a doutrina, por todos, Pablo Stolze³⁶, considera a revogação do art. 1.772, CC³⁷, que tratava do estabelecimento dos limites da curatela pelo juiz, com a redação dada pelo estatuto da pessoa com deficiência, um equívoco. O dispositivo encampava mais um reforço legislativo, conexo com toda a ideia central de dignificação das pessoas com deficiência no procedimento de interdição. Diante disso, a despeito da revogação, ainda é possível defender que, na escolha do curador, deve ser considerada a vontade e as preferências do interditado, pois isso é facilmente inferido tanto do código de processo civil quanto do estatuto, por atender ao melhor interesse do interditado³⁸.

Da mesma forma, também parece equivocada a revogação do art. 1.775-A, CC³⁹, incluído pela Lei n. 13.146/15, que inovou ao determinar a possibilidade de ser estabelecida curatela compartilhada, designada a mais de uma pessoa pelo juiz. Pablo Stolze⁴⁰ ainda sustenta essa possibilidade, com base em analogia ao procedimento de tomada de decisão apoiada, definido no art. 1.783-A, CC⁴¹, também incluído pela Lei n. 13.146/15, e não revogado pelo código de processo civil.

Diante de todas as mudanças expostas, é seguro dizer que a legislação em vigor, tanto no âmbito processual quanto material, lança nova perspectiva sobre o processo de interdição.

As previsões contidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência e no Código de Processo Civil são complementares. Assim, ainda que existam, na prática, alguns problemas de

³³ DOURADO, *op. cit.*, p. 03.

³⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 03.

³⁵ ABREU, *op. cit.*, p. 82-143.

³⁶ STOLZE, *op. cit.*, p. 03.

³⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

³⁸ STOLZE, *op. cit.*, p. 04.

³⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁴⁰ STOLZE, *op. cit.*, p. 04.

⁴¹ *Ibid.*



aplicação, ambos os diplomas têm como escopo a concepção de prestígio da pessoa com deficiência, nos termos do conteúdo da cláusula geral constitucional da dignidade da pessoa humana, não sendo possível afastar da aplicação processual a razão precípua do estatuto, calcada na igualdade e não discriminação.

3. PARÂMETROS DE DIREITO INTERTEMPORAL: O QUE DEVE ACONTECER COM AS AÇÕES DE INTERDIÇÃO AINDA EM CURSO E COM AS CURATELAS JÁ CONSOLIDADAS?

Dentro de todo contexto exposto, consideradas as alterações legislativas no âmbito do procedimento de interdição, hoje, o interditando é contemplado como o protagonista desse processo, devido à excepcionalidade da medida. O sujeito deve ter sua individualidade respeitada, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, em se tratando da observância de direitos e garantias fundamentais é imperioso determinar a correta aplicação das normas vigentes aos processos em curso, bem como as providências necessárias para aqueles que já tiveram sua decisão definitiva proferida. Esse último grupo, de processos findos, se subdivide em duas espécies: aqueles nos quais o interditado mantém a qualidade de incapaz perante a lei nova e aqueles em que é considerado inteiramente capaz, por força do disposto no estatuto da pessoa com deficiência.

No tocante aos processos findos que versam sobre pessoas que não são mais consideradas incapazes pela nova legislação, a solução não apresenta maiores discussões. É inconteste que pessoas plenamente capazes não podem ser interditadas, de modo que deve cessar quaisquer restrições de direitos eventualmente impostas.

Nesse sentido, José Simão⁶⁶, defende que sequer é necessário requerer o levantamento da interdição na hipótese, uma vez que a capacidade plena é parte do estado da pessoa natural e a lei de estado possui eficácia imediata. Em outras palavras, o autor defende que extinta a causa legal da incapacidade não pode subsistir a interdição, que deve ser extinta de plano.

⁶⁶ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto de Pessoa com Deficiência causa perplexidade* (Parte I). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

Em sentido contrário, é possível que, diante da existência de uma sentença judicial transitada em julgado⁶³, entenda-se necessário levantar a interdição por meio de um requerimento dirigido ao juízo. Nesse caso, considerando o postulado da inércia da jurisdição⁶⁴, seriam legitimados para realizar o pedido o próprio interditado, seu curador, e na falta deste, de modo subsidiário, o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, por força de interpretação ontológica dos artigos 747 e 748, CPC⁶⁵.

Independentemente do modo escolhido para fazer cessar os efeitos da curatela, o ponto pacífico é que todas as pessoas interditadas em razão de enfermidade ou deficiência mental que passaram a ser consideradas plenamente capazes com a entrada em vigor do estatuto, não estão mais sujeitas à interdição, podendo exercer pessoalmente e plenamente os atos da vida civil, sem necessidade de representação ou assistência⁶⁶.

Já em relação aos processos findos que versem sobre pessoas que ainda são consideradas incapazes, e, portanto, sujeitas à interdição, a questão se torna mais complexa.

A norma geral disposta no art. 14, primeira parte, do código de processo civil⁶⁷ determina que a lei processual não retroage. Trata-se da noção de situação jurídica consolidada que consagra o princípio *tempus regit actum*⁶⁸.

Portanto, todo e qualquer novo diploma processual deve respeitar o ato jurídico perfeito, de modo que mesmo se a lei nova estabelecer forma inovadora de exercer determinados direitos ou se submeter a determinados deveres, devem ser reconhecidos como válidos os atos realizados por meio do procedimento estabelecido na lei pretérita⁶⁹. Ou seja, todos os efeitos dos atos praticados sob a égide da lei antiga, e realizado de acordo com seus parâmetros, devem ser mantidos em respeito à segurança jurídica.

Muito embora essa seja a regra geral positivada, impende destacar que a hipótese da interdição é excepcional. Uma vez que o instituto encontra-se calcado no princípio

⁶³ Cediço que a sentença judicial transitada em julgado acarreta uma definitividade, ainda que relativa, do provimento, com vistas a garantia da segurança social e jurídica.

⁶⁴ O art. 7º, CPC determina que o processo deve começar por iniciativa da parte. Não se reconhece possível, na ordem jurídica vigente, que o Poder Judiciário, por meio do juiz, se manifeste de ofício sobre questão de ordem privada sem que seja provocado pelo legítimo titular do direito ou por aquele que a lei estabeleça competência para tanto, exceto se houver previsão legal expressa, o que não é o caso.

⁶⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 01.

⁶⁶ SIMÃO, *op. cit.*, p. 02.

⁶⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 01.

⁶⁸ DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 435.

⁶⁹ *Ibid.*



constitucional da dignidade da pessoa humana⁷⁰, tem interferência direta no exercício de direitos e garantias fundamentais.

Em outras palavras, as novas regras processuais estabelecem a necessidade do Poder Judiciário considerar as vontades e relações de afeto do interditando, no comando das decisões sobre a própria interdição⁷¹, o que não ocorria sob a égide da lei anterior.

Assim, é fundamental questionar a justiça de se permitir que uma decisão tomada sem esta participação e à revelia da vontade do sujeito principal do processo, qual seja o interditado, subsista apenas por causa de uma construção legal.

No entanto, este assunto ainda não foi abordado pelos Tribunais, e sequer foi explorado com a profundidade necessária pela doutrina. Dessa forma, hoje ainda prevalece entendimento consolidado⁷² determinando que, em razão da principiologia do código processual de 2015, calcada no amparo e respeito à segurança jurídica, a melhor interpretação é pela manutenção das decisões proferidas sob a égide da legislação em vigor naquele momento⁷³.

Destarte, apesar de ser imprescindível aprofundar essa discussão, até o momento prepondera a concepção de que para as ações de interdição findas sob a égide do código de processo civil de 1973, que versam sobre pessoas que ainda são consideradas incapazes mesmo após as mudanças legislativas, deve ser mantida a decisão definitiva, em prol da segurança jurídica.

Por fim, imperioso analisar a questão dos procedimentos iniciados sob a égide da lei processual antiga, mas que se postergam no tempo alcançando o novo código processual atualmente em vigor.

Caso a pessoa seja considerada plenamente capaz pelas novas normas de direito material, o processo perderá o objeto, devendo ser imediatamente extinto.

Na hipótese de ainda ser considerada incapaz, a questão se mostra ainda mais complexa do que as anteriores, uma vez que a relação processual é dinâmica, realizada por

⁷⁰ A dignidade da pessoa humana está prevista no art. 1º, III, CRFB, e é fundamento da República Federativa do Brasil, considerada como supraprincípio orientador da aplicação da ordem jurídica pela doutrina especializada, por todos, Ingo Wolfgang Sarlet.

⁷¹ DODRADO, *op. cit.*, p. 64.

⁷² FOX, Luiz. *O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fox-cpc-seguranca-juridica-normativa>>. Acesso em 15 nov. 2016.

⁷³ Resulta-se apenas que tal entendimento é estrado pela doutrina, por Luiz Fox, com base em exegese da lei em sentido geral, não tendo sido avaliada, em específico, a questão da interdição diante das mudanças procedimentais operadas pelo código de processo civil de 2015.



meio de etapas, e em cada uma delas surge novos atos, direitos, deveres, ônus e faculdades⁷⁴, e a lei processual nova possui o condão de atingir os processos pendentes.

Diante disso, discute-se a possibilidade de aplicação da lei nova aos efeitos pendentes do ato praticado sob a vigência do diploma normativo anterior. Sob esta perspectiva, a segunda parte do artigo 14 do Código de Processo Civil⁷⁵ determina que a norma processual será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais e situações jurídicas já consolidadas, regra consubstanciada pelo sistema do isolamento dos atos processuais⁷⁶, previsto no artigo 1.046, *caput*, do mesmo diploma⁷⁷.

A aplicação da lei processual nova sobre os efeitos dos fatos e atos processuais pendentes, nada mais é do que a visualização de sua eficácia imediata. A aplicação imediata da norma processual nova aos processos pendentes, chamada de retroatividade mínima⁷⁸, não poderá atingir os efeitos pendentes do ato processual.

Isso significa que no caso de um ato processual praticado segundo o código de 1973 estar com efeitos pendentes, a eficácia desta lei se protrai no tempo até o esaurimento de todos os efeitos desse ato⁷⁹. Logo, as normas processuais possuem aplicabilidade imediata, que deve respeitar a segurança e previsibilidade.

Empregando esse raciocínio ao procedimento de interdição em comento, verifica-se que nos processos em curso, nos quais o sujeito ainda é categorizado pela lei como incapaz, e portanto, sujeito à repercussão da curatela, será necessário avaliar a fase na qual o processo se encontrava quando houve a promulgação do código de processo civil de 2015, e a partir desse momento, respeitado o ato processual a ser praticado, aplicar a nova lei ao processo em desenvolvimento.

As premissas assentadas permitem perceber que o processo de interdição proposto sob a égide do código de processo civil de 1973 que ainda se encontra em tramitação quando da promulgação do código de processo civil de 2015, e atende aos critérios materiais para a interdição deve ser concluído com base na lei nova. Ou seja, devem ser aplicadas a ele todas as mudanças implementadas, em especial aquelas que versam sobre a amplitude de participação do interditado no curso do procedimento, sempre dentro do possível e de acordo com o estado em que se encontra o processo.

⁷⁴ FUX, *op. cit.*, p. 03.

⁷⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 03.

⁷⁶ DONIZETTI, *op. cit.*, p. 235.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ SOARES, André Mattos. *O direito intertemporal e o novo código de processo civil*. V.04: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. São Paulo: Juspodivm, 2015.

⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XVII. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 10-11 e 28.



Conseqüentemente, eventual impossibilidade de realização de determinado ato de acordo com os parâmetros estabelecidos na lei nova porque já ultrapassado o momento processual devido não será hipótese de nulidade do processo. Da mesma forma, a legitimidade para a propositura da ação deve ser verificada com base na lei em vigor no momento em que o processo foi distribuído, por se tratar de questão processual sujeita às regras explicitadas anteriormente.

Ante todo o exposto, é possível concluir que existem três soluções distintas para as questões de direito intertemporal postas, a depender do caso concreto.

Em se tratando de processo definitivamente finalizado, é necessário perquirir se a pessoa mantém a condição legal de incapacidade ou se a superveniência do estatuto da pessoa com deficiência a considerou plenamente capaz. No primeiro caso, não obstante seja questionável, prevalece entendimento de que subsiste a interdição nos termos em que foi determinada sob a égide da lei anterior, tencionando resguardar a segurança jurídica. Já no segundo, incontestável que a pessoa não mais será interditada, ainda que haja controvérsia quanto ao modo em que se dará o restabelecimento da plena capacidade civil.

Por sua vez, em se tratando de processo em curso, caso não tenha perdido o objeto em razão de superveniência de plena capacidade estabelecida pela lei nova, deve ser aplicada a teoria do isolamento dos atos processuais, sendo a lei nova aplicável imediatamente a partir de sua vigência, desde que finda determinada etapa processual iniciada sob a égide da lei anterior.

Como se pode verificar, as questões de aplicação do direito intertemporal não são pacíficas, e a realidade é que vários enfoques podem ser empregados para a solução desse dilema no âmbito processual⁸⁰. O que se buscou fazer aqui foi um levantamento dos questionamentos pertinentes e a exposição de soluções conforme apontadas pela doutrina, ainda que muito embrionária ao tratar da temática em tela.

CONCLUSÃO

Dentro do atual cenário, a temática da interdição é disciplinada pelo estatuto da pessoa com deficiência e pelo código de processo civil de 2015, sendo tratada também pelo código civil, alterado por ambas as normas anteriores. Cada um desses diplomas legais estipula regras de direito processual e material, o que, em conjunto com a sobreposição legislativa ocorrida,

⁸⁰ FUX, *op. cit.*, p. 01.



gera bastante imprecisão acerca da subsistência, e em especial, da aplicação correta do instituto.

Quanto a sua subsistência, é patente que existe divergência doutrinária. Prevalece, no entanto, que houve a conservação do instituto, sendo plenamente aceita a mudança de paradigma operada. Essa consiste principalmente na alteração do conceito de incapacidade, e conseqüentemente, de quem se submete ao procedimento de interdição em razão dela.

Hodiernamente, a interdição é medida excepcionalíssima, que se concentra na pessoa do interditando, com base nos postulados constitucionais da dignidade e humanidade, sendo aplicada apenas quando verificada a necessidade em concreto do sujeito que se busca proteger.

Isso faz com que a curatela tenha influência limitada aos direitos patrimoniais, de modo que não pode alterar qualquer expressão de direito existencial do interditado.

Quanto a sua correta aplicação, tal mudança afeta diretamente procedimento e legitimidade da interdição, nos moldes em que se encontram positivados atualmente. Em primeiro lugar, conclui-se pela necessidade de aplicação conjunta e complementar das normas contidas no estatuto e no código de processo civil. Em segundo, que não obstante haja diversas imprecisões legislativas, em especial no que toca às revogações de dispositivos mal formuladas, ambos os diplomas devem ser utilizados com o escopo último de prestigiar a vontade do interditado, o que repercute diretamente na forma de gestão do processo e em quem pode requerer a medida.

Por fim, as alterações normativas também suscitaram questões acerca dos processos judiciais, finalizados e ainda em curso, pois não há previsão legal específica neste sentido, e a questão não foi suficientemente debatida em sede judicial e doutrinária. Assim, foram sugeridas soluções distintas para cada situação, dependendo do caso concreto e da fase em que se encontra o processo.

Diante de tudo isso, é imperativo concluir que houve reconhecido avanço no trato da matéria relativa à interdição, mas somente o tempo poderá sedimentar as questões apresentadas e consolidar melhor o entendimento sobre o tema. Para tanto, imprescindível apontar que o estudo do tema ultrapassa os limites da averiguação da matéria positivada, e para sua correta interpretação e aplicação é necessário muito discernimento de todos os aplicadores do direito.

REFERÊNCIAS



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituir%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____. LEI N. 13.164/15. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 04 out. 2016.

ALMEIDA, Luiz Carvalho de. A Interdição a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* n.59, jan./mar. 2016.

DIDIER, Fred. *Editorial 187*. Disponível em: <<http://www.frediedier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 15 abr 2017.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves, CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado*. 2 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

_____. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: v.1. Parte Geral e LINDB*. 15 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

_____. NETO, Orlando Celso Da Silva, RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

FUX, Luiz. *O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>>. Acesso em 15 nov. 2016.

LIMA, Taísa Maria Macena de. *O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. v. 60, n. 91, jan./jun. 2015.

LOBO, Paulo. *Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, ano 10, n. 801, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pestoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 07 out. 2016.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XVII. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NUNES, Lyllia Neves Bastos Telles. *INCAPACIDADE: uma questão de proteção à pessoa humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Processo Familiar: Lei 13.146 acrescenta conceito de capacidade civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

REVISTA DE DIREITO PRIVADO, São Paulo: RT, v. 66, abr./jul. 2016.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Disponível em: <<http://www.ustarizado.org.br/index.php?pG=X19leGhZV9ub3RpY2Jhcw==&in=NjlyMA>>. Acesso em: 07 out. 2016.

ROSENVALD, Nelson. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>> Acesso em: 09 out. 2016.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade* (Parte I). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

SOARES, André Mattos. *O direito intertemporal e o novo código de processo civil*. V.04: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. São Paulo: Juspodivm, 2015.

STOLZE, Pablo. *É o fim da interdição?*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____. PAMPLONA, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Alterações do código Civil pela lei 12.145/2015: Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104%2cMI225871%2c51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. *Direito Civil: Famílias*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



ADPF N. 54 E O ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA

Amanda Ferraz Queiroz

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – O tema do presente artigo mostra-se de fundamental importância no âmbito social, político e jurídico. No âmbito social porque há grande uma discussão sobre a possibilidade de aplicação do raciocínio jurídico utilizado na ADPF n. 54 nos casos de microcefalia. No âmbito político porque compete ao Poder Executivo criar políticas públicas de prevenção e combate à microcefalia, bem como cabe ao Poder Legislativo, se assim entender, a criação de mais uma hipótese legal de aborto. Por fim, trata-se de uma discussão de importância jurídica, na medida em que compete ao Supremo Tribunal Federal, órgão de hierarquia máxima do Poder Judiciário, se manifestar sobre a legitimidade da realização do aborto de feto com microcefalia. Decidir sobre a permissão da interrupção da gravidez nessa hipótese traz à discussão a proteção do direito fundamental à vida do feto, da dignidade da mulher gestante e das pessoas com deficiência. Entende-se que permitir o aborto de um feto com microcefalia seria um retrocesso aos direitos garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, como também uma forma de eugenia, revelando uma tentativa de eliminação de pessoas portadoras de deficiência.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Penal. Aborto. Feto com microcefalia. Dignidade da mulher. Direito à vida. ADPF n. 54.

Sumário – Introdução. 1. Do feto com microcefalia e o seu direito à vida x dignidade da mulher gestante. 2. Análise sobre a possibilidade da aplicação da decisão do STF na ADPF n. 54 nos casos de microcefalia a partir dos fundamentos dos votos proferidos. 3. Argumentos contra e a favor do aborto no caso de diagnóstico de microcefalia e a necessária proteção do feto portador da deficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo discutir a possibilidade de aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 nos casos de microcefalia. Procura-se demonstrar que ter um filho com microcefalia pode trazer transtornos psicológicos na mãe, mas é necessário analisar se tal deficiência legitima o aborto, retirando o direito à vida do feto.

O Brasil tem vivenciado um grande aumento de casos de bebês com microcefalia, causada pelo vírus zika, uso de drogas durante a gravidez, toxoplasmose, rubéola e citomegalovírus. A microcefalia é uma condição neurológica que faz com que o cérebro do bebê seja menor do que a média, podendo trazer surdez, déficit intelectual, surdez e até a

morte em alguns casos. Diante disso, muitas mulheres, não aceitando o fato de o filho nascer com esses sintomas, querem praticar o aborto.

O tema em debate é de grande importância no âmbito jurídico e social, porque o nosso ordenamento jurídico criminaliza o aborto, excetuando a possibilidade de interrupção da gravidez em apenas dois casos específicos no artigo 128 do Código Penal: quando há risco de vida para a mãe e no caso de estupro.

Em 2012, o STF, ao julgar a ADPF n. 54, se posicionou no sentido de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não é aborto e pode ser realizada, posto que fora do útero não há possibilidade de o feto permanecer com vida. Dessa forma, pode ser realizada a interrupção da gravidez caso o feto tenha anencefalia, ou seja, além das duas hipóteses permitidas em lei, o STF criou uma terceira hipótese.

Dai surge o questionamento se a decisão do STF na ADPF n. 54 autorizando o aborto de feto anencefálico poderia ser aplicada nos casos de feto com microcefalia.

Com o crescimento dos casos de microcefalia no Brasil, é importante um posicionamento da corte suprema sobre a possibilidade ou não da realização do aborto nesse caso, pois alguns grupos estão argumentando que seria uma hipótese legal.

Já há uma grande discussão entre os juristas, professores e médicos sobre este assunto e para que esse ambiente de insegurança social e jurídica não se prolongue há a necessidade de um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Enquanto não há, a presente pesquisa busca discutir um pouco esse tema para que haja uma melhor compreensão.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discutindo se o feto com microcefalia tem possibilidade de vida após o parto, se seria mais importante o seu direito a vida ou a dignidade e o direito de se autodeterminar da mulher gestante.

Segue-se apresentando, no segundo capítulo, os votos dos ministros do STF quando da decisão da ADPF n. 54 e se os argumentos utilizados são cabíveis diante das peculiaridades dos casos de microcefalia com o objetivo de aferir se a interrupção da gravidez nessa hipótese pode ser aceita com base nessa decisão.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a opinião de diversos atores sociais sobre a permissibilidade do aborto no caso de constatação da microcefalia, bem como se a morte de fetos com tal anomalia seria uma forma de eugenia e uma porta de entrada para que sejam realizados abortos de fetos que apresentem deficiências de semelhante gravidade. Assim, a efetivação de políticas públicas de prevenção da doença seria muito mais benéfica do que a realização do aborto desses fetos deficientes.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia de natureza qualitativa,



explicativa, quantitativa e parcialmente exploratória, na medida em que o presente artigo apresentará como fontes principais de pesquisa decisões do Supremo Tribunal Federal, artigos publicados na internet e legislação.

1. DO FETO COM MICROCEFALIA E O SEU DIREITO À VIDA X DIGNIDADE DA MULHER GESTANTE

O aumento alarmante dos casos de bebês com microcefalia no Brasil, principalmente no estado de Pernambuco, levou o Ministério da Saúde a decretar estado de emergência de saúde no início do mês de novembro de 2015¹. O crescimento de casos de microcefalia reacendeu no Brasil e em vários países do mundo a discussão acerca da possibilidade do aborto caso seja constatado na gravidez que o feto possui essa doença.

Microcefalia é uma doença que se caracteriza por um crânio menor que o normal para a idade da criança, normalmente sendo diagnosticada quando uma criança com um ano e três meses de idade possui a cabeça do tamanho menor que 42 centímetros².

Esta anomalia pode estar associada ao uso de álcool e drogas durante a gestação ou infecção adquirida pela gestante, especialmente nos três primeiros meses da gravidez, como toxoplasmose, rubéola e citomegalovírus. Outro possível causador da anomalia são síndromes genéticas como a Síndrome de Down.

Em relação ao vírus zika, ainda não está claro que ele possa ser um causador da doença. De acordo com a Secretaria de Vigilância em Saúde da Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco³, parte das mães que tiveram seus bebês com a doença apresentaram erupções na pele durante a gestação, que é um dos sintomas do zika vírus. No entanto, de acordo com o órgão, não há evidências suficientes para associar o vírus com a microcefalia.

As crianças com microcefalia podem apresentar consequências como atraso mental, paralisia, epilepsia, convulsões, déficit intelectual, autismo, rigidez dos músculos, alterações físicas como dificuldade para andar e problemas de fala. No entanto, essas consequências da

¹ FORMENTI, Lígia. *Surtos de microcefalia em bebês: Jir país decretar emergência sanitária nacional*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral/governo-decreta-emergencia-sanitaria-apos-surtos-de-nascimentos-de-bebe-com-microcefalia-em-pe,10000001719>>. Acesso em: 20 out. 2016.

² BELTRAME, Beatriz. *Entenda o que é Microcefalia e quais são as consequências para o bebê*. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/microcefalia/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

³ O GLOBO. *Microcefalia: saiba o que é, o que causa e como identificar*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/microcefalia-saiba-o-que-e-o-que-causa-e-como-identificar.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.



doença não aparecem em todas as crianças com a doença, pois isso depende do grau gravidade da microcefalia⁴.

Nesse sentido, as crianças que possuem a doença de forma mais branda possuem capacidade cognitiva sem grandes alterações, aprendendo a falar, andar, ler e escrever, por exemplo. Por outro lado, as crianças que possuem um grau maior da microcefalia dependem completamente de outras pessoas para sobreviver, precisando de maiores cuidados e da ajuda da família para realizar as tarefas do dia-a-dia.

Um bebê que nasce com microcefalia tem expectativa de vida semelhante à de outros bebês que não possuem a doença, mas isso vai depender e variar de acordo com a gravidade da doença, se há síndromes relacionadas e se ao longo da infância terá adequado acompanhamento e tratamento de profissionais que a auxiliem a ter uma melhor qualidade de vida.

De acordo com o Instituto Nacional de Distúrbios Neurológicos e AVC dos Institutos Nacionais de Saúde dos Estados Unidos (Ninds-NH)⁵, algumas crianças que possuem a microcefalia podem apresentar certo nível de incapacidade, seja física ou intelectual. Outras podem apresentar capacidade cognitiva normal e ter um desenvolvimento semelhante ao de outras crianças.

Diante das peculiaridades da microcefalia acima explanadas, deve-se colocar em análise o respeito ao direito à vida do feto que é diagnosticado com esta doença, posto que, embora possa apresentar complicações na sua saúde, nasce com vida e pode viver em sociedade com o adequado acompanhamento de sua família e profissionais habilitados.

É importante que a questão seja fundamentada à luz da Constituição da República Federativa do Brasil que garante a todos em seu art. 5º, caput, o direito à vida. Os direitos elencados neste artigo trata-se de um rol exemplificativo, posto que os direitos e as garantias fundamentais colocados de forma expressa na Constituição não excluem outros que estão alinhados com os valores e princípios por ela adotados, ou em tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, na forma do § 2º, do art. 5º, CRFB/88⁶.

⁴ BELTRAME, Beatriz. *Distúrbio o que é Microcefalia e quais são as consequências para o bebê*. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/microcefalia/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁵ O GLOBO. *Governo declara emergência em saúde por casos de microcefalia*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/ministerio-da-saude-investiga-casos-de-microcefalia-no-nordeste.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁶ Art. 5º, § 2º, CRFB: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.



Sobre os tratados internacionais, a Constituição se preocupou em disciplinar seu status constitucional e dispôs no parágrafo terceiro do artigo 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos pelos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.⁷

Nesse diapasão, cumpre salientar que o Brasil tornou-se signatário do Pacto Jan José da Costa Rica que versa sobre direitos humanos em 1992. Este tratado celebra o direito à vida em seu artigo 4º e estabelece no item 1 que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.⁸

O direito à vida é um direito fundamental de todo ser humano e abarca tanto o direito de continuar vivo, de não ser privado de sua vida, como também o direito de ter uma vida digna, devendo ser asseguradas as necessidades básicas de sobrevivência do ser humano e proibido qualquer tratamento indigno, como trabalhos forçados e cruéis.

No que tange ao conceito de vida, este começou a ser abordado pelo STF no julgamento da ADI 3.510 em 2008, ocasião em que teve que definir quando começaria a vida para declarar a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e por votação bastante apertada, 6 X 5, entendeu que as pesquisas com célula-tronco embrionária não violam o direito à vida.⁹

Segundo o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, a vida humana iniciaria com o surgimento do cérebro que, por sua vez, só começaria a aparecer após a introdução do embrião no útero da mulher. Portanto, o conceito de vida estaria ligado à existência do cérebro.

Para o STF¹⁰, a constatação de que a vida começa com o surgimento do cérebro também estaria regulamentada no art. 3º da Lei de Transplantes, segundo o qual há a possibilidade de transplante depois da morte, desde que constatada a morte encefálica. Pelo que, para a lei, o fim da vida estaria ligado com a morte cerebral.

⁷BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

⁸Convenção Americana de Direitos Humanos, C. A. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inter%20em%20ADI%20%203510>>. Acesso em: 24 out. 2016.

¹⁰ Ibid.



Seguindo a mesma linha de pensamento quanto ao conceito de vida, em 2012, o STF julgou a ADPF n. 54 e se posicionou quanto à possibilidade da interrupção da gravidez de feto com anencefalia, desde que se comprove por laudos médicos que o feto não tem cérebro e não tem chance de vida extrauterina.¹¹

Relacionando o feto com microcefalia ao conceito de vida adotado pela lei e pelo Supremo Tribunal Federal, constata-se que o feto com essa anomalia possui vida e tem possibilidade de vida extrauterina, posto que não há ausência de cérebro em seu corpo, mas sim um perímetro menor do que o normal. Não cabe, portanto, a equiparação da microcefalia à anencefalia.

Se, por um lado, o direito à vida do feto com microcefalia deve ser garantido, por outro lado, a mulher gestante goza de proteção constitucional da sua dignidade. O princípio da dignidade da pessoa humana caracteriza-se como fundamento da República Federativa do Brasil e como princípio-matriz do qual decorrem todos os direitos fundamentais, na forma do artigo 1º, III, da CRFB/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana [...]”.¹²

Não obstante a dignidade da pessoa humana ser fundamento do Estado Democrático Brasileiro, diante da sua colisão com o direito à vida do feto deverá ser utilizada a ponderação de interesses, à luz da razoabilidade e da harmonização. Não se pode permitir que seja violado de forma arbitrária o direito fundamental de um feto que foi diagnosticado com uma deficiência, havendo claramente vida e possibilidade de vida após o parto.

Entende-se que não seria razoável a autorização da violação da vida de um feto só porque vai nascer deficiente para que se evite o sofrimento da mãe. Se assim fosse, haveria retrocesso nos direitos fundamentais conquistados, mormente o direito fundamental à vida.

2. ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA DECISÃO DO STF NA ADPF 54 NOS CASOS DE MICROCEFALIA A PARTIR DOS FUNDAMENTOS DOS VOTOS PROFERIDOS

Em 2004, foi proposta a ADPF n. 54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://medir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 24 out. 2016.

¹²BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.



na Saúde, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Mello. Foi julgada oito anos após o ajuizamento, nos dias 11 e 12 de abril de 2012, numa votação em que estavam presentes 11 ministros do Supremo Tribunal Federal, com placar de 8 votos a favor da descriminalização do aborto de feto anencéfalo e 2 votos contra.¹³

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde postulou na inicial a declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal que criminaliza a antecipação terapêutica em caso de constatação de gravidez de feto anencéfalo por um profissional habilitado. Requeru-se que fosse dado a mulher gestante do direito de realizar o procedimento, dispensando-se autorização judicial ou qualquer outra modalidade de permissão do Estado.¹⁴

O ministro Marco Aurélio Mello¹⁵ iniciou seu voto salientando o confronto de interesses nesse caso, pois de um lado há a necessidade de ser respeitada a dignidade da mulher e, de outro, o desejo da sociedade de proteger seus integrantes, sejam aqueles que já nasceram, sejam aqueles que ainda vão nascer. O julgamento da ADPF passava pela discussão da liberdade, do direito à vida e à saúde, da autodeterminação e dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Na fundamentação do seu voto, o ministro relator começou a discorrer sobre o Estado laico. Destacou que laicidade não se confunde com laicismo, posto que laicidade significa uma postura neutra do Estado, já laicismo revela uma atitude agressiva do Estado contra a religião. Dessa forma, a Constituição consagrou no artigo 5º, inciso VI¹⁶ a liberdade religiosa e estabeleceu a laicidade do Estado no artigo 19, inciso I¹⁷.

No que tange à laicidade estatal, o ministro fez uma importante observação, no sentido de que tal princípio tem duas funções. A primeira é proteger as religiões de atitudes abusivas e repressivas do Estado. A segunda, por sua vez, é não permitir que o Estado sofra influências religiosas indevidas, de modo a rebaixar a imposição de concepções morais religiosas mas

¹³ MIGALHAS. Marco Aurélio: Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencéfalo. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17_M1221308_51045-Marco+Aurelio+Mello+Decisao+historica+do+STF+permite+aborto+de+feto>. Acesso em: 15 abr. 2017.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiariojuris/stf/arquivo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

¹⁶ Art. 5º. (...)

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias; [...]

¹⁷ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-las, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...]



decisões estatais.

Nesse diapasão, as religiões não podem guiar as decisões do Estado quanto à realização e proteção de outros direitos fundamentais como o direito à saúde física e mental, o direito à liberdade de expressão, o direito à autodeterminação e o direito à liberdade no âmbito da reprodução. A ADPF em julgamento não poderia ser debatida e examinada sob concepções morais religiosas.

Após a discussão sobre o Estado laico, o ministro Marco Aurélio¹⁸ expôs as características da anencefalia, no sentido de que a anomalia caracteriza-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, de modo que o anencéfalo não possui atividade cortical, equiparando-se ao morto cerebral. Destaca que uma pessoa com essa anomalia não possui fenômenos da vida psíquica, como mobilidade, afetividade, cognição, comunicação, sensibilidade e consciência, sendo um morto cerebral com funções cardíacas e respiratórias.

Para corroborar tais características, o ministro Marco Aurélio fez menção, ainda, da explanação dos especialistas em audiência pública, confirmando o fato de que o feto com anencefalia possui uma doença congênita letal, que não terá o desenvolvimento da massa encefálica em nenhum momento da sua vida após o nascimento. Houve uma longa exposição das especificidades da anomalia para se chegar à conclusão de que ela não tem cura e leva a uma ausência de potencialidade de vida, posto que, havendo um diagnóstico de anencefalia, não há possibilidade de vida extrauterina.¹⁹

Importante salientar que o ministro relator fez questão de ressaltar que a arguição de preceito fundamental em julgamento não se tratava de feto com deficiências como ausência de membros, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, dentre outras doenças graves que permitam a vida extrauterina, mas sim de fetos que não teriam possibilidade de viver após o parto.²⁰

Nesse ponto do julgamento, faz-se necessária a alusão às características da microcefalia para que analise se o resultado do julgamento da ADPF 54 pode ser usado como paradigma para que haja a permissão do aborto de fetos diagnosticados com tal doença.

A microcefalia não é uma doença que impossibilita a sobrevivência extrauterina, trata-se exatamente de feto com deficiência, como bem ressaltado pelo ministro relator. A criança, apesar de apresentar problemas como déficit intelectual, alterações físicas, dificuldade de falar e andar, ela consegue viver em sociedade e ter uma melhor qualidade de vida se receber os cuidados da família e se for acompanhada por profissionais capacitados. Cuida-se, portanto,

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*



de uma deficiência e não de um diagnóstico letal como ocorre na anencefalia, havendo total ausência de semelhança entre os diagnósticos.²¹

No que tange a anencefalia, o ministro relatou prostegeu seu voto afirmando que a anencefalia não se trata deficiência, mas sim de total falta de expectativa de vida após o nascimento, não havendo que se falar em violação do direito à vida ou discriminação de crianças deficientes.

Dessa forma, afastou a aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas no que se refere ao direito à vida, bem como afirmou ser inaplicável o artigo 227 Constituição Federal no que dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente, a defesa do direito à vida, à saúde e à dignidade, na medida em que como não há expectativa de vida após o parto, não se cogita a existência de uma criança, tampouco de um adolescente.

O ministro trouxe outro argumento no sentido de que a mulher não poderia ser tratada como um objeto de reprodução, sendo obrigada a manter uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos do seu filho que não terá vida após o parto, havendo flagrante violação de sua dignidade. Da mesma forma, inviável seria cabe invocar o direito à vida, já que o anencéfalo não tem viabilidade de vida.²²

Sustentou, ainda, o caráter não absoluto do direito à vida, já que a Constituição Federal permite a pena de morte nos casos de guerra declarada no artigo 5º, inciso XLVII. No âmbito infraconstitucional, também há previsão de relativização do direito à vida no artigo 128, incisos I e II, do Código Penal, não se punindo o aborto realizado com o intuito de salvar a vida da gestante e o aborto humanitário, quando a gravidez resulta de estupro.

Em seu último argumento de defesa pela possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, o ministro trouxe à discussão o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade da mulher. Realçou que, nesses casos, há um risco maior à saúde da gestante do que na gestação normal, podendo conduzir à hipertensão, partos prematuros, diabetes e hemorragia após o parto.

Ademais, a manutenção da gravidez de um feto anencéfalo pode ocasionar grave lesão ao aspecto psíquico da mulher, pois, havendo a certeza do óbito, a mãe vai conduzir a gravidez com sentimento de dor, de desespero, de angústia e de luto, diferentemente da gestação normal em que a mulher, juntamente com sua família, vai acompanhando o desenvolvimento do feto com alegria, na expectativa do nascimento de uma criança saudável.

²¹ BELTRAMB, Beatriz. *Cover é a vida da criança que nasce com microcefalia*. Disponível em: <<http://www.tmsaude.com/tratamento-para-microcefalia/>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stfjbr.br/arquivo/cms/noticianticiantstf/arquivo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.



O ministro Marco Aurélio julgou procedente o pedido do autor, para fosse declarada a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é delito tipificado nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal. Também votaram pela procedência da ADPF nos ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Celso de Mello, Joaquim Barboza, Luiz Fux, Ayres Brito e as ministras Rosa Weber e Carmen Lúcia Antunes.

Restaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.²³ O ministro Ricardo Lewandowski, ao votar pela improcedência da ação, relatou o risco da usurpação de poderes atribuídos aos integrantes do Congresso Nacional, pois cabe a ele alterar a legislação para incluir a anencefalia nas hipóteses em que o aborto não é criminalizado. A segunda fundamentação apresentada foi no sentido de que se houvesse permissão do aborto de fetos anencefálos haveria a ampliação para a descriminalização do aborto de fetos com diversas outras patologias.

O ministro Cezar Peluso²⁴, por sua vez, alertou pela diferença entre o caso de uso de células tronco embrionárias em pesquisas permitido por meio da ADI n. 3.510 e o caso de feto com anencefalia, não havendo possibilidade de se aplicar o mesmo fundamento para a procedência da ação. O segundo argumento do ministro foi no sentido de que não cabe ao STF atuar como legislador positivo, sendo competência do Legislativo a inclusão do caso dos anencefálos nas hipóteses autorizadas do aborto.

Diante dos argumentos expostos pelo ministro relator Marco Aurélio, no julgamento da ADPF n. 54, conclui-se que não é possível se equiparar a microcefalia à anencefalia para justificar o aborto, posto que não se trata de patologias semelhantes. Enquanto que na anencefalia há um feto com a certeza do óbito, na microcefalia tem-se um feto com uma grave deficiência, mas com possibilidade de vida e bom desenvolvimento, caso receba o devido acompanhamento médico e familiar.

Nos casos de anencefalia, de fato, não há direito à vida a ser protegido, porém tal raciocínio não se coaduna com as características da microcefalia, já que se trata de um feto deficiente que merece proteção.

A vida do feto com microcefalia está protegida internacionalmente por meio de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que devem ser observados pelo

²³ MENEZES, Evandro Pinto de; CRUZ, Patrícia de Moraes. *Aborto e anencefalia no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44378/aborto-e-anencefalia-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

²⁴ *Ibid.*



Brasil, na forma do artigo 5º, § 3º da CF/88²⁵, e pelo próprio texto constitucional que é permeado de princípios e normas que protegem o direito à vida e à saúde, como bem preleciona o artigo 5º, caput²⁶, garantindo a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito à vida.

Importante mencionar o artigo 227 da Constituição Federal que, com o intuito de proteger a criança de qualquer tratamento discriminatório, cruel ou violento, dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar o direito à vida e a proteção integral da criança, considerada sujeito de direito em desenvolvimento.

O presente trabalho filia-se ao entendimento do ministro Lewandowski que, apesar de estar se referindo ao aborto de fetos com anencefalia, registrou que não pode haver ampliação da descriminalização do aborto para todo e qualquer caso de deficiência e patologia que surgir. Não se pode, ao arrepio da legislação vigente, permitir a interrupção da gestação em casos de malformações congêntas e anomalias, como no caso da microcefalia.

3. ARGUMENTOS CONTRA E A FAVOR DO ABORTO NO CASO DE DIAGNÓSTICO DE MICROCEFALIA E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO FETO PORTADOR DA DEFICIÊNCIA

Diante da grande quantidade de bebês que nasceram com microcefalia no país entre os anos de 2015 e 2016 e com a repercussão dada ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 54 autorizando a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, importantes atores sociais começaram a discutir sobre a possibilidade de realização do aborto quando um feto for diagnosticado com microcefalia.

A Organização das Nações Unidas²⁷ já se manifestou no sentido de se permitir a realização do aborto nos casos de microcefalia. Nesse sentido, no dia 05 de fevereiro de 2016 o Alto Comissário para os Direitos Humanos da ONU Reid Ra'ad Hussein defendeu que o Estado devesse garantir os direitos humanos da mulher, oferecendo uma resposta eficaz diante

²⁵ Art. 5º, § 3º, CRFB: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²⁶ Art. 5º, CRFB: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

²⁷ UNHCR. *Defender direitos das mulheres é essencial para a resposta do Zika, diz ONU*. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/defender-direitos-das-mulheres-e-essencial-para-a-resposta-ao-zika-diz-onu/>>. Acesso em: 20 abr. 2017.



do aumento de fetos diagnosticados com microcefalia, caracterizando-se uma grave situação de emergência:

Garantir os direitos humanos é essencial para uma resposta de saúde pública e eficaz, e isso requer que os governos assegurem a mulheres, homens e adolescentes o acesso a informações e serviços de saúde sexual e reprodutiva de qualidade, integrais e acessíveis, sem discriminação. Os serviços de saúde devem ser prestados de forma que garanta o consentimento plenamente informado de uma mulher, respeite sua dignidade, assegure sua privacidade, e seja sensível a suas necessidades e perspectivas. As leis e políticas que restringem seu acesso a esses serviços devem ser revisadas com urgência, conforme as obrigações de direitos humanos, visando a garantir na prática o direito a saúde para todos e todas.²⁹

Daniel Sena²⁹, em seu artigo “Sobre a constitucionalidade do aborto do feto com microcefalia” apresenta alguns argumentos para defender o aborto nesses casos. Dentre tais argumentos está a falta de estrutura da saúde pública tanto na prevenção da doença quanto no cuidado que deveria ser oferecido a pessoa que nasce com microcefalia, pois ela necessitaria de tratamento médico durante toda a sua vida.

Segundo ele, defender a impossibilidade do aborto nesses casos seria tapar o sol com a peneira, pois haverá graves consequências do nascimento do bebê para a família e para a sociedade. Portanto, deveria ser respeitado o direito da autonomia de vontade da mulher, bem como a sua dignidade, pois só ela sabe se é capaz de criar um filho com esse tipo de doença.

Pela defesa da vida do feto com microcefalia, o secretário de saúde do Rio Grande do Sul, João Gabbardo dos Reis³⁰, se manifestou a favor dos casos permissivos do aborto previstos na legislação vigente, que admite o aborto nos casos de risco de vida gestante e nos casos de estupro, bem como aceita o aborto permitido pelo STF na ADPF n. 54 de feto com anencefalia. No entanto, afirma categoricamente que não se pode comparar uma criança com microcefalia a uma criança anencéfala.

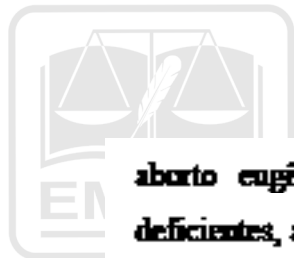
Contra o aborto de feto com microcefalia se manifestou Jeffrey Chiquini³¹ em seu artigo “Abortamento de feto com microcefalia”. Ele afirma que permitir o aborto nesses casos seria uma forma de aplandir a prestação deficiente do Estado no que tange a proteção à vida que é o bem jurídico mais importante do ser humano, bem como revelaria uma espécie de

²⁹ *Ibid.*

²⁹ SENA, Daniel. *Sobre a constitucionalidade do aborto do feto com microcefalia*. Disponível em: <<http://www.direto.com.br/artigos/sobre-a-constitucionalidade-do-aborto-do-feto-com-microcefalia/>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

³⁰ LABOISSIÈRE, Paula. *ONU defende o direito ao aborto em países atípicos pelo Zile*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/paises-com-surtos-de-zika-devem-autorizar-aborto-defende-cma>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

³¹ CHIQUINI, Jeffrey. *Abortamento de feto com microcefalia*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/abortamento-de-feto-com-microcefalia/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.



aborto eugênico, posto que haveria uma seleção da espécie humana, eliminando os deficientes, ao invés de protegê-los de forma completa e eficaz.

A revista *Consultor Jurídico*³² ouviu a opinião de alguns juristas quanto ao aborto de fetos com microcefalia e a opinião majoritária foi no sentido de que a decisão do STF na ADPF 54 sobre a permissão do aborto de feto anencefalo não se aplica ao caso microcefalia, pois nem sempre essa doença condena o feto à morte.

O ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso³³ afirmou que a anencefalia apresenta efeitos diferentes da microcefalia, sendo injustificado tratamento semelhante aos dois casos. Segundo ele, eliminar uma criança que vai nascer com uma anomalia cerebral seria uma brutalidade e uma forma de eugenia, o que se assemelharia a ideia de um mundo sem deficientes de Adolf Hitler.

Segundo a mesma linha de entendimento, o professor de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo José Levi Mello do Amaral Junior³⁴ defende que o feto atingido pela microcefalia não está impossibilitado de ter uma vida extrauterina, podendo superar suas limitações com o devido acompanhamento de especialistas da saúde e até mesmo colar grau em curso superior. Assim, permitir o aborto nesse caso seria uma forma de vulgarizar o que o ordenamento jurídico brasileiro trata como excepcional, seria uma manobra jurídica.

Em sentido contrário, o ministro Marco Aurélio³⁵ defendeu a possibilidade da mulher grávida de feto com microcefalia realizar a interrupção da gestação. No entanto, ele não fundamenta sua opinião com base na chance de vida que possui o feto com microcefalia, mas com base no respeito à dignidade da mulher gestante. Afirmou que o conhecimento das limitações que seu filho apresentara traz um sofrimento que pode prejudicar a saúde física e mental da mulher, revelando prejuízos materiais e morais, aptos a permitir a interrupção da gravidez.

Na busca pela permissividade da interrupção da gravidez de feto com microcefalia, é importante salientar que no dia 24/08/2016 a ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos), com apoio da ANIS (Instituto de Bioética) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5581) cumulado de pedidos de Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

³² REEDAS, Sérgio. *Decisão do STF sobre aborto de anencefalo não se aplica a feto com microcefalia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/deciso-feto-anencefalo-nao-aplica-microcefalia>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*



Ambos os institutos pleitearam pela garantia de direitos que estão sendo violados com o surto de infecções pelo zika vírus, pela efetivação de políticas públicas que venham dar apoio às mulheres e crianças afetadas pela epidemia e pela possibilidade de realização do aborto, de forma excepcional, quando detectado o sofrimento psíquico da gestante.

Da mesma forma que o Ministro Marco Aurélio³⁶, em opinião declarada na revista Consultor Jurídico, se manifestou pela possibilidade do aborto com o objetivo de proteger a mulher gestante, a petição inicial da ADI n. 5581 calca sua fundamentação não na ausência de expectativa de vida fora do útero para o bebê portador da microcefalia, mas sim na proteção da saúde psicológica da mulher e da sua liberdade de escolha de criar ou não uma criança portadora dessa doença.

No mérito da ADI n. 5581, o Procurador Geral da República³⁷ apresentou parecer favorável ao aborto nos casos de contaminação pelo zika vírus. A Advocacia Geral da União e o Senado Federal³⁸, de modo diverso, se manifestaram pela impossibilidade do aborto nesses casos, posto que é necessária a proteção do direito à vida desde a concepção, não havendo elementos suficientes que demonstrem que a saúde psicológica da mãe estará melhor pela autorização da interrupção da gravidez do que pela manutenção dela.

Diante dos argumentos acima expostos, o presente trabalho opina pela impossibilidade da interrupção da gravidez de feto com microcefalia, posto que impedir o nascimento de criança deficiente seria uma forma de eugenia e é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à criança o direito à vida.

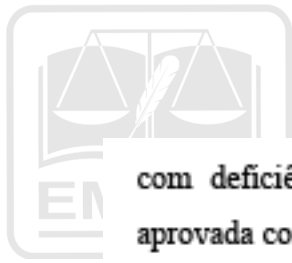
Não se pode aceitar que haja eliminação de fetos com deficiência com o intuito de proteger a mãe de um sofrimento futuro, pois aceitar a interrupção da gravidez nesta hipótese possibilitaria que mulheres grávidas de fetos com outros tipos de anomalias também pleiteassem o direito a realização do aborto. Assim, criar-se-ia uma sociedade livre de deficientes físicos, evitando-se sofrimento da gestante à custa da vida de uma criança com capacidade nascer e apresentar um bom desenvolvimento em sua vida em sociedade.

Insta salientar que a Constituição Federal estabeleceu os direitos e garantias individuais como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, inciso IV: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais”. Nesse diapasão, não poderá o Poder Judiciário permitir a violação do direito fundamental à vida de uma pessoa

³⁶ *Ibid.*

³⁷ AZEVEDO, Ana Lúcia; BERGAMASCHI, Lara. STF vai decidir sobre direito de aborto em caso de infecção por zika. Disponível em: <<http://globo.globo.com/rio/stf-vai-decidir-sobre-direito-de-aborto-em-caso-de-infecao-por-zika-20589257>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

³⁸ *Ibid.*



com deficiência se a própria Constituição não permite que emenda constitucional seja aprovada com esse propósito.

É imperiosa a criação e efetivação de políticas públicas destinadas à prevenção da contaminação pelo zika vírus, por meio de campanhas de vacinação e de eliminação do mosquito transmissor numa ação conjunta do Estado com a sociedade. Trata-se de medida efetivadora do direito social à saúde consubstanciado no artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.³⁹

Desta forma, faz-se necessário atacar a causa da doença ao invés de afastar a consequência com a realização do aborto do feto doente, evitando-se que um ser inocente pague pela omissão no Estado no combate de epidemias públicas. O feto com deficiência carece de proteção, não podendo ser eliminado, tampouco discriminado por ser diagnosticado com a microcefalia.

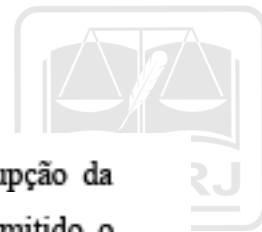
CONCLUSÃO

A discussão sobre a possibilidade de autorização do aborto nos casos de microcefalia, utilizando-se o julgamento permissivo da interrupção da gravidez de feto anencéfalo na ADPF n. 54 pelo Supremo Tribunal Federal, traz consigo a necessidade de uma análise pormenorizada de diversos direitos já consolidados no ordenamento jurídico brasileiro.

No âmbito dessa discussão, há uma contraposição do direito à vida do feto e da dignidade da mulher gestante. Tendo em vista que o Brasil garante a todos, indistintamente, o direito à vida no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, bem como se tornou signatário do Pacto San José da Costa Rica que versa sobre direitos humanos e trata o direito à vida como um direito fundamental, não se pode permitir que seja eliminada a vida de um feto pelo fato de ele apresentar uma deficiência como a microcefalia.

No que tange aos votos condutores da discussão na ADPF n. 54, os ministros que votaram pela possibilidade do aborto nos casos de anencefalia trouxeram como fundamentação de seus votos a ausência de vida do feto com anencefalia, o caráter não absoluto do direito à vida e a impossibilidade de tratamento da mulher como um objeto de reprodução, fazendo-se necessária a proteção da mulher gestante.

³⁹BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.



Os fundamentos utilizados pelos ministros que votaram a favor da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não podem ser utilizados para que também seja permitido o aborto de feto com microcefalia, pois enquanto que na anencefalia o feto não tem possibilidade de vida extrauterina, não havendo vida a se proteger, na microcefalia o feto, embora deficiente, pode se desenvolver e ter qualidade de vida, se receber o devido acompanhamento da família e de profissionais capacitados.

Além disso, permitir o aborto do feto com microcefalia com base na proteção da dignidade da mulher gestante é permitir que se pratique uma forma de eugenia no Brasil, de modo a eliminar os fetos que possuem deficiência. Se assim for, outras formas de deficiências graves podem ser motivo para a realização do aborto com o objetivo de proteger o estado psíquico da mãe.

As pessoas com deficiência são consideradas pessoas vulneráveis na sociedade, carentes de proteção e inclusão. Nesse sentido, as referidas normas garantem o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa deficiente em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo protegidas de qualquer forma de discriminação, exploração, violência ou crueldade.

Dessa forma, a autorização do aborto de fetos com microcefalia calcada na proteção da mulher gestante e conseqüente eliminação de uma criança deficiente seria uma atitude contraditória do Estado e um retrocesso aos direitos conquistados pelas pessoas com deficiência.

Portanto, conclui-se que não é possível a aplicação do julgamento da ADPF n. 54 para que seja permitida a realização da interrupção da gravidez nos casos de feto diagnosticado com microcefalia, devendo o Estado e os setores da sociedade criar políticas públicas e projetos sociais de eliminação da causa da doença, bem como de assistência e apoio às famílias que possuem um filho com microcefalia.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Ana Lúcia; BERGAMASCHI, Lara. *STF vai decidir sobre direito de aborto em caso de infecção por zika*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/stf-vai-decidir-sobre-direito-de-aborto-em-caso-de-infeccao-por-zika-20589257>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

BELTRAME, Beatriz. *Como é a vida da criança que nasce com microcefalia*. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/tratamento-para-microcefalia/>>. Acesso em: 15 abr. 2017.



_____. *Entenda o que é Microcefalia e quais são as consequências para o bebê*. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/microcefalia/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54 Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiamoticiasstf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CHIQUINI, Jeffrey. *Abortamento de feto com microcefalia*. Disponível em: <<http://empuriododireito.com.br/abortamento-de-feto-com-microcefalia/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

Convenção Americana de Direitos Humanos. C. A. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

INESC. *Defender direitos das mulheres é essencial para a resposta do Zika, diz ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/defender-direitos-das-mulheres-e-essencial-para-a-resposta-no-zika-diz-onu/>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

LABOISSIÈRE, Paula. *ONU defende o direito ao aborto em países atingidos pelo Zika*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/paises-com-surto-de-zika-devem-autorizar-aborto-defende-onu>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

MENEZES, Evandro Pinto de; CRUZ, Patrícia de Moraes. *Aborto e anencefalia no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44378/aborto-e-anencefalia-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

MIGALHAS. *Marco Aurélio: Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencefalo*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17_MI221398_51045-Marco+Aurelio+Mello+Decisao+historica+do+STF+permite+aborto+de+feto>. Acesso em: 15 abr. 2017.

O GLOBO. *Governo declara emergência em saúde por casos de microcefalia*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/ministerio-da-saude-investiga-casos-de-microcefalia-no-nordeste.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.



RODAS, Sérgio. *Decisão do STF sobre aborto de anencefalo não se aplica a feto com microcefalia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/decisa0-feto-anencefalo-nao-aplica-microcefalia>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

SENA, Daniel. *Sobre a constitucionalidade do aborto do feto com microcefalia*. Disponível em: <<http://www.direitocom.com/artigos/sobre-a-constitucionalidade-do-aborto-do-feto-com-microcefalia>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA A ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL.

Ana Caroline Baptista Uchôa

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – com o agravamento das ondas migratórias, discute-se na seara da Seguridade Social a extensão do benefício de prestação continuada (BPC) a estrangeiros residentes no Brasil. Assim, analisa-se a essência do BPC destacando suas características tanto no ramo da Assistência, quanto da Seguridade Social. Nesse cenário, inicialmente observam-se os desafios da Assistência Social enquanto espécie da Seguridade Social, posteriormente destaca-se a essência, bem como os requisitos para a concessão do BPC. Por fim através de uma análise fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, evidenciam-se os argumentos lógico-jurídicos que permitem uma interpretação extensiva para o BPC de forma a abranger também os estrangeiros residentes no Brasil. A essência do trabalho, portanto, é abordar os desdobramentos do BPC dentro da seara da Seguridade Social, em especial da Assistência Social em cotejo com os princípios fundamentais.

Palavras-chave – Direito Previdenciário. Seguridade Social. Assistência. Benefício de Prestação Continuada.

Sumário – Introdução. 1. A Assistência Social como Instrumento da Seguridade Social e Mecanismo de concretização dos Direitos Fundamentais. 2. O Benefício da Prestação Continuada e os Desafios da Atualidade. 3. A concessão do BPC aos Estrangeiros Residentes no Brasil sob a ótica do Princípio da Dignidade Humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, com o agravamento das ondas migratórias resultantes de situações de miserabilidade, guerras e outros infortúnios cada vez mais se discutem os mecanismos de proteção do indivíduo como ser humano dentro dos Estados Democráticos de Direito.

Em se tratando dos Direitos da Seguridade Social tal debate ganha extraordinária importância, uma vez que os benefícios securitários, principalmente os de caráter assistenciais, foram criados para assegurar ao indivíduo, durante a situação de risco social, os meios necessários para sua subsistência, visando resguardar em última análise a dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, a presente tese fundamenta-se no estudo do Benefício de Prestação Continuada (BPC), observadas as regras da Assistência Social, espécie do gênero Seguridade Social.



Assim, com o objetivo de fornecer ao leitor um panorama geral do instituto em análise, inicia-se o primeiro capítulo com a concepção inicial da Assistência Social como instrumento da Seguridade Social e de concretização dos Direitos Fundamentais, o objetivo, portanto é destacar a essência do BPC, principalmente, no que tange suas características tanto no ramo da Assistência, quanto da Seguridade Social.

Posteriormente, analisam-se os requisitos de concessão do Benefício da Prestação Continuada (BPC) dentro da atual conjectura dos direitos humanos, bem como dos direitos fundamentais.

Por último, no terceiro capítulo, através de uma análise dos desdobramentos do BPC dentro da seara da Seguridade Social, em especial da Assistência Social em cotejo com os princípios fundamentais e a da dignidade da pessoa humana, evidenciam-se os argumentos lógico-jurídicos que permitem uma interpretação extensiva para o BPC de forma a abranger também os estrangeiros residentes no Brasil.

Como metodologia, foi utilizada, em especial, a pesquisa bibliográfica e literária dos principais autores acerca do tema.

1- A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO INSTRUMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Inicialmente, destaca-se que o constituinte originário optou pelo termo Seguridade Social ao estabelecer os mecanismos, institutos e princípios da proteção social dentro do ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Tal nomenclatura é mais ampla que o termo previdência social, José Afonso da Silva sobre o tema expõe:

a Seguridade social constitui instrumento mais eficiente da liberação das necessidades sociais, para garantir o bem estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população, devendo repousar nos seguintes princípios básicos, enunciados por José Manuel Afonso Pester: a) universalidade subjetiva (não só para os trabalhadores, e seus dependentes, mas para todos indistintamente); b) universalidade objetiva (não só reparadora, mas preventiva, do surgimento da necessidade, protetora em qualquer circunstância); c) igualdade passiva (prestação idêntica, em função das mesmas necessidades, não distinta como na previdência em função da quantidade de contribuição); d) unidade de gestão (só é administrada e outorgada pelo Estado); e) solidariedade financeira (os meios financeiros procedem de contribuições gerais, não de contribuições específicas dos segurados).¹

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.308.



Nesse panorama, a Seguridade Social compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”², conforme exposto no *caput* artigo 194 da CRFB/88.

Nesse contexto, destaca-se que os institutos de Seguridade Social constituem modalidade de direito social, conforme previsto no artigo 6º da CRFB/88, e apresentam natureza jurídica de direito fundamental, conforme exposto na doutrina:

... assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensões dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais frágeis, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade, valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aforamento da igualdade real, a que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

Posto isso, atualmente, a Assistência Social apresenta-se como mecanismo de concretização do princípio da dignidade humana, pois objetiva resguardar as condições mínimas de existência do indivíduo, nos moldes previstos no artigo 25 da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948.

Sob o ponto de vista nacional destaca-se que o princípio da dignidade humana é o núcleo axiológico da constituição³, fundamento da república expressamente previsto, no artigo 1º, inciso III da CRFB/88.

Nesse cenário, a Assistência Social como instrumento da Seguridade Social, está prevista tanto no rol do artigo 194 da CRFB/88, como também especificamente regulamentada conforme exposto no artigo 203 da CRFB/88:

Definiu-se, portanto, da leitura dos supramencionados dispositivos constitucionais que a Assistência Social é mecanismo de redistribuição de renda, nos seguintes termos:

é possível definir a assistência social como as medidas públicas(dever estatal) ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para o atendimento das necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social, quando este não puder ser aplicado ou se mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana.”

Ultrapassado o panorama constitucional, no que tange aos aspectos infraconstitucionais, a Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei 8.212/91) estabelece que a Assistência Social

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Acesso em: 24 out. 2016.

³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.286/ 287.

⁴ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11.ed.rev.ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 254-255.

⁵ AMADO, Frederica. *Curso de Direito Previdenciário* – 7.ed.Salvador: Juspodivm, 2015, p.43.

compreende um conjunto de políticas públicas voltadas à proteção dos grupos socialmente vulneráveis, nos termos do artigo 4º da Lei 8.212/91.

Ademais, o artigo 9º aduz que Assistência Social deverá ser objeto de lei específica para a regulamentação de sua organização e funcionamento, motivo pelo qual essa observa as regras expostas na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS - Lei 8.742/93).

Nesse disposto, a LOAS ao tratar das definições e objetivos preceitua que a Assistência social é direito do cidadão para resguardar os mínimos sociais, concretizada através de um conjunto de ações voltadas para o atendimento das necessidades básicas do indivíduo⁶, insta salientar que a expressão “cidadão” deverá ser interpretada conforme os princípios da Assistência Social bem como da dignidade da pessoa humana de forma a evitar conclusões restritivas.

Superados os conceitos iniciais da Assistência Social, por oportuno analisam-se os princípios que regem o instituto previstos no artigo 4º da LOAS.

Denota-se, a partir da leitura dos princípios estabelecidos no supramencionado artigo, que os benefícios e serviços de Assistência Social, embora disponíveis para toda população, são efetivamente prestados aos que dela necessitam de acordo com os critérios de hipossuficiência e vulnerabilidade seja social e/ou econômica, independentemente de contraprestação, a Assistência Social, diferencia-se, portanto da Previdência Social, pois não se vincula as contribuições, bem como da Saúde, uma vez que este último é serviço prestado a todos indistintamente.

Ainda no campo dos princípios inerentes à Assistência Social, destaca-se que universalidade dos benefícios e serviços sociais deve ser contextualizada em face das particularidades do sistema protetivo assistencial, ou seja, de acordo com as regras de preservação da “existência digna àqueles que estão em situação de exclusão social e econômica, ou seja, às pessoas que verdadeiramente necessitam de prestações com o objetivo de garantir mínimos sociais, vale dizer, condições básicas para a subsistência”⁷.

Na extensão de sua aplicabilidade, a Assistência Social elenca os seus objetivos nos moldes do artigo 2º da LOAS, da leitura do supramencionado dispositivo depreende-se que os objetivos da Assistência Social demonstram o caráter integrado das ações assistenciais, integração esta presente também quando observamos as regras referentes ao ensino, sendo

⁶ BRASIL, Lei 8.742/93 - Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

⁷ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Cursos de direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.260



assim, os artigos 195 e 204 ambos da CRFB/88 devem ser analisados em conjunto com as demais disposições da LOAS, a qual estabelece que o financiamento da assistência social e dos demais programas previstos em Lei será mediante recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do artigo 28 da LOAS.

O financiamento da Assistência Social é feito através do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), este por sua vez é abastecido conforme as regras de “cofinanciamento”, ferramenta que, em síntese, garante o financiamento conjunto dos três entes federados, sendo os recursos alocados nos respectivos fundos de Assistência Social e destinados à “operacionalização, prestação, aprimoramento e viabilização dos serviços, programas, projetos e benefícios dessa política”.⁸

Nesse panorama, a transferência de recursos entre os entes da Federação ocorre de maneira automática para Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), ponto digno de nota referente especificamente aos benefícios de prestação continuada, previstos no artigo 20 da LOAS, é a possibilidade de transferência dos recursos diretamente entre o Ministério da Previdência e Assistência Social ao Instituto Nacional de Seguro Social (órgão responsável pela sua execução e manutenção), nos termos do artigo 29 da LOAS, combinado com o artigo 24 da Lei Complementar 101/2000.

Por via de consequência, com o objetivo de resguardar os princípios inerentes à Seguridade Social, bem como da Administração Pública⁹, a utilização dos recursos federais descentralizados para os fundos de assistência social dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal será declarada pelos entes recebedores ao ente transferidor, anualmente, mediante relatório de gestão que comprove a execução das ações.

Além disso, existindo eventual inexactidão entre o declarado e o efetivamente prestado, poderão os entes transferidores requisitar informações referentes à aplicação dos recursos oriundos do seu fundo de assistência social, nos termos do artigo 30- C da LOAS.

Diante do exposto, os princípios, objetivos e regras quanto ao custeio deverão ser compatibilizados de forma a alcançar as diretrizes da Assistência Social, elencadas no rol do artigo 5º da LOAS. Assim, a partir da instituição da Seguridade Social bem como da Assistência Social, segundo as disposições constitucionais e infraconstitucionais sejam de ordem securitária ou assistencial, consolidou-se no Brasil o âmbito de atuação assistencial através dos seguintes tipos de proteção: a) proteção social básica, caracterizada por ser o

⁸ *Ibid.*, p.263.

⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte[...].

conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social que visa a prevenir situações de vulnerabilidade e risco social por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários; e b) proteção social especial: referente ao conjunto de serviços, programas e projetos que tem por objetivo contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, nos termos do artigo 6º da LOAS.

No que concerne aos benefícios assistenciais estes são essencialmente de duas ordens, a saber: os de prestação continuada e os eventuais. Destarte, analisado os aspectos gerais da Assistência Social, o próximo objeto de estudo será o denominado benefício de prestação continuada.

2- O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E OS DESAFIOS DA ATUALIDADE

O foco do presente capítulo serão as nuances do Benefício de Prestação Continuada (BPC), uma vez apresentados as generalidades da Seguridade, bem como da Assistência Social, destacam-se, neste segundo capítulo, portanto, a essência do BPC e os requisitos para sua concessão dentro dos desafios da atualidade.

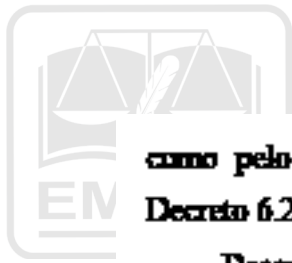
Posto isso, o BPC é o benefício mais relevante dentro da ótica assistencial e apresenta como fundamento o artigo 203, V da CRFB/88. Assim, a inserção do tema com mais amplitude dentro da Constituição de 1988 evidencia que o BPC é em essência um mecanismo de redistribuição de renda em virtude do panorama de desigualdade econômica e social existente no Brasil, nesse cenário esse visa o amparo aos que estão em situação de risco social para a consecução da dignidade humana, independentemente da contra prestação, distinto, portanto, dos benefícios de natureza previdenciária.

Nesse mesmo sentido, Fábio Zambrão ao tratar do benefício de prestação continuada leciona que:

não é benefício previdenciário devido à sua lógica de funcionamento: não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessidade. Veio substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial. Ainda hoje esta prestação é frequentemente denominada ainda de renda mensal vitalícia ou amparo assistencial.¹⁰

No aspecto infraconstitucional, o benefício de prestação continuada é regulamentado pelos artigos 20 e 21 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei 8.742/1993), bem

¹⁰ IERAHIM, Fábio Zambrão. *Curso de Direito Previdenciário*. 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 18.



como pelo Regulamento do Benefício de Prestação Continuada- RBPC, aprovado pelo Decreto 6.214/2007.

Dessa forma, o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo-mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65(sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, destaca-se que “a concessão do benefício de prestação continuada independe da interdição judicial do idoso ou da pessoa com deficiência”¹¹.

Nesse dispositivo, o BPC, nos termos do artigo 14, do RBPC¹², deverá ser solicitado pelo beneficiário às agências de Previdência Social, ou aos órgãos autorizados para este fim, insta salientar que a concessão e a administração do supramencionado benefício são de responsabilidade do Instituto Nacional de Seguro Social(INSS), por conta dos preceitos práticos, principalmente quando considerado a estrutura do INSS e os princípios de eficiência administrativa.

No que diz respeito à obrigatoriedade ou não de a União integrar o polo passivo da relação processual em ações envolvendo o pagamento do benefício de prestação continuada, leciona Tavares:

apesar de haver manifestações em contrário, em especial na jurisprudência do TRF-4ª Região, que, inclusive, suscitou a matéria no Ementado 61, acoso entendimento é o que dispensa a necessidade do litiscontâncio passivo entre a entidade política e o INSS.¹³

Assim, a questão atualmente apresenta-se pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim como é de responsabilidade do INSS a concessão ou o indeferimento administrativo do benefício, o entendimento que prevalece no STJ é que o INSS também será o legitimado passivo nas ações em que se busquem o benefício de prestação continuada, o que significa dizer que nestas hipóteses inexiste denominado litiscontâncio passivo necessário com a União.

Realça-se, por oportuno, que o BPC é um benefício não definitivo, conforme previsto no artigo 21 caput da LOAS, sendo as condições para a concessão do benefício revistas a cada dois anos, ademais este sujeita-se a revisão periódica seja na esfera administrativa ou judicial, razão pela qual os efeitos da coisa julgada não afastam a possibilidade de revisão.

¹¹ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.277.

¹² BRASIL, Decreto 6.214/2007. Acesso no dia 12 de janeiro 2017.

¹³ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Constitucionais dos Regimes Próprios de Previdência Social*. 14.ed.rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p.27.



O valor do benefício corresponde a um salário mínimo, conforme previsto no artigo 203, V, da CRFB/88, bem como no artigo 20 *caput* da LOAS, além disso, este será cancelado no momento em que forem superadas as condições para sua concessão, ou em caso de morte do beneficiário, nos moldes do artigo 21, §1º do mesmo diploma legal, imperioso destacar que o benefício assistencial não pode ser acumulado com qualquer benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, restados o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória e não gera direito à percepção de abono anual, nos termos dos artigos 5 e 22 respectivamente do RBPC.

No que concerne à data de início para a concessão do benefício esta será, em regra, a data do requerimento administrativo, excepcionalmente, nos casos em que o benefício for requerido pela via judicial e ausente o requerimento administrativo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores consolidou o entendimento segundo o qual nestes casos o termo inicial para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada é a data da citação da autarquia previdenciária.

Nesse sentido, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA - BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO (ART. 557, § 1º, CPC). TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO.

I - Ao fixar o termo inicial do benefício assistencial concedido à autora na data em que proferida, a decisão agravada levou em conta as informações contidas nos autos, sobretudo as patologias descritas no laudo pericial, concluindo que somente a partir daquela data restou suficientemente comprovado que ela se encontrasse incapacitada.

II - Agravo (art. 557, § 1º, CPC) interposto pela parte autora improvido. Alega a recorrente, nas razões da especial, violação dos arts. 203, V, da CF e 219 do CPC, sustentando, em suma, que o termo inicial de seu benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo, não na do acórdão recorrido.

É entendimento assente neste Superior Tribunal de que, na concessão do benefício assistencial, em regra, a data de início é fixada como sendo a do requerimento e, caso ausente este, a de citação.¹⁴

No que tange aos requisitos para a concessão do BPC, observa-se o disposto no artigo 203, V da CRFB/88, depreende-se, portanto, que a concessão do BPC dependerá da conjugação dos requisitos: necessidade e idoso; ou necessidade e deficiência física.

Nesse panorama, o requisito da necessidade ou hipossuficiência apresenta-se como pedra angular na análise da concessão do BPC, razão pela qual fora pormenorizadamente detalhado tanto na LOAS quanto no RBPC, assim, será considerado necessitado para fins de concessão do BPC o indivíduo seja idoso ou deficiente que não apresente os meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n.1.530.098 - MS (2015/0094354-6). Relator: Ministro Og Fernandes.

<<http://www.stj.jus.br/SCCN/decisoes/doc.jsp?livre=RESPP+1.530.098&cb=DTXT&p=true&t=JURIDICOMI=10&ei=1>>. Acesso em: 4 mar. 2017.



Nesse cenário, o legislador infraconstitucional estabeleceu critérios objetivos para delimitar a ausência dos meios de prover à própria manutenção, desta forma, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, nos termos do artigo 20, §3º da LOAS.

O conceito de família, para fins de BPC será composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto, conforme previsto no artigo 20, §1º da LOAS, englobando inclusive as relações entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a União Homoafetiva como Entidade Familiar consagrada constitucionalmente¹⁵.

Ademais, na extensão do requisito renda estão excluídos do computo os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem para os fins de cálculo da renda familiar per capita, nos termos do artigo 20, §9 da Lei 8.742/1993, ademais a renda familiar mensal deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal.

Em regra é vedado cumular o BPC com outro benefício seja previdenciário ou assistencial, outra não é a linha de Tavares o qual aduz que “o benefício assistencial não gera direito à percepção de abono anual e não pode ser cumulado com qualquer benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência média e de pensão especial de natureza indenizatória”¹⁶.

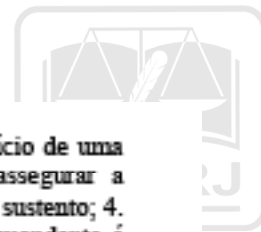
Alerta-se, contudo, que a vedação anteriormente exposta não impede o mesmo núcleo familiar de receber outro benefício assistencial, tal como o “Bolsa Família”¹⁷, pois nessa hipótese, diferentemente do que ocorre no BPC, o titular do direito é a entidade familiar, nesse sentido, colaciona-se ementa sobre o tema:

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Caso em que o requerente busca a concessão de benefício de amparo social, tendo o juiz singular deferido o pedido; 2. Comprovado, através de perícia judicial, que o autor é portador de epilepsia (CID 10 G40.3), com crises generalizadas e sem pré- sinais de que irá ocorrer, estando total e definitivamente incapacitado para o exercício de qualquer atividade laborativa; 3.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132. Relator. Ministro Ayres Brito e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277. Relator: Ministro Ayres Brito. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso no dia 09/07/2017.

¹⁶ *Ibid.*, nota 13.

¹⁷ Programa de transferência direta de renda, direcionado às famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País, de modo que consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza, ademais esse busca garantir a essas famílias o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde, por fim segundo dados da Caixa Econômica Federal, em todo o Brasil, mais de 13,9 milhões de famílias são atendidas pelo Bolsa Família. (<<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>. Acesso no dia 21/02/2017).



Restringir o benefício de amparo social àqueles incapazes para o exercício de uma vida independente é restringir a finalidade do instituto, que visa assegurar a subsistência de quem seja incapaz de prover, com o trabalho, seu próprio sustento; 4. Constatando-se, por meio de laudo social, que o núcleo familiar do demandante é composto por ele, filha (aparentemente portadora de transtorno mental) e esposa, que sobrevivem com renda advinda de lavagem de roupas esporádica e da venda de materiais recicláveis, bem como do valor de R\$ 123,00, decorrente de percepção de Bolsa Família, atendido está o requisito da miserabilidade; 5. Apelação desprovida.¹⁸

Por fim, o BPC perde a razão de ser concedido quando o indivíduo retornar ao mercado de trabalho através do exercício de atividade remunerada, sendo considerado, para esse fim inclusive a atividade desenvolvida na condição de microempreendedor individual (MEI).

Ultrapassadas as considerações referentes à condição de miserabilidade, para fins de benefício de prestação continuada o critério etário para a caracterização do indivíduo como idoso observará o disposto no artigo 20 da LOAS.

Estabelece a lei, portanto, o critério de 65 anos de idade para a concessão do BPC, ademais, inexistente para estes casos, diferença de gênero por falta de previsão legal.

Nesse diapasão, o BPC destina-se para o autosustento, sendo, portanto, excluído do computo da renda familiar *per capita* à época da concessão de um segundo benefício de prestação continuada para outro indivíduo idoso pertencente ao mesmo núcleo familiar, como consequência da interpretação teleológica do instituto, nos seguintes termos:

por uma interpretação teleológica, não só os valores recebidos por idoso integrante do grupo familiar a título de LOAS, mas a qualquer título (pensão, aposentadoria rural etc.), desde que no valor mínimo, não devem ser levados em consideração no cálculo da renda *per capita*, porque não há sentido em considerar os proventos destinados à pessoa de idade como fonte de amparo ao deficiente ou outro idoso, substitutiva do dever do Estado de prestar assistência. Na prática, significa que o valor auferido pelo idoso não precisa ser dividido com os demais membros do grupo, garantindo-lhe dignidade. Esse raciocínio se impõe a partir da vigência do Estatuto do Idoso (1.10.2003).¹⁹

No mesmo panorama de raciocínio, parte da doutrina, como por exemplo, Hugo de Medeiros Goes²⁰, sustenta que em face das particularidades do caso concreto, também será possível a aplicação analógica do artigo 34, parágrafo único do Estatuto do Idoso para os benefícios previdenciários de valores mínimos pagos para o idoso, dentro de um mesmo núcleo, de maneira a excluir do computo da renda *per capita* o supramencionado benefício

¹⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal 5ª Região. Apelação Cível n. 586525 - SE (000055-86.2016.4.05.9999). <<http://www4.trf5.jus.br/cp/cp.do>> Acesso em: 03 mar. 2017.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 580963 - Paraná. Relator: Ministro Gilmar Mendes. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28RECURSO+EXTRAORDINARIO+NOCIRKO+580963%2Dbase-baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/bk7bup9>> Acesso em 04 mar. 2017.

²⁰ GOES, Hugo de Medeiros. *Manual de Direito Previdenciário: teoria e questões*. 7.ed. Rio de Janeiro: Feneira, 2013, p. 775.



previdenciário e visibilizando a concessão do BPC a outro indivíduo idoso pertencente a esse núcleo familiar.

Entretanto, cabe destacar ainda, no que tange à aplicação do artigo 34, parágrafo único à possibilidade de interpretação extensiva de forma a abranger também as pessoas com deficiência.

Referente ao tema destacam-se os ensinamentos de Tavares:

a análise dessa norma permite duas vias de interpretação:

1ª Restritiva – essa é uma proteção que exclui do cálculo da renda familiar *per capita* para a concessão de um segundo benefício assistencial somente o deferimento de anterior benefício assistência a idoso;

2ª Ampliativa – um anterior benefício assistencial não inclui na apuração da renda familiar *per capita* para a concessão do segundo, independentemente, nos dois casos, se os benefícios forem devidos a idosos ou a deficientes.

Posiciono-me na linha do segundo entendimento, pois, apesar de a norma estar prevista no Estatuto do Idoso, ela se interpretada da primeira forma, não introduziria vantagem exclusiva para o idoso, se este fosse o segundo da família a ser beneficiado. Sendo assim, não faria muito sentido a interpretação restritiva, sob argumento, de que a lei pretendeu apenas proteger o idoso, se na realidade beneficiaria, quanto à segunda concessão, tanto o deficiente quanto o idoso.²¹

Sendo assim, definiu-se da análise da extensão da aplicabilidade do BPC, bem como dos lineamentos gerais do instituto que, em que se pese doutrina e jurisprudência em sentido diverso, o melhor entendimento repousa na interpretação extensiva, com o objetivo de resguardar a isonomia e assegurar em última análise a plena aplicabilidade do BPC e o princípio constitucional da dignidade humana.

Por conseguinte, a condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada, nos termos do artigo 20, §5 da Lei 8.742/93.

No que concerne à análise da deficiência física, em primeiro lugar, para fins de adequação de nomenclatura ressalta-se que a Emenda Constitucional 47/2005 excluiu a expressão “deficiente” da Constituição da República Federativa do Brasil e substituiu por pessoa portadora de deficiência²², por oportuno insta salientar também, que a nomenclatura adotada no Estatuto da Pessoa com deficiência é “pessoa com deficiência”, nos termos do artigo 1º do Estatuto.

Assim, o conceito de pessoa com deficiência, “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades

²¹ Op cit., nota 13, p. 28.

²² BRASIL, Emenda Constitucional 47/005. Acessado no dia 25 de fevereiro de 2017.



de condições com as demais pessoas”,²³ atualmente apresenta matriz constitucional, uma vez que está previsto no artigo 1º Convenção de Nova York sobre o direito das pessoas com deficiência, tratado de direito internacional sobre direitos humanos internalizado ao direito brasileiro na sistemática, do artigo 5, parágrafo terceiro da CRFB/88.

Nesse diapasão, para fins da concessão do BPC, considera-se como pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, nos termos do artigo 20, §2 da LOAS.

Supera-se, dessa forma, o conceito anterior segundo o qual deficiência era sinônimo de “invalidez”, dessa forma o núcleo da ideia de deficiência é a desigualdade de chances, ou, desigualdades de oportunidades, nas palavras de Tavares:

a atual redação da Lei nº 8.741/93, traz um avanço em sua conceituação: passa a considerar a pessoa que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual, ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.²⁴

Em essência a deficiência é um impedimento de longo prazo que poderá ser de natureza física, mental, sensorial ou intelectual, nos termos da Lei 8.742/93, ademais as diferentes modalidades de deficiência não estejam diferenças no tratamento para a concessão do BPC devendo tal requisito ser conjugado com a exigência da hipossuficiência.

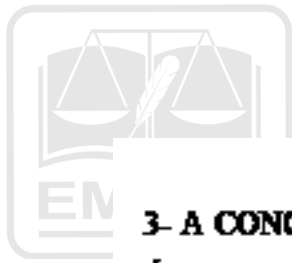
Dessa nova atualidade, insta ressaltar que não é o impedimento do indivíduo que por si só que produz a desigualdade, mas o impedimento associado às barreiras, motivo pelo qual a Convenção de Nova York em seu preâmbulo aduz que “a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.²⁵

Nesse contexto, a concessão do BPC para as pessoas com deficiência, observado o requisito da hipossuficiência, surge como hipótese de mecanismo de adaptação com o intuito de resguardar a dignidade do indivíduo, logo, a concessão do benefício ficará sujeita a avaliação realizada por médicos e assistentes sociais do INSS para determinar o grau de impedimento do indivíduo, bem como a possibilidade de inserção do sujeito de forma plena e efetiva na sociedade com igualdades de condições com demais pessoas.

²³ BRASIL, Decreto 6.949/09. Acesso no dia 24 de fevereiro de 2017.

²⁴ Op.cit, nota 13, p. 25

²⁵ BRASIL, vide nota 23.



3- A CONCESSÃO DO BPC AOS ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Em que se pese o requisito da nacionalidade não estar expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil ou na LOAS, esse é um dos principais argumentos contrários à concessão do benefício de prestação continuada a estrangeiros residentes no Brasil, razão pela qual o presente capítulo apresentará o cerne da controvérsia.

Assim, o requisito da nacionalidade brasileira como fator de concessão para o BPC apresenta como fundamento jurídico o disposto no artigo 7º do Decreto 62.14/09.

O escopo da norma anteriormente colacionada é de natureza administrativa, de forma que, administrativamente, o INSS não reconhece a concessão do BPC a estrangeiros residentes no Brasil, referente ao tema:

Argumenta-se que a Lei 8.742/1993 prevê ser a Assistência Social um “direito do cidadão”(art.1º), regendo-se pelo princípio do “respeito à dignidade do cidadão”, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade. Nesse enfoque, o termo “cidadão” abrangeria apenas os brasileiros natos e naturalizados, os quais seriam os titulares dos direitos políticos, ou seja, “cidadãos brasileiros”, em sentido mais estrito, sabendo-se que os estrangeiros não podem ser eleitor, nem podem ser eleitos, conforme art. 14, §§ 2º e 3º da Constituição da República.²⁶

Todavia, tal restrição não merece prosperar no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando analisada sob o prisma a dignidade da pessoa humana.

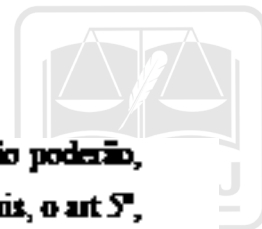
Posto isso, assevera-se que o BPC, como anteriormente exposto, é espécie de prestação assistencial e íntegra, portanto, os direitos sociais, com fundamento em última análise na concretização da dignidade humana, valor universal e vetor de interpretação da norma, corroborando este entendimento:

Um indivíduo, pelo só fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes.

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição as mesmas necessidades e faculdades vitais.²⁷

²⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Cursos de direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.291.

²⁷ ANDRADE, ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, nº58, 2004, p.50.



Nesta passagem é possível deduzir que as faculdades vitais do indivíduo não poderão, portanto, serem ameaçadas ou condicionadas a eventual cidadania brasileira, ademais, o art 5º, caput, da CRFB/88 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O ordenamento jurídico veda, assim, o tratamento discriminatório, em prejuízo do estrangeiro residente no Brasil, sendo permitido também a esse, com decorrência lógica do sistema, o acesso à prestação social, em especial ao BPC, como consequência da sua natureza de direito fundamental, voltado em última análise para a manutenção do próprio mínimo existencial.

A partir da ótica do mínimo existencial, salienta-se que a inobservância seja pelo legislativo ou em decorrência de interpretação restritiva do intérprete sobre o núcleo constitucionalmente estabelecido para determinado direito social, afeta, por conseguinte a própria dignidade da pessoa e afronta o núcleo axiológico da CRFB/88, nas palavras de Piovesan:

é no valor da dignidade Humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo o seu ponto de partida e o seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Corresponde, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Direito Interno.²⁸

Dessa forma, não há que se falar em conveniência ou em discricionariedade do Estado, face à grave situação de risco social, no que tange ao risco social, restalta-se a observação exposta por Uchôa:

ponto digno de nota é que o adjetivo social, nesse caso, é utilizado para indicar que caso o Estado não tome nenhuma medida de auxílio em relação ao trabalhador impossibilitado de realizar sua atividade, toda a sociedade sofrerá de maneira direta ou indireta as consequências de tal omissão.²⁹

Nesse cenário, tampouco poderá ser vedado à interpretação extensiva do BPC a estrangeiros residentes no Brasil com fundamento na suposta escassez orçamentária, lastreada pela reserva do possível, pois, a jurisprudência dos Tribunais Superiores³⁰, consolidaram o

²⁸ PIOVESAN, Flávia e QUARBSMA, Regina (Organizadora), *et al. Neocostitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 459.

²⁹ UCHÔA, Ana Caroline Baptista e MUSSI, Cristiane Miziuma (Organizadora), *et al. Diálogos de Direito Previdenciário*. Curitiba, PR: CRV, 2011, p. 11/12.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF - 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". viabilidade instrumental da arguição de descumprimento



entendimento segundo o qual a situações de risco e o princípio do mínimo existencial proporcionam a exigibilidade imediata de direitos sociais de natureza prestacionais.

Ademais, sob o ponto de vista prático, Zambitte³¹ assevera que uma vez permitida à entrada destes estrangeiros em território nacional, não se pode mais excluir tais indivíduos do âmbito de incidência da Seguridade Social, principalmente sob o aspecto Assistencial, pois em última análise esses participam do custeio do sistema, ainda que de forma indireta por meio das contribuições sociais incidentes sejam nos produtos que consomem e/ou nos rendimentos que auferem.

Em remate de raciocínio, assevera-se que atualmente a questão está sob *judica* com Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 587970, relator ministro Marco Aurélio.

Conclusão

Em virtude do exposto, observa-se que o benefício de prestação continuada visa à concretização dos direitos fundamentais, pois se destina a indivíduos vulneráveis por conta da idade avançada, ou impedimento físico, combinados com a incapacidade de assegurar os meios mínimos de existência.

Nesse cenário, a expressão “cidadania” constante no artigo 7º do Decreto 6214/09 deve ser interpretada, sob a égide dos direitos fundamentais, alcançando, por conseguinte, a pessoa humana, que deve ter a sua dignidade preservada.

Na extensão de sua aplicabilidade, portanto, o BPC, deverá ser concedido aos estrangeiros legalmente residentes no país, uma vez que a essência do instituto assistencial repousa na ideia de risco social, assim eventual, interpretação restritiva ameaça a abrangência do sistema, afastando do campo de incidência grupo essencialmente vulnerável, formado por indivíduos que na maioria das vezes são egressos de uma situação de miserabilidade em seus países de origem.

Por conseguinte, não existe razoabilidade para uma interpretação restritiva da concessão do benefício de prestação continuada aos estrangeiros residentes no Brasil.

no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >. Acesso em: 4 mar. 2017.

³¹ IBRAHIM, Pálio Zambitte. *Cursos de Direito Previdenciário*. 20.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 24.



Referências

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, nº58. 2004.

BALERA, Wagner e MUSSI, Cristiana. *Direito Previdenciário Para Concursos*. 7.ed Rio de Janeiro:Gen./Método,2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva,2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. Decreto 6.214/2007. Acesso no dia 12 de janeiro. 2017.

_____. Decreto 6.949/2009 Acesso no dia 24 de fevereiro de 2017.

_____. Lei 8.212/1991. Acesso em 24.out.2016.

_____. Lei 8.742/1993. Acesso em 24.out.2016.

_____. Emenda Constitucional 47/005. Acessado no dia 25 de fevereiro de 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira. *Manual de Direito Previdenciário*. 6.ed. São Paulo: LTR, 2005.

GARCIA, GUSTAVO FILIPE BARBOSA. *Curso de direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOES, Hugo de Medeiros. *Manual de Direito Previdenciário: teoria e questões*. 7.ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2013.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 9.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. *Curso de Direito Previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LEITÃO, André Studart e MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de Direito Previdenciário*: São Paulo:Saraiva,2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 24.ed. São Paulo:Atlas,2007.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo:Saraiva,2010.



PIOVESAN, Flávia e QUARESMA, Regina (Organizadora), et al. Neconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Daniel Machado da. O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretores do sistema previdenciário brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regras Constitucionais dos Regimes Próprios de Previdência Social. 14.ed.rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

UCHÔA, Ana Caroline Baptista e MUSSI, Cristiane Miziara (Organizadora), et al. Diálogos de Direito Previdenciário. Curitiba, PR: CRV, 2011.



O FENÔMENO DO *BACKLASH* COMO LIMITE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ana Cristina Amaral de Laport

Graduada pela Faculdade de Direito
Pontifícia Universidade Católica do Rio de
Janeiro - PUC/RJ.

Resumo - a mutação constitucional pode se dar de algumas formas, mas a mutação via interpretação judicial é, talvez, a mais eficaz e genuína, por promover alterações na Constituição, sem modificar-lhe o texto, ou seja, operando apenas no plano semântico. As mudanças da Constituição são essenciais à sua continuidade histórica e efetividade, pois fazem com que suas previsões não se tomem descontextualizadas frente à realidade dinâmica. No Brasil, a mutação constitucional é operada há muitos anos, embora antes não fosse assim nomeada. A contemporização da Constituição brasileira por meio das inovações jurisprudenciais tem representado importantes conquistas sociais e gerado maior segurança jurídica e credibilidade na população, concretizando os valores constitucionais e democráticos próprios do Estado Democrático de Direito brasileiro. Contudo, é necessário que essas inovações jurisprudenciais encontrem aceitação, ou respaldo social, pois só assim estarão traduzindo adequadamente os princípios e interesses preponderantes da sociedade. Daí a importância do *backlash* como movimento político-social de contestação e inconformidade com a situação jurisdicional todas as vezes que a interpretação da ordem normativa não atenda aos anseios daquela sociedade.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Mutação constitucional. Reforma da Constituição. Textura aberta da linguagem. Estado Democrático de Direito. *Backlash*.

Sumário - Introdução. 1. Mutação constitucional: A necessidade de dinamização do Direito. 2. A atividade interpretativa: Princípios vetores na aplicação da mutação constitucional. 3. O fenômeno do *backlash* como limite à mutação constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o fenômeno da mutação constitucional que se apresenta como imprescindível em face da dinâmica social, uma vez que permite manter a longevidade das normas constitucionais. Como processo de modificação informal da Constituição, a mutação constitucional permite que, sem emendas ou revisões - mudanças solenes e demoradas - as normas constitucionais adquiram significado novo trazendo soluções imediatas e eficazes para as questões sociais relevantes e urgentes que se impõem.



Para tanto, abordam-se os meios pelos quais se dá esse fenômeno, apresentando os métodos de interpretação aplicados que adicionado à elasticidade das normas constitucionais permitem que a Constituição guarde a sua dinamicidade e seu caráter prospectivo. Da mesma forma, é necessário estabelecer os princípios utilizados como vetores na interpretação constitucional que propiciarão ao intérprete manter-se fiel ao conteúdo do texto escrito pelo legislador constituinte, evitando assim os riscos de uma interpretação que venha a desvirtuar o verdadeiro significado da norma.

Além disso, é preciso analisar a existência ou não de limites à atividade interpretativa do texto constitucional, uma vez que tal prática pode ensejar verdadeiras mutações inconstitucionais. Essa colocação se faz necessária para melhor se entender a possibilidade de por um meio difuso de mudança das normas constitucionais se colocar em risco o equilíbrio do ordenamento jurídico e os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 reservou ao Supremo Tribunal Federal a função de último intérprete do texto constitucional o que concede a esse órgão do Poder Judiciário a possibilidade de decidir questões atuais e relevantes para a sociedade. Tal atuação é fundamental, pois torna efetiva as normas constitucionais. Porém, é necessário o questionamento sobre a forma como o Supremo Tribunal Federal vem exercendo essa função.

O presente trabalho traz uma análise sobre a importância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em questões relevantes para a vida política, social e econômica do país e a necessidade de que estas decisões não venham ao encontro dos anseios sociais. Tal análise leva em conta a ponderação entre a necessidade da atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão responsável por manter a Constituição como um organismo vivo a responder aos anseios da sociedade e ao mesmo tempo o dever de não extrapolar de sua competência constitucional tomando o lugar que seria próprio do Poder Legislativo, e acabar por frustrar as expectativas da sociedade.

Tal análise traz a abordagem do fenômeno do *backlash* como limite para a atuação do Supremo Tribunal Federal, sobretudo diante da crise constitucional em que vive o país. Essa crise institucional que afeta, sobretudo, o Poder Legislativo, o que fez crescer a atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão regulamentador, e que tem sido instado a se manifestar sobre questões polêmicas. Assim, o tema do trabalho apresentado traz a importância do papel institucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal nos dias atuais e, a necessidade de que a sociedade se organize de forma a demonstrar a sua desaprovação à decisões que tratem de questões polêmicas e sensíveis.



A exposição do tema não objetiva fazer uma crítica a atuação do Supremo Tribunal Federal, mas tão somente constatar a demonstração do sentimento de inconformismo social com a realidade vigente é uma forma de controlar as mutações constitucionais. As considerações finais trazem apenas sugestão para que se possa manter o equilíbrio do ordenamento jurídico e a imprescindível segurança jurídica, valor tão caro ao Estado Democrático de Direito.

A pesquisa utiliza o procedimento bibliográfico e fará uma abordagem qualitativa, porquanto para a sustentação de sua tese, a pesquisadora pretende se valer de bibliografias pertinentes ao tema em foco, além de também valer-se de uma abordagem exploratória na análise de jurisprudência, legislação e doutrina.

1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE DINAMIZAÇÃO DO DIREITO

Visto como manifestação do fenômeno social, o direito deve acompanhar as evoluções valorativas não devendo restringir-se a mero elemento normativo. Ao aceitar tal redução se dissocia da sua finalidade de harmonizar a convivência social e instaura uma crise de legitimidade. Assim, face a dinâmica dos acontecimentos sociais, o direito deve estar em constante evolução na tentativa de suprir as novas demandas surgidas com o objetivo de garantir a paz social.

No que se refere ao ordenamento jurídico de um Estado, deve-se dar destaque a sua Constituição, sobretudo quando esta não se limita a reger apenas as questões de política organizacional e adentra nas questões de cunho meramente jurídico. É o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 singularizada pelo seu caráter prolixo que, segundo o prof. Guilherme Peña de Moraes "[...] estatui prolixamente a estrutura fundamental do Estado e sociedade, por intermédio de normas material e formalmente constitucionais [...]". Por ser uma Constituição analítica visto a sua ampla extensão, deve guardar uma maior conexão com a dinâmica social, pois só assim poderá manter o seu fundamento de validade que é a soberania popular.

Com o objetivo de salvaguardar o caráter efetivo das normas constitucionais, o legislador constituinte originário previu no texto constitucional um mecanismo formal de modificação da Constituição por meio da reforma constitucional. Esse mecanismo formal de alteração deverá obedecer um procedimento legislativo diferenciado, mais solene do que o



previsto para a alteração das normas constitucionais. Essa diferenciação de procedimento legislativo quando de sua alteração é que dá às normas constitucionais a rigidez necessária a garantir uma estabilidade maior.

Porém, há que se ressaltar que estabilidade não é sinônimo de imutabilidade. A rigidez constitucional prevê sim uma estabilidade maior às normas que integram o corpo da Constituição, porém não impede que elas sejam modificadas. A modificação das normas constitucionais deve ocorrer, caso contrário elas se transformariam em normas ultrapassadas que não mais corresponderiam às expectativas da realidade social contemporânea. Não seria justo com as gerações futuras que fossem submetidas às normas que regem as gerações passadas sem que lhes sejam dada a oportunidade de rever essas normas.

A contemporaneidade da Constituição à realidade social é o que marca o seu papel de pacificadora das controvérsias criadas pela evolução social, além de manter a estabilidade do sistema jurídico. Adiciona-se a isto o fato de que a permanência da Constituição como vetor axiológico para o ordenamento jurídico como um todo depende da sua legitimidade diante da sociedade que ela representa. Dissociada dos valores sociais que regem as relações daquela coletividade naquele tempo, colocará em risco a sua estabilidade, assim como o seu caráter prospectivo.

Não se pode afirmar que ao prever no texto constitucional meios formais de modificação da Constituição, o legislador atendeu a esta necessidade de sincronia entre o ordenamento jurídico constitucional e a evolução valorativa da sociedade. Isso porque a formalidade do rito ao qual deverá obedecer a norma constitucional para que seja alterada poderá ter retardado o seu efeito pacificador. Como já dito, nesse caso, há a previsão de um rito solene, mais formal e rigoroso do que o previsto para as espécies normativas ordinárias, o que requer tempo para que sejam efetivadas as mudanças necessárias.

Para atender a esta necessidade de dinamização do ordenamento jurídico constitucional em face da evolução dos acontecimentos sociais, surge na prática um meio informal de modificação das normas constitucionais chamado de mutação constitucional. A dialética do direito conjugada às modificações do contexto político, social e econômico constantes na sociedade em cada época trazem a necessidade da aplicação deste fenômeno da mutação constitucional. A urgência em adaptar a ordem jurídico-constitucional às demandas sociais não pode aguardar os trâmites formais previstos para a sua alteração, o que demonstra a importância desse meio informal de modificação da Constituição para a sua permanência e como fundamento do constitucionalismo moderno.



O fenômeno da mutação constitucional é definido pela renomada constitucionalista brasileira Anna Cândida da Cunha Ferraz¹, uma das primeiras a fazer uma abordagem mais profunda sobre o tema Brasil, como a “[...] alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais — [...]”. Essas alterações semânticas são produtos de um procedimento que permite uma releitura do texto constitucional sem que este tenha sofrido nenhuma modificação. A alteração do sentido do texto faz surgir norma constitucional diversa da que antes era extraída daquele mesmo texto.

Assim, partindo da definição trazida pela referida autora, o fenômeno da mutação constitucional é conhecido como um meio informal de modificação da Constituição no qual se altera o sentido da norma constitucional, assim como o seu alcance, sem que ocorra nenhuma modificação no texto da Constituição. O fato de não haver mudança no texto constitucional em si, embora haja modificação da norma que emana daquele texto é característica marcante desse fenômeno. Por ser um meio informal de modificação da norma sem a modificação do texto, pode-se deduzir que surge da prática jurídica, não sendo previsto pelo ordenamento pátrio.

O surgimento do fenômeno da mutação constitucional se deu na Alemanha², pela doutrina constitucionalista alemã que numa análise feita à Constituição pátria de 1871, constatou que esta havia sofrido inúmeras modificações em seu sentido e alcance sem que tivesse havido mudança em seu texto. Tal fato fez constatar que a rigidez constitucional, própria daquela Constituição, não impedia a sua alteração por outro meio que não a reforma da Constituição (meio formal de modificação do texto da Constituição).

Há que se ressaltar que o fenômeno da mutação constitucional não é percebido apenas nas Constituições rígidas, mas nestas ocupa papel preponderante, uma vez que possibilita a mudança da Constituição sem que se tenha que obedecer à forma, requisitos e limites expressos. Uma Constituição rígida, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se mostra mais inclinada a sofrer mutação constitucional, pois com isso evita-se o retalhamento de seu texto, o que pode certamente provocar ameaça a sua eficácia normativa. Sem dúvida, a rigidez constitucional apresenta-se como fator a propiciar uma maior frequência de aparição do fenômeno aqui tratado.

Uma Constituição flexível cujo procedimento para alteração de seu texto é o mesmo previsto para a alteração das leis, sem nenhuma imposição de formalidades, terá grande

¹FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.9.

²BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.54



facilidade em adaptar-se às novas demandas surgidas a fim de atendê-las. Porém, a previsão de procedimento rigoroso para tal alteração, como acontece nas Constituições rígidas, fazem com que o fenômeno da mutação constitucional seja uma constante nesse processo de adaptação.

Por surgirem alterações significativas nos valores que regem as relações sociais ou no contexto fático no qual se deu a elaboração daquele texto constitucional, surge a necessidade de se fazer uma releitura dos dispositivos constitucionais. Ao haver uma dissociação entre o texto constitucional e a norma dele extraída com o quadro empírico existente naquela sociedade, apresenta-se ocasião propícia a desencadear o fenômeno da mutação constitucional. Há a alteração da norma extraída do texto constitucional sem que tenha havido nenhuma mudança semântica no dispositivo em questão.

Ao se atribuir novos significados ao texto sem que este sofra nenhuma alteração escrita, está se dando novo conteúdo a norma, o que concretiza a chamada mutação constitucional. Esses novos significados que são atribuídos ao texto constitucional aparecem como forma de acompanhar as mudanças por que passam as sociedades e atender as expectativas surgidas com os novos valores que regem estas relações. Pode se dar também por uma necessidade que surge à partir de uma modificação não dos valores sociais, mas sim por uma modificação fática na sociedade.

A contextualização do fenômeno da mutação constitucional tem importância uma vez que é essencial para a constituição do Estado Democrático de Direito, princípio expresso no art. 1º, caput, CRFB³. Ressalta-se que o constitucionalismo democrático traz no seu âmago uma contradição uma vez que se faz necessário conferir à Constituição um caráter de estabilidade, ao mesmo tempo em que se precisa mantê-la dinâmica para que possa atender aos anseios surgidos à partir das modificações sofridas pela sociedade. A estabilidade da Constituição, garantida por se exigir um procedimento mais rigoroso para a alteração dos seus dispositivos, cria obstáculo a que possa se proceder à mudanças que atendam o dinamismo próprio dos acontecimentos sociais.

Não se quer, com isso, afirmar que a reforma constitucional deve ser preferida todas as vezes em que for necessária uma alteração na Constituição. Apenas se quer demonstrar que ela não é necessária sempre e que se poderá utilizar de meio informal para produzir alterações de conteúdo e significado no texto constitucional sem que seja preciso alterar o próprio texto.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...]



A modificação sem alteração do texto, além de atender a necessidade de dinamização da norma constitucional resguarda a estabilidade do texto constitucional. Não se pode burlar a vontade do legislador constituinte originário se utilizando de meio informal de modificação da Constituição criado por meio de uma prática jurídica quando foi previsto expressamente meio de reforma constitucional.

Cabe colocar que a mutação constitucional por promover alterações na Constituição sem que lhe seja modificado o próprio texto, opera-se no plano semântico, sendo possibilitada pela utilização de normas de textura aberta, termos indefinidos, conceitos jurídicos indeterminados. Essa plasticidade que é dada ao texto constitucional é fruto da polissemia, característica que lhe pode ser atribuída, e que permite ao intérprete atribuir ao texto significado que melhor atenda aos interesses contemporâneos daquela sociedade. Resguarda-se dessa forma a continuidade histórica e efetividade da norma constitucional.

Essa textura mais aberta do texto constitucional que lhe concede maior plasticidade é também responsável por resguardar a eficácia da norma constitucional. Isso porque se fossem utilizados conceitos que não possibilitassem tal abertura de interpretação, com o passar do tempo e a conseqüente evolução da sociedade, a Constituição não mais conseguiria atender às novas demandas surgidas para suprir as necessidades contemporâneas. Nesse caso, estaria comprometido o caráter prospectivo do texto constitucional e sua efetiva aplicação.

Não há dúvidas de que os conceitos aceitos pela sociedade atual serão modificados com o tempo, com base nas transformações sociais que ocorrerão ao longo do tempo. Por ser o Direito, ciência jurídica calcada pelas condições sociais em que se insere, ele deverá evoluir assim como a sociedade o faz. No que diz respeito à ordem constitucional ainda com mais importância essa evolução deve se dar. A comunicação entre as normas constitucionais e a realidade daquela coletividade que ela organiza deve ser direta e efetiva, sob pena de comprometer todos o ordenamento jurídico.

O fato de que a efetividade da Constituição depende da eficácia do texto constitucional possibilitada pela atividade de seus intérpretes diante das demandas daquela coletividade é trazida por Hesse quando afirma que “[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. (...) uma mudança das relações fáticas pode- ou deve- provocar mudanças na interpretação da Constituição”⁴. O desafio de manter a Constituição contemporânea às demandas surgidas é um desafio do intérprete constitucional.

⁴HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 23.



O dinamismo dos fatores sociais determina a necessidade de realização do fenômeno da mutação constitucional e a sua frequência. Na atual Constituição da República Federativa do Brasil que traz na sua estrutura uma carga principiológica de peso e a utilização de uma textura aberta com cláusulas gerais e termos jurídicos indefinidos a prática de mutação constitucional define questões históricas para a sociedade. Porém, essa atividade interpretativa deve assegurar o funcionamento do sistema constitucional e, por isso, deve obedecer a princípios que serão os vetores desse mecanismo de mudança sem alteração do texto constitucional.

2. A ATIVIDADE INTERPRETATIVA: PRINCÍPIOS VETORES NA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A compreensão do fenômeno da mutação constitucional está intimamente ligada aos aspectos essenciais da interpretação constitucional, uma vez que é pela interpretação que esse fenômeno se revela. A atividade interpretativa desempenha papel fundamental, levando em conta as noções aqui explicitadas sobre as especificidades da Constituição, seus meios e limites para a sua alteração. Ao partir de conceitos jurídicos indeterminados e a textura aberta dos termos utilizados pelo legislador constituinte, configura-se situação que favorece a atividade interpretativa.

Restalte-se a controvérsia existente quanto à natureza da atividade interpretativo-jurídica, a apontar três correntes que discutem sobre o tema. A teoria cognitiva defende a tese de que a interpretação evidencia o sentido do texto, fundamentada em uma visão essencialista. Já a teoria cética se baseia na ideia de que a atividade interpretativa confere originariamente sentido ao texto, assim, não haveria sentidos diminutos e os símbolos utilizados no texto seriam vazios. E ainda, a teoria conciliadora, que defende a ideia que essa atividade interpretativa além de revelar significados, também os constrói, a depender das peculiaridades e da necessidade que se apresenta.

Na prática jurídica, a teoria conciliadora traz o entendimento que apresenta uma maior coerência com a realidade da interpretação jurídica e, portanto, é a teoria que predomina. Com a textura aberta da linguagem, a atividade interpretativa reconstrói sentidos, não com a utilização de significados prontos, mas levando em conta núcleos de significados mínimos



que orientam a comunicação comum à coletividade, além de considerar os critérios gramaticais⁵.

A interpretação da Constituição se dá diante de situações diversas como no caso de conflitos de interesse no atuar da Administração Pública. Quando se fala em interpretar a Constituição, prática hermenêutica no contexto do Direito Constitucional, quer se referir, sobretudo, à atividade principal do Poder Judiciário, principalmente prática, no desempenhar de sua função precípua conforme estabelece a própria Constituição, com o objetivo de alcançar eficácia normativa, diante de situações fáticas que se apresentam na realidade.

Com a previsão constitucional dos direitos fundamentais houve uma ascensão normativa do texto constitucional, que estendeu suas funções e conferiu a este um papel político. Estas mudanças de fundo conferiu ao texto constitucional uma estrutura de textura aberta que exigiu modificações na atividade interpretativa, o que resultou em uma nova forma de hermenêutica constitucional. Com o desafio assumido pelo Direito Constitucional que passou a aplicar a Constituição também às relações políticas, permeadas por uma estrutura de força e poder, a jurisdição constitucional passou a apresentar uma roupagem política.

Os métodos clássicos de interpretação jurídica trazem em sua essência uma visão positivista de que a atividade de interpretar é declarativa, simplesmente textual; o que lhe confere posição passiva e meramente contemplativa em face do Direito. Apresenta-se uma visão de métodos que se restringem estritamente a fazer uma interpretação estática, ou seja, revelar o conteúdo das normas jurídicas, traduzidas, até aquele momento, apenas como regras.

Já a nova hermenêutica, parte da ideia de que a interpretação é uma atividade criativa em que se reconstrói os sentidos dos símbolos jurídicos, imprimindo uma postura ativa. Por meio desta atividade criativa se procede a uma adaptação axiológica à ordem normativa, possibilitando uma maior adaptação à realidade presente. Tal atividade geraria um maior conhecimento sobre a estrutura em si do texto normativo e uma maior coerência no seu entendimento.

A partir desse entendimento, admite-se que o Direito é, de maneira constante, influenciado por acontecimentos externos, e de igual forma a sua interpretação, de forma a racionalizar a aplicação dos dispositivos constitucionais no contexto político social. Segundo Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento⁶, “o pós-positivismo se caracteriza por

⁵ SGARBI, Adria. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.p.252

⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 206.



buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo”.

O exercício de interpretação da Constituição, apontado como espécie da interpretação jurídica, apresenta particularidades pelo conteúdo de seu texto e sua estrutura linguística. Não se pode deixar de lado o fato de que o texto constitucional é oriundo do poder constituinte e para ser modificado são previstos procedimentos especiais. A percepção das especificidades do texto constitucional alterou toda a sistemática interpretativa clássica do Direito dando origem a hermenêutica constitucional, que toma por base os diferentes sentidos da linguagem jurídica e, sobretudo, o da Constituição, para atribuir interpretação que leva em conta a situação fática, assim como o contexto social e político.

Assim, trata-se de elementos que confirmam que a aplicação da Constituição não se basta unicamente com a sua mera leitura, sendo imprescindível que o seu texto seja interpretado. É a partir desse exercício de interpretação que se poderá alcançar uma integração da norma com a realidade, com vista à adequação dos valores constitucionais com os valores sociais, políticos e morais que norteiam a sociedade. É necessário que essa atividade interpretativa tenha como base fatores sociológicos e principiológicos que possam servir de diretrizes para o intérprete.

Para se alcançar o objetivo pretendido pelo intérprete que é o de integração entre o texto constitucional, a norma dele extraída e a realidade fática presente naquela sociedade, necessário se faz a utilização de princípios instrumentais de interpretação constitucional. Esses princípios, embora sejam considerados princípios implícitos, tem importante atuação no procedimento hermenêutico, uma vez que são consideradas como normas que tratam da aplicação de outras normas. Pode-se dizer que se está a tratar de verdadeiras premissas conceituais a serem consideradas, já que permeiam toda a atividade de interpretação.

Ao ressaltar a importância dos princípios instrumentais, verdadeiros vetores na atividade de interpretação da Constituição, cabe aqui enumerá-los e proceder à uma análise de cada um deles em específico. Segundo a lógica adotada e o rol elencado por Luis Roberto Barroso em seu livro⁷, os princípios vetores da atividade interpretativa constitucional são: (i) o princípio da supremacia da Constituição; (ii) o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; (iii) princípio da interpretação conforme

⁷BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, p. 165.



a Constituição; (iv) princípio da unidade da Constituição; (v) princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e (vi) princípio da efetividade.

O princípio da supremacia da Constituição (i), põe a Lei fundamental em posição hierarquicamente superior aos demais elementos do ordenamento jurídico, posto que ela, além de instituir o Estado, é o pressuposto de validade de todas as outras normas jurídicas. Este princípio faz com que a Constituição não se submeta à vontade do poder político, ou ao Estado. A supremacia da Constituição faz com que os princípios e garantias que dela emanam sejam superiores a questões políticas, devendo ser respeitados e concretizados, sobretudo, através das decisões do Poder Judiciário, guardião da Constituição. Nas palavras do Min. Celso de Mello⁸:

a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constitui a garantia mais efetiva de que os direitos e liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar porque essa realidade não seja desfigurada.

O princípio da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público (ii), parte da ideia principal de que toda lei ou ato normativo deve ser considerado constitucional, até que decisão judicial venha a apontar flagrante e incontornável desconformidade com o texto constitucional. Apenas após ser submetida ao controle de constitucionalidade, seja ele concreto ou incidental, é que poderá ser afastada a aplicação da lei ou ato normativo em questão. Antes disso, deve ser reconhecida a plena efetividade desses atos.

No que concerne ao princípio da interpretação conforme a Constituição (iii), esse também é apontado como técnica aplicada ao controle de constitucionalidade, como forma de salvar o ato normativo controlado e atribuir-lhe efetividade. Isso significa que diante de várias escolhas possíveis de interpretação de um dispositivo constitucional, o intérprete deverá escolher aquela que mais esteja em conformidade com o sentido da Constituição, levando em conta o sistema como um todo. Tal princípio tem a função de conservar o dispositivo em análise, ao imprimir a ele um sentido que lhe dê efetividade e que esteja de acordo com os ditames da Constituição.

Isso leva à análise do princípio da unidade da Constituição (iv) que nos faz ver a Constituição como um sistema que deve trabalhar em conjunto para garantir o equilíbrio e a

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 293 QO/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=916>. Acesso em: 20 mar. 2017.



manutenção do Estado Democrático de Direito. Segundo o professor Guilherme Feña de Moraes⁹:

[...] as normas constitucionais, revestidas de princípios (—) ou regras (—), com relação de fundamentação a partir daqueles até estas, consistem em fundamento de validade comum de todas as normas jurídicas que integram a mesma ordem constitucional, [...]

Assim, diante de antinômias aparentes entre os dispositivos constitucionais, cabe ao intérprete levando em conta a sistematização do ordenamento jurídico, solucionar o aparente conflito de fins a resguardar o seu bom funcionamento.

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (v), tem relação com a ideia de equidade, e, sobretudo de justiça. Esse princípio é considerado mais que um critério interpretativo, ele é visto como um princípio geral de direito a ser utilizado todas as vezes que se quer coibir o excesso, em nome da prudência. Tal princípio é aplicado à partir da análise de três axiomas: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Configurada a inexistência de meios menos gravosos para alcançar os fins almejados, configura-se aí a necessidade. Já a adequação está presente na medida em que os meios escolhidos para se chegar ao fim pretendido é o mais apropriado, o mais eficaz. E por fim, se os benefícios trazidos for superior ao ônus assumido, presente estará a proporcionalidade em sentido estrito. Presentes a necessidade, a adequação proporcionalidade em sentido estrito estará atendido o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, cabe analisar o princípio da efetividade (vi), princípio em que se extrai a ideia de que a todo dispositivo constitucional deve ser dada a máxima efetividade, e, para isso, deve-se extrair de seu texto a interpretação que melhor alcançar esse objetivo. na Constituição não há palavras inócuas, todas guardam um sentido, sentido este que deve ser perseguido pelo intérprete de forma que atinja o efeito para o qual foi concebido. Ressalte-se que a efetividade das normas constitucionais dão força normativa à Constituição.

Ao apontar os princípios vetores na aplicação da mutação constitucional, importante salientar que passam eles a serem apontados como limites que devem ser respeitados pelo intérprete quando do exercício da atividade interpretativa. Alguns autores¹⁰ afirmam que "em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno

⁹FEÑA DE MORAES, *op.cit.*, p.137.

¹⁰BULOS, *op.cit.*, p.88



é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis". Porém, tal não é o entendimento que predomina, devendo a mutação constitucional se limitar a própria normatividade da Constituição.

A questão que se põe sobre a existência de limites à atividade interpretativa do exercida tem relevância para que não se desenvolva um processo inconstitucional de mutação a estejar uma norma em desconformidade com o sistema jurídico vigente. Portanto, os limites devem existir e quanto maior o controle sofrer o intérprete, mais se terá assegurado o equilíbrio e a manutenção do Estado Democrático de Direito. É nessa esteira que podemos trazer o fenômeno do *backlash*, que será estudado no terceiro capítulo desse trabalho e que ganha uma importância nos dias atuais, como nova forma de limites à atuação do intérprete.

3. O FENÔMENO DO *BACKLASH* COMO LIMITE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As transformações expressivas no quadro das relações sociais dão origem à mutação constitucional. Essas mudanças devem ser efetivas, geralmente derivadas de movimentos sociais de forte expressão e aderência, e que pode se dar tanto no plano fático, como também em relação à percepções surgidas e compartilhadas pela coletividade. Esse fenômeno decorre da própria organicidade do Estado, levando em conta as funções atribuídas pela própria Constituição a cada um dos Poderes do Estado e do fato de que esses não podem se sujeitar ao exercício abusivo de suas funções.

Além disso, deve ficar comprovada uma sedimentação jurisprudencial no que diz respeito ao sentido atribuído ao texto constitucional, por meio de sua interpretação. Tal exigência pode parecer um tanto quanto subjetivo, já que não há um número mínimo expresse para determinar que se configura ali uma interpretação constitucional apta a fazer surgir uma legítima mutação constitucional. Assim, este parâmetro um tanto quanto abstrato não deve prescindir de solução reiterada que chegue a mesma interpretação.

A mutação constitucional pode ser percebida de forma manifesta, quando se trata de entendimentos sumulados, que deixa expressa a sedimentação jurisprudencial. Do contrário, outros aspectos deverão ser avaliados, tal como a aceitação social em relação aquele significado atribuído ao texto constitucional. Desse modo, a mutação constitucional deve se dar por meio de uma interpretação cujo sentido alcance certa sedimentação na consciência



coletiva, refletindo uma adesão da coletividade, para que seja possível produzir os efeitos pretendidos.

Nesse contexto, é necessário que a mutação constitucional encontre uma repercussão positiva mínima por parte da coletividade, com outras palavras, é imprescindível que o sentido atribuído ao texto constitucional e a sedimentação jurisprudencial dele decorrente encontre respaldo social. Não sendo este o caso, pode-se afirmar que essa interpretação não traduz de forma adequada os princípios e interesses preceps daquela sociedade. Deve ser feita, assim, a seguinte diferenciação¹¹:

[...] , nem toda alteração na jurisprudência constitucional pode ser vista como uma autêntica mutação da Constituição. Muitas vezes, trata-se de mera correção de um erro judicial do passado, ou ainda do cometimento de um novo equívoco, quando o precedente superado se afigura correto, mesmo no presente.

A busca pela sintonia entre a linguagem da Constituição e a linguagem da sociedade construída, aponta para uma realidade que entra em choque com a referência de se atribuir ao Supremo Tribunal Federal a adjetivação de ser uma Corte “contramajoritária”, uma vez que as decisões proferidas supostamente encontram respaldo em concepções que vem de encontro à vontade da maioria.

Restabelece-se que, algumas vezes as posições firmadas pelo Supremo Tribunal Federal podem desencadear reações adversas tanto da sociedade como dos outros Poderes, levando a Corte a revê-las¹². Tal afirmação fortalece a ideia de que as mutações constitucionais provocam alterações benéficas no ordenamento jurídico constitucional. Essas alterações oriundas de um procedimento jurídico-hermenêutico devem ser realizadas de maneira imparcial, sobretudo, para reafirmar os valores trazidos na Constituição, solidificando ainda mais a sua força normativa e afirmando a sua efetividade.

A pensar de forma contrária, poderá se insurgir diversas reações que poderiam provocar uma reversão daquela mutação constitucional que se mostra ilegítima. Isso porque não se está falando de um procedimento de alteração definitiva da Constituição; até porque, dar a ele caráter de irreversibilidade configuraria uma afronta ao ordenamento jurídico constitucional do país. Sempre será possível retomar o sentido que mais se coaduna com a realidade fática e com os valores sociais.

¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 344.

¹² *Ibid.* p. 402.



Nesse contexto, assim como a sociedade, os outros Poderes do Estado tem a possibilidade de demonstrar a sua contrariedade, desde que devidamente fundamentada, com o objetivo de exercerem suas prerrogativas, e fazer valer o Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, a própria sociedade também deve demonstrar essa capacidade e desenvolver mecanismos com vista a defesa dos valores que lhe são caros, como é o caso do *backlash*.

O *backlash* tem origem no Direito norte-americano e evidencia um fenômeno que surge à partir da reação da sociedade que se opõe às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, que tratam de questões sensíveis e polêmicas. O termo era, originalmente, usado para definir situação em que, se está diante de um defeito causado por uma das rodas que faz parte de um mecanismo formado por um conjunto de rodas que, uma vez conectadas devem ter um movimento uniforme e trabalhar juntas. Porém, no momento em que uma das rodas trava ou apresenta uma folga, ela passa a travar todo o funcionamento do mecanismo.

No Brasil, a primeira vez que o termo foi utilizado, e se fez menção ao fenômeno do *backlash* no Supremo Tribunal Federal, foi no julgamento de questões afeita a Lei da Ficha Limpa, ADC 29/DF¹³, da ADC 30/DF¹⁴ e da ADI 4578/DF¹⁵. Na ADC 29/DF, o Min. Luiz Fux utilizou como fundamento do seu voto a necessidade de se adequar a interpretação do princípio da presunção de inocência às expectativas da sociedade. Essa pode ser apontada como uma forma de atribuir às decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, uma maior legitimidade.

Dessa forma, o *backlash* deve ser compreendido como um movimento político-social de reação como forma de contestação e inconformidade com a interpretação da ordem normativa realizada pela Corte Constitucional. Portanto, trata-se de demonstração por parte da sociedade de não receptividade de determinada interpretação atribuída ao texto constitucional. É legítima reação da sociedade diante da falácia construída de que as decisões judiciais devem ser suportadas de forma passiva pelos cidadãos porque proferidas por aqueles que detém tal poder. Esta é uma visão errada do Direito, como bem expressa a doutrina¹⁶:

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 29/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adc-29-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

¹⁴ _____. Supremo Tribunal Federal. ADC 30/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adc-30-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

¹⁵ _____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4578/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adi-4578-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

¹⁶ SCRUZA NETO, *op. cit.*, p. 402.



É simplesmente errada o conhecido ditado de que “decisão judicial não se discute, se cumpre”. Sem dúvida, decisão judicial, no Estado de Direito, se cumpre. Mas, na democracia, qualquer decisão dos poderes públicos, inclusive do STF, é passível de discussão e crítica. (...) A crítica pública pode antes exprimir a vitalidade da cultura constitucional; pode significar que a sociedade se importa com a Constituição e com a gozática constitucional.

O *backlash* deve ser visto sob uma perspectiva positiva, uma vez que enriquece o diálogo constitucional, por demonstrar um momento em que o povo participa de forma ativa da construção do conteúdo da Constituição. Por meio da pressão exercida sobre as autoridades, pode-se chegar a uma interpretação constitucional democrática e efetiva. Esse é o escopo maior deste movimento, chegar a uma interpretação que reflita os verdadeiros valores sociais e traga resposta a questões sensíveis que afetam aquela sociedade.

Evidente que não se está pregando aqui a ideia de que as decisões proferidas pelos magistrados devam ser pautadas levando em conta as possíveis reações produzidas na sociedade. É indiscutível que as decisões judiciais não podem ser qualitativamente pautadas no apelo coletivo. As resistências não podem modificar uma decisão que é inequivocamente correta e juridicamente impecável.

O que se defende é que o processo de julgamento, não obstante mantenha-se intransponível em sua dimensão técnico-jurídica, permita ser permeado pelos reflexos emanados da percepção social sobre os valores constitucionais.

Partindo de uma visão consoante à acima firmada, trecho de decisão proferida pelo Min. Fux:

A incongruência socialidade a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto não pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.

Há que se constatar que o entendimento cimbado pelo Min. Fux em sua decisão sobre a Lei da Ficha Limpa, plantou a semente para que recentemente a presunção de inocência fosse interpretada de forma a permitir a execução provisória da sentença. Em decisões liminares nas ADC 43¹⁷ e ADC 44¹⁸ o Supremo Tribunal Federal passou a relativizar o

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 17 abr.2017.



princípio da presunção de inocência e a admitir que os condenados em segunda instância possam desde então cumprir suas penas restritivas de liberdade. Tal mudança de entendimento, afeta princípio caro e, por isso foi objeto de críticas.

Ainda no contexto de decisões importantes a serem tomadas temos a questão relativa à legalização do aborto, com recente decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do Min. Luis Roberto Barroso no Habeas Corpus n.124.306/ RJ¹⁹, de relatoria do Min. Marco Aurélio. Entendeu-se que não há crime de aborto se este se der nos primeiros três meses de gestação, ou seja, os artigos do Código Penal que criminalizam tal conduta foram declarados inconstitucionais. Ressalte-se que essa decisão se aplicará apenas ao caso concreto, devendo ser levada ao Plenário.

Nos dias atuais em que o Supremo Tribunal Federal é instado a se manifestar sobre questões relevantes e sensíveis à sociedade, face a crise institucional que se instaurou, sobretudo nos Poderes Executivo e Legislativo, o papel daquela Corte jurisdicional ganha ainda maior relevância. Poder-se-ia citar ainda várias questões que deverão ser enfrentadas, mas o que importa é ressaltar que as decisões tomadas para que tenham legitimidade, deverão obedecer os limites trazidos pela própria Constituição.

Quando não for esse o caso, a reação da sociedade deverá aparecer como um novo limite a impulsionar uma revisão de entendimento que abarque as expectativas depositadas no órgão supremo da nossa jurisdição. O *backlash* deve ser visto como um fenômeno que confere ao povo o poder do qual é titular, senão pelo seu exercício, pelo menos pelo seu controle. Cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir, mas cabe à sociedade controlar e exigir que essas decisões não estejam em desconpasso com a realidade social.

CONCLUSÃO

A partir da exposição de aspectos essenciais à ordem constitucional e democrática do Estado brasileiro, o presente trabalho procurou apresentar, da forma mais didática possível, as bases que não só possibilitam, como originam o fenômeno da mutação constitucional via interpretação judicial.

¹⁹ _____. Supremo Tribunal Federal. ADC 44. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 17 abr.2017.

²⁰ _____. Supremo Tribunal Federal. HC 124.306/ RJ . Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 17 abr.2017



As Constituições democráticas, por mais rígidas que sejam, jamais podem se manter imutáveis. A cristalização dos enunciados constitucionais torna, com o tempo, toda a ordem normativa obsoleta, pois que não será mais capaz de conter e dirimir os conflitos da sociedade, que natural e constantemente sofre mudanças políticas e sociais, graças ao dinamismo próprio do mundo real. Assim, as mutações constitucionais se afiguram inevitáveis, pois a prática jurídica necessita de meios eficazes para lidar com os embates entre as forças sociais e institucionais e a Constituição.

A Constituição brasileira de 1988, dotada de supremacia e rigidez, enfrenta o desafio de manter um delicado equilíbrio entre sua constância e dinâmica próprias de um organismo vivo. Daí a importância do fenômeno da mutação constitucional que pode se dar por vários meios. Porém, esse trabalho designou-se a tratar da mutação constitucional via interpretação judicial, através da otimização de uma relação propriamente elástica – por sua textura predominantemente aberta, o que permite adequar a ordem constitucional à realidade fática, sem que se tenha de sucumbir aos desgastes próprios dos meios formais de reforma constitucional. A mutação constitucional permite, assim, contemporizar a Constituição, mantendo a sociedade ativa na permanente reconstrução dos sentidos do texto constitucional.

O fato de as mutações constitucionais se originarem de decisões judiciais fundamentadas e públicas faz com que, em que pese constituírem um método informal de mudança da Constituição, não sejam menos seguras. Através da fundamentação e da publicidade, tanto a soberania popular, quanto os Poderes do Estado podem exercer o controle das mutações; aquela, por meio da pressão popular na busca por progressos responsáveis, exercida através de movimentos como o *backlash*.

Este movimento político-social se revela um verdadeiro fenômeno, que colabora para revigorar a força normativa da Constituição, pois enriquece seu diálogo com o povo brasileiro, possibilitando maior engajamento social. Esta participação da população é responsável pela criação de um sentimento constitucional nos cidadãos que, influenciando ativamente a construção do Direito pátrio e a atuação estatal, garantirão maior efetividade à Constituição. Trata-se, portanto de um meio de ampliação das bases democráticas do Estado brasileiro e de concretização dos valores, direitos e deveres fundamentais.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucan/constitucao.htm>. Acesso em 17 abr.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 293 QO/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=916>. Acesso em: 20 mar.2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADC 29/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adc-29-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADC 30/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adc-30-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4578/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adi-4578-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 43. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 17 abr.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 44. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 17 abr.2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.



ANÁLISE DA CRISE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL – ASPECTOS POLÍTICO, JURÍDICO E ECONÔMICO DA PEC N. 287/2016

Barbara Loureiro Silva

Graduada pela Faculdade de Direito
Cândido Mendes. Advogada. Pós-
graduada em Direito do Trabalho e
Processo do Trabalho pela Universidade
Estácio de Sá.

Resumo – O Brasil vive um grave momento de crise econômica e o Governo culpa os gastos com a Previdência Social como um dos vetores da crise. No entanto, o trabalho pretende demonstrar que é a crise econômica que traz reflexos no orçamento da Seguridade e não o contrário. Não se justifica dizimar os direitos sociais dos trabalhadores a pretexto de um suposto déficit, quando em verdade se pretende usar os recursos da Seguridade em outros gastos do Governo com o aumento da DRU – Desvinculação da Receita da União –, obrigando o trabalhador a acessar o sistema privado de Previdência Social, demasiadamente desvantajoso, que resultará em dupla contribuição sobre o mesmo período de trabalho, uma para a pública, de caráter obrigatório e outra para a privada, visando resguardar a futura velhice.

Palavras-chave – Direito Previdenciário. Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Previdência Social. Seguridade Social. Crise da Previdência Social. Reforma da Previdência. PEC N. 287/2016

Sumário – Introdução. 1. Análise crítica sobre o que muda com a proposta de emenda à constituição 287/2016 – PEC da reforma da previdência e suas posteriores alterações. 2. Inconstitucionalidades da PEC N. 287/2016. 3. Da desnecessidade da reforma e das propostas para melhor gestão dos recursos da previdência social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Proposta de Emenda à Constituição nº 287, de 2016, de autoria do Presidente da República, altera, em seu art. 1º, a redação dos artigos 37, 40, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição Federal, introduzindo modificações no sistema de seguridade social.

Não é demais recordar que a Previdência Social sofreu duas grandes reformas ao longo de sua trajetória, através das Emendas Constitucionais n. 20/98, que atingiu



principalmente o Regime Geral de Previdência Social e da Emenda 41/03, que introduziu importantes alterações do Regime Próprio de Previdência Social.

A presente pesquisa científica tem por finalidade abordar os aspectos da Reforma da Previdência Social, no bojo da PEC N. 287/2016, em tramitação no Congresso Nacional. Procura-se demonstrar os possíveis malefícios gerados ao trabalhador brasileiro e analisar a real necessidade da reforma no momento atual.

Para tanto, abordam-se posições de especialistas a fim de se conseguir discutir a importância da Seguridade Social, seus princípios constitucionais, e a amplitude deste serviço social.

A Constituição Federal de 1988 trata especificamente da Previdência Social dentro do capítulo da Seguridade Social, sendo um pilar das ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, junto com a saúde e a assistência social e é tida como uma das mais modernas do mundo e possui um amplo sistema de proteção social, reflexo da política econômica do Estado do bem-estar social, vigente à época da sua elaboração, em defesa aos direitos sociais dos cidadãos, cuja expansão se deu no Pós Segunda Guerra Mundial.

Neste contexto, a previdência social é organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, também a sua importância à população quanto à cobertura dos chamados riscos sociais, tais como doença, invalidez, morte e idade avançada. Desde a consolidação da Previdência Social através da Lei Eloy Chaves há 87 anos sofreu uma série de modificações, inclusive através de emendas à Constituição e modificações legislativas, que em sua maioria visavam a restringir direitos originalmente previstos.

Essa situação, no entanto, gera uma série de controvérsias entre aqueles que defendem a necessidade de maiores limitações de direitos previdenciários, em razão de um suposto déficit nas contas da Previdência, enquanto outros sustentam com veemência que o orçamento da Previdência é superavitário.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de Previdência Social e compreender como este conceito será atingido diante das alterações propostas pela Reforma. Pretende-se ainda a possibilidade de o texto do Projeto de Emenda Constitucional 287/2016, se aprovado, ser considerado pelo Supremo Tribunal Federal inconstitucional em quase sua totalidade.

Inicia-se o primeiro capítulo numa análise crítica, ponto a ponto, sobre cada mudança proposta pela PEC 287, inclusive com as posteriores mudanças no seu texto original, de Relatoria do Deputado Arthur Oliveira Maia, que em Abril/2017 sofreu importantes



alterações mediante 164 emendas apresentadas pela oposição que modificam temas polêmicos, que serão apresentados.

Em atenção a essas modificações, serão abordados os temas que não mais permanecem no texto

No segundo capítulo será abordado um debate importante sobre inconstitucionalidade da proposta e a não recomendação da reforma, dada à deflação econômica porque passamos, pois se há depressão econômica, evidente que haverá queda da receita da previdência.

No terceiro capítulo, serão apresentadas propostas de melhoria na gestão financeira do orçamento da Previdência Social, de modo sustentável, vedando-se excessos, em controle à política de desoneração fiscal, o fim da DRU (Desvinculação das Receitas da União), a priorização na execução da dívida ativa dos grandes devedores, o combate à sonegação fiscal, o fim dos privilégios com o orçamento da Previdência (benefícios dos militares), entre outras propostas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

A partir destas premissas passa-se a analisar criticamente o conteúdo da PEC n. 287/16, sobretudo no que se refere ao contexto político, econômico e social e a inconstitucionalidade da medida, que fere cláusulas pétreas e outros dispositivos constitucionais.

1. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O QUE MUDA COM A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 287/2016 – PEC DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA E SUAS POSTERIORES ALTERAÇÕES

A PEC N. 287, denominada de Reforma da Previdência, propõe alterações na Constituição Federal/88 que tendem a restringir o direito à Seguridade Social, cujo princípio da universalidade pode estar sob risco. As mudanças afetam o acesso aos direitos sociais, tido



como fundamentais, conforme o art. 5º da CRFB/88¹, tais como aposentadoria, o valor dos benefícios previdenciários e assistenciais e a impossibilidade de acumulação de benefícios. Um dos aspectos importantes da proposta é a unificação das regras entre o Regime Geral e os regimes próprios de Previdência Social dos servidores públicos, alcançando a aposentadoria de homens e mulheres, trabalhadores rurais e urbanos.

O texto original da reforma da Previdência propunha o fim da aposentadoria por tempo de contribuição, passando a existir apenas aposentadoria por idade aos 65 anos, critério esse adotado tanto para homens quanto para mulheres, seja trabalhador urbano ou rural, servidor público ou trabalhador da iniciativa privada. Além disso, passa-se a exigir do segurado o mínimo de 25 anos de efetiva contribuição, contra os atuais 15 anos.

Ou seja, a proposta original visava a suprimir o atual direito das mulheres de se aposentarem com cinco anos a menos do que os homens, tanto na idade quanto no tempo de contribuição, prevendo regras únicas entre eles. Segundo o estudo Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça², divulgado em Março deste ano pelo IPEA (Instituto de Política Econômica Aplicada), as mulheres trabalham em média 7,5 horas a mais que os homens por semana. Em 2015, a jornada total média das mulheres era de 53,6 horas, enquanto a dos homens era de 46,1 horas.

Portanto, a proposta original não levava em consideração que as mulheres ainda são desfavorecidas no mercado de trabalho e que continuam cumprindo dupla jornada, a de trabalho e a de afazeres do lar, afrontando-se o princípio da igualdade substancial contido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

No entanto, pelo texto alterado na comissão especial da Câmara dos Deputados³, o acesso à aposentadoria será garantido para homens que atingirem a idade mínima de 65 anos e mulheres a partir dos 62 anos, sendo o tempo de contribuição exigido, os mesmo 25 anos da proposta original, tanto para o RGPS, quanto para o RPPS.

Outra novidade é a previsão da aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade para os servidores públicos, de que trata o art. 40 da CRFB/88, contra os atuais 70 anos de idade,

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017.

² Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínuas Mercado de Trabalho Corporativo Desenvolvido Mensal - Março de 2017. Disponível em: <http://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continuas/Mensal/Comentarios/psade_201703_comentarios.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

³ Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e outras Proposições (PEC287/2016). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=65C4B7B1E31FBF08E0E0C8A6B1131F8.proposicoesWebExternal?codtext=1547049&filename=Tramitacao-PEC+287/2016>. Acesso em: 06 Jun. 2017.



bem como para os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, que são segurados do RGPS.

Da mesma forma, a PEC visa a eliminar a redução de cinco anos de idade para a aposentadoria do trabalhador rural, igualando suas condições com as exigidas do trabalhador urbano, sem levar em conta as diferenças existentes entre o trabalho no campo e o trabalho na cidade, em violação ao princípio da isonomia.

Neste sentido, veja-se o magistério de Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁴:

As previsões em destaque, entretanto, não violam o princípio da isonomia, nem se constituem em tratamento discriminatório, mas buscam concretizar a igualdade em sua vertente substancial, por meio do tratamento diferenciado de pessoas que estão em situação diversa, com fundamento em critérios lógicos e plenamente justificáveis. Nesse enfoque, o trabalhador rural normalmente está exposto a condições mais difíceis e penosas de labor, muitas vezes com menor expectativa de sobrevivência.

O pequeno produtor rural e o pescador artesanal, que exercem atividade em regime de economia familiar, normalmente possuem renda em valores reduzidos, com maior dificuldade de efetuar e comprovar as contribuições para a Seguridade Social.

Após a alteração do texto original, o segurado especial poderá se aposentar aos 60 anos de idade, se homem, e aos 57 anos de idade, se mulher, contra os atuais 55 anos de idade, se mulher, no valor de 1 salário mínimo.

Outra novidade é a previsão de 15 anos de tempo de contribuição a ser comprovado pelo que o pequeno produtor rural, o pescador artesanal e o extrativista, assim como seu cônjuge e filhos, que passam a contribuir de forma individual ao RGPS, com alíquota favorecida, e não mais de forma conjunta sobre a receita da comercialização de sua produção.

Outra alteração importante é quanto ao valor das aposentadorias, com a instituição da chamada taxa de reposição. Significa que o valor passa a ser calculado em 51% do Salário de Benefício mais um ponto percentual por ano de contribuição, contra os atuais 70% mais um ponto por ano previsto para as aposentadorias por idade.

Ou seja, a aposentadoria terá patamar inicial de 76% do salário de benefício, considerando que o mínimo de tempo de contribuição é de 25 anos, para ambos os gêneros. Para alcançar a aposentadoria integral, será preciso além dos 65 anos de idade contar com 49 anos de contribuição. Desta forma, o trabalhador para fazer jus à aposentadoria integral aos 65 anos, terá que entrar no mercado de trabalho formal e contribuir por 49 anos, ininterruptamente, desde os 16 anos, considerada a idade mínima para o trabalho, pela CF/88.

⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito da Seguridade Social*. S. Paulo: Método, 2016, p. 68.

No entanto, a proposta parece não se atentar para os índices de desemprego oficiais divulgados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)³, que no mês de Março/2017, divulgou mais uma vez resultado negativo da taxa de ocupação brasileira, como se verifica:

A taxa de desocupação foi estimada em 13,7% no trimestre móvel referente aos meses de janeiro a março de 2017, representando alta de 1,7 ponto percentual frente ao trimestre móvel anterior (outubro a dezembro de 2016 – 12,0%). Na comparação com o mesmo trimestre móvel do ano anterior, janeiro a março de 2016, quando a taxa foi estimada em 10,9%, o quadro também foi de elevação (2,8 pontos percentuais). Destaca-se que esta foi a maior taxa de desocupação da série iniciada no 1º trimestre de 2012.

Diante deste resultado, verificamos que raramente um trabalhador permanece empregado continuamente por muito tempo, diante da alta rotatividade e do desemprego prolongado, diminuindo assim, a cada evento, a possibilidade de aposentadoria, assim como reduzindo o valor do benefício (em relação aos anos que o trabalhador terá de contribuir).

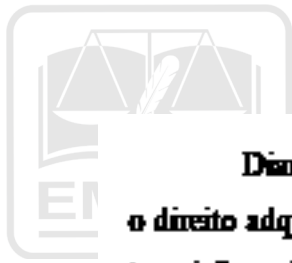
No mais, a perspectiva de elevar para 49 anos o tempo de contribuição necessário à obtenção da aposentadoria com o coeficiente de 100% do valor da média aritmética das contribuições enseja verdadeiro enriquecimento sem causa em favor do esário, infringindo os princípios constitucionais da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), da vedação do confisco tributário (art. 150, inciso, IV), bem como da capacidade contributiva do segurado (art. 194, inciso V).

Após alterações do texto original, a proposta alterou a forma de cálculo da aposentadoria, que passa a ser 70% da média aritmética simples dos salários de contribuição e remunerações, mais 1,5% do primeiro ao quinto grupo de doze contribuições adicionais, aos 25 anos, ou seja, se contribuir por 30 anos, receberá proventos proporcionais de 77,5%. Já do sexto ao décimo grupo de doze contribuições adicionais, 2 (dois) pontos percentuais por grupo, ou seja, se contribuir por 35 anos de contribuição perceberá 87,5% da média dos salários de contribuição. E a partir do décimo primeiro grupo de doze contribuições adicionais, 2,5 (dois inteiros e cinco décimos) pontos percentuais por grupo.⁴

Assim, apenas com 40 anos de contribuição o segurado perceberá 100% da média dos salários de contribuição durante toda sua vida laboral.

³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínuos Mercado de Trabalho Conjuntural Divulgação Mensal - Março de 2017*. Disponível em: <http://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimentos/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Comentarios/gruic_201703_comentarios.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

⁴ Câmara dos Deputados. PBC 287/2016. Substitutivo adotado pela Comissão. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoes/Web/Fichadetramitacao?idProposicao=2136707>>. Acesso em: 18 ago. 2017.



Diante da proposta de abruptas mudanças no texto constitucional, visando resguardar o direito adquirido, no texto original, alterado posteriormente, foi prevista uma única regra de transição na PEC N. 287, que se refere às condições para o segurado obter a aposentadoria.

Estarão enquadrados nessa regra o trabalhador com mais de 50 anos, se homem ou com mais de 45 anos, se mulher, que poderão se aposentar antes dos 65 anos, desde que cumpram o restante do tempo de contribuição vigente atualmente, com acréscimo de 50% desse tempo. No entanto, não há previsão de regra de transição para a fixação do valor dos benefícios, que contaria com a nova regra de cálculo, reduzido o direito esperado, ainda para aqueles que estejam acima da idade de corte.

Entretanto, mudar todo o planejamento de vida da pessoa aos 49 anos, que deixará de ter direito à aposentadoria por tempo de contribuição e passará a contar apenas com aposentadoria por idade aos 65 anos é ferir a legítima expectativa do cidadão.

Diante das emendas parlamentares apresentadas, o texto original foi alterado para prever como regra de transição o acréscimo de 30% sobre o tempo que faltaria para o segurado, se homem, atingir 35 anos e, se mulher, 30 anos de contribuição, para segurados a partir de 55 anos de idade, se homem, e 53 anos de idade, se mulher, tanto no RGPS, quanto no RPPS.

Outra modificação importante com a PEC N. 287 é com relação à aposentadoria por invalidez, dificultado ainda mais o reconhecimento do direito, passando a exigir a incapacidade permanente para o trabalho. Seguindo a mesma sistemática da aposentadoria por idade, o valor do benefício é reduzido, pois o cálculo seguirá a mesma regra de 51% da média dos salários de contribuição acrescido de um ponto percentual por ano de contribuição, à exceção da invalidez por acidente de trabalho. Inclusive as situações de doenças profissionais não serão protegidas, nem mesmo as situações de doenças graves, especificadas em lei, resultarão em aposentadorias integrais.

No que diz respeito à aposentadoria especial, a reforma propõe o exercício de atividades que efetivamente prejudiquem a saúde, no entanto, a periculosidade (prejuízo à integridade física) deixaria de ser critério para sua concessão. Ou seja, ao invés de oferecer proteção ao trabalhador, o texto da reforma exige o efetivo dano, com a perda das condições de saúde. Se não bastasse isso, é proposta uma idade mínima de 55 anos, mesmo que em atividade insalubre, o que hoje não se exige, além do que limita ao máximo de cinco anos a diminuição do tempo de contribuição do segurado exposto às condições prejudiciais à saúde, bem como reduz o valor das aposentadorias, hoje integral, para o calculado segundo a regra geral.



Após a alteração do texto original, tanto para a aposentadoria de deficiente quanto para a especial, tratada no parágrafo anterior, será necessário o cumprimento da idade mínima de 55 anos, além do mínimo de 20 anos de tempo de contribuição, no RPPS. Enquanto no RGPS, será necessário além dos 55 anos de idade, tempo de contribuição reduzido no máximo em 10 anos, a ser estabelecido através de Lei Complementar.

Desloca-se o eixo de implementação desse benefício, como se vê com clareza, da prevenção do dano e proteção do trabalhador (art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal)⁷, para uma singela redução do tempo de contribuição e idade exigidas, que ocorrerá quando já consumado o dano/lesão ao servidor público.

Ressalte-se também a violação à garantia de um meio ambiente do trabalho, prevista nos artigos 200, VIII, e 225, caput, e inciso V, da Constituição Federal⁸.

Na proposta original, havia uma forte redução no valor das pensões por morte, já que o benefício passaria a ser de 60% do valor da aposentadoria que o segurado recebe ou receberia, no momento do óbito. Ao valor inicial, calculado a partir da regra geral de aposentadoria, seria acrescida uma parcela de 10% para cada dependente, até o limite de 100%. Inevitavelmente, a renda familiar poderá sofrer uma redução significativa com o óbito do segurado, podendo inclusive ser menor que o salário mínimo. Há previsão também da não reversibilidade das cotas dos dependentes inativos.

Com a nova redação da proposta, o valor inicial da pensão será de 50% da aposentadoria que o segurado faria jus se vivo fosse, acrescido de 10% por dependente, vedada a reversão da cota quando o dependente perder esta qualidade, na forma da lei de benefícios.

Desta forma, as pessoas que já se encontram em nível de extrema pobreza, que vivem com apenas um salário mínimo para sobreviver, com a morte de seu cônjuge ficarão abaixo do mínimo existencial, ou seja, ficarão abaixo do nível de pobreza.

Ainda, a proposta veda em absoluto, ressalvados os cargos acumuláveis na forma do art. 37, XVI, da Constituição Federal⁹, toda e qualquer forma de cumulação de aposentadorias ou benefícios de pensão por morte no RPPS, ou entre benefício advindo de RPPS e outro de RGPS. Embora seja ressalvada a opção pelo melhor benefício, verifica-se que esta proposta de dispositivo constitucional afronta as previsões dos artigos 40, caput, e 201, caput, que

⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 1

⁸ *Ibidem*

⁹ *Ibidem*



preveem o estabelecimento de regimes previdenciários de natureza contributiva, ocasionando verdadeiro enriquecimento ilícito do Estado.

2. INCONSTITUCIONALIDADES DA PEC N. 287/2016

Após a análise no primeiro capítulo das principais medidas propostas pela reforma, chega-se à conclusão de que tal proposta é tendente a abolir os direitos sociais dos segurados da Previdência Social, inseridos no capítulo dos direitos fundamentais da Carta Magna, com barreira de reforma por cláusula pétrea do art. 60, §4º. Além do contexto jurídico, os aspectos econômicos, como se verá a seguir, não recomendam a reforma da Previdência.

O Brasil importou da Alemanha, através da obra consagrada de Otto Bachoff¹⁰, a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, no sentido de que não há hierarquia entre normas constitucionais originárias, mas é possível o controle de constitucionalidade de normas constitucionais de reforma. O STF assentou tal entendimento, a exemplo do decidido na ADIn 815 (Rel. Moreira Alves, DJ 10.05.1996, RTJ 163, p. 872)¹¹.

A Constituição Federal de 1988 é classificada como rígida, portanto o processo legislativo referente às Emendas Constitucionais está submetido a rígidos contornos, determinados pela própria Constituição. Para a presente pesquisa, importa analisar as impossibilidades materiais aplicáveis à PEC N. 287/16, as quais se encontram no art. 60, § 4º, da Constituição Federal¹², que estabelece as matérias que não podem ser objeto de alteração por Emenda Constitucional, dentre elas os direitos e garantias individuais, serão vejamos:

- § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
- I - a forma federativa de Estado;
 - II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 - III - a separação dos Poderes;
 - IV - os direitos e garantias individuais.

A cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, inciso IV (“direitos e garantias individuais”) da Constituição Federal¹³, sem dúvidas, jamais deve ser interpretada restritivamente, ao contrário, sua interpretação deve ser ampliada para abarcar todos os

¹⁰ BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 140.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portalfurisprudencia/listaJurisprudencia.asp?s1=%2RADIN%24%2ESCLA%2B+B+815%2BNUMER%2B%2D+OU+%2BADI%2BACMS%2B+ADI2+815%2BACMS%2B%2D&base=baseAcordaofz&url=http://inyar1.com/ars/zls>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1

¹³ *Ibidem*

direitos sociais, do qual faz parte do rol previsto no caput do art. 6º da CRFB/88¹⁴, o direito à previdência social.

Os direitos sociais estão previstos no Capítulo II do Título II da CRFB/88, que elenca os Direitos e Garantias Fundamentais, que possuem status de cláusula pétrea, que significa a proteção integral por parte do constituinte originário, até mesmo contra proposta tendente a abolir tais direitos.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵, os direitos fundamentais na Constituição são:

De qualquer modo, fica assegurado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente.

Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” (ou “garantias de eternidade”) do art. 60, §4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado. [...]

Neste contexto, cumpre salientar que o catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF) contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, o que também define o conteúdo das disposições integrantes do Título I (dos Princípios Fundamentais).

De acordo com GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA¹⁶:

Quanto ao tema em estudo, a universalidade da cobertura e do atendimento, a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, a irredutibilidade do valor dos benefícios, como princípios da Seguridade Social, de natureza fundamental, também não podem ser afastados, nem mesmo por meio de emenda à Constituição (arts. 60, § 4º, inciso IV, 5º, § 2º, e 194, parágrafo único, incisos I, II, III e IV, da CF/1988).

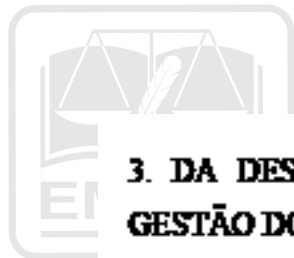
Em linhas gerais, a reforma da Previdência da maneira que foi proposta ofende aos arts. 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana), bem como 7º, XXII (vetar da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança), ambos da Constituição Federal, bem como os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Ressalte-se também a violação à garantia de um meio ambiente de trabalho, prevista nos arts. 200, VIII, e 225, caput, e inciso V, da Constituição Federal. Aqui, novamente, a PEC N. 287/16 afronta a cláusula pétrea contida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Adiante será apresentado o estudo de política econômica adotada atualmente pelo Brasil, que traz impactos diretamente no orçamento da Previdência Social.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.65-67

¹⁶ GARCIA, op. cit., p. 22



3. DA DESNECESSIDADE DA REFORMA E DAS PROPOSTAS PARA MELHOR GESTÃO DOS RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Diante da apresentação das propostas da Reforma da Previdência Social no capítulo 1 e da análise da sua inconstitucionalidade no capítulo 2, a seguir será refutada a necessidade de reforma, bem como serão apresentadas uma série de propostas para melhor gestão dos recursos da Previdência Social, que não afetarão os verdadeiros donos da receita previdenciária, os segurados da Previdência Social, para que não percam sua proteção, nem tenham seu direito suprimido com essa nefasta proposta.

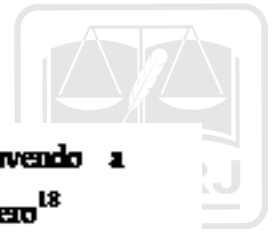
Segundo a economista Denise Gentil¹⁷, desde o segundo semestre de 2014 há queda no PIB (Produto Interno Bruto), que se acelera com os anos, com 12 milhões de pessoas desempregadas (17% do PIB) e por isso as contribuições para a Previdência Social estão em queda. O Governo aponta déficit na Previdência de 85 bilhões de reais em 2015 e 149 bilhões em 2016, mas o que está sendo feito com a receita da Previdência?

O que determina o orçamento da Previdência Social é a política de macroeconomia e a principal política do Governo nos últimos anos tem sido fazer renúncia fiscal para estimular investimento, porém os resultados em 5 anos têm demonstrado que não está havendo estímulo de investimento. Ao contrário, há mais de mil obras paradas no país, apesar disso se contabiliza 283 bilhões de reais em renúncia fiscal. Soma-se a isso a questão da depressão econômica, que apenas no setor da indústria (carro chefe da economia) registrou queda de 17% de receita em 3 anos, e como consequência essa queda se espalha na economia, e ocasionando queda na receita da Previdência, já que a folha de pagamento é o maior receita do orçamento da Previdência.

O orçamento é executado pelo Poder Público, não há nada que impeça que o poder público controle os gastos, reduzindo-os para prover um superávit maior, no entanto pela política de Governo atual, significa cortar verbas da saúde e educação e não cortar gastos com a cúpula do Governo.

Conclui-se que o Governo precisa justificar o modelo atual que utiliza, pois com base neste modelo atual não se consegue aceitar nem mesmo no curto prazo, que dirá até o ano 2060.

¹⁷ A CRISE DA PREVIDÊNCIA É UMA FARSA? Palestrante: Denise Gentil, Rio de Janeiro, EMERJ, 2017. Disponível em: <<http://www.emerj.tju.jus.br/paginas/eventosgravados/2017/a-crise-da-previdencia-e-uma-farsa/a-crise-da-previdencia-e-uma-farsa.html>>. Acesso em: 10 mai. 2017.



O INSS é a maior empresa imobiliária do Brasil. Portanto, havendo a desmobilização gerará receita para os cofres públicos, segundo Wilson Antonio Romero¹⁸

Além disso, apresentasse como proposta o fim da DRU- Desvinculação das Receitas da União, que surgiu em 1994, com outros nomes e atualmente está no patamar de 30%, previsto no art. 76-A do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)¹⁹.

O Congresso Nacional aumentou o percentual da DRU de para 30% até 2023, que representa R\$ 100 bilhões de reais no período de 12 meses. Portanto há retirada do dinheiro destinado à Previdência para pagar outros gastos, mas caso houvesse de fato déficit isto não seria possível, ainda de acordo com Wilson Antonio Romero²⁰.

Outra proposta é o arrocho na cobrança efetiva da Dívida Ativa Previdenciária, com alteração legislativa para até mesmo impedir a atividade daqueles devedores contumazes da Previdência Social, dado seu caráter de universalidade de custeio e solidariedade.

De acordo com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o estoque da dívida ativa previdenciária atingiu o montante de R\$ 432,9 bilhões em janeiro de 2017 e continua crescendo a um ritmo de aproximadamente 15% ao ano²¹.

Aumentar a fiscalização no combate à sonegação e inadimplência, que é facilmente identificável através de um documento de auto-declaração da dívida (GFIP), que é o documento que serve de cobrança do tributo.

De acordo com a proposta de Wilson Antonio Romero²², revisar alíquotas do agronegócio, exceto a economia familiar. Isso porque hoje o agroexportador não paga qualquer tributo na exportação, na forma do art. 149, parágrafo 2º da CRFB²³. O PIB brasileiro é atualmente de 6 bilhões de reais, sendo 23% da agroindústria, 7% da previdência.

Por isso não se pode colocar na conta de todos os trabalhadores algo que precisa ser ajustado setorialmente.

Além disso, o projeto encaminhado pelo governo Temer deixou de fora os atuais congressistas, que podem optar pelas atuais regras da Lei 9506/97²⁴, que prevê aposentadoria integral, com base na remuneração fixada para os membros do Congresso Nacional, como

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1

²⁰ A CRISE DA PREVIDÊNCIA É UMA FARSA?, *op. cit.*, nota 17

²¹ Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias_notas/pgfn-recupera-mais-de-r-22-bilhoes-em-creditos-previdenciarios>. Acesso em: 10 de mai. 2017.

²² A CRISE DA PREVIDÊNCIA É UMA FARSA?, *op. cit.*, nota 17

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 1

²⁴ BRASIL. Lei Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9506.htm>. Acesso em: 09 de jun. 2017.



também não abarcou os militares, e sequer menciona as “super-aposentadorias” de senadores, deputados, ministros, desembargadores e militares.

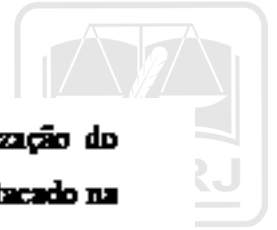
Segundo artigo publicado de Julio Cesar Vieira Gomes²⁵, o texto apenas prevê uma promessa de que os atuais políticos terão uma regra de transição por eventual e futura lei ordinária por eles editada e aprovada. O texto da PEC nº 287, de 2016 encaminhado pelo governo atingirá somente aqueles que vierem a ser diplomados nas eleições posteriores à promulgação da emenda, o que não alcança os atuais senadores, deputados e vereadores e nem futuramente os atingirão, estão protegidos contra as perversidades da reforma da previdência, pois o texto prevê que caberá a leis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios dispor sobre as regras de transição para os diplomados anteriormente à data de promulgação desta Emenda.

Portanto, o discurso de convencimento à sociedade de que a reforma da previdência atingirá a todos indistintamente é inverídica. Inocência é achar que a tal eventual e futura lei que criará regras de transição por eles mesmos escolhidos também fixará um mínimo de 49 anos de contribuição e 65 anos de idade aos que, a exemplo do presidente da câmara dos deputados, tiverem menos de 50 anos de idade. Isso porque a regra dos 65 anos de idade não se aplica de imediato ao congressista, e será aumentada a partir do primeiro dia do terceiro exercício subsequente à data de publicação desta Emenda em um ano a cada dois anos até atingir a idade de sessenta e cinco anos.

CONCLUSÃO

A conclusão que se chega com a presente pesquisa é que a PEC N. 287 – Proposta de Reforma da Previdência Social –, tem como único fim dismantlar o regime atual de Previdência Social, causando diversas injustiças sociais, aumentando o nível de desigualdades sociais, enquanto que a tendência da globalização e em recomendação do próprio FMI (Fundo Monetário Nacional) é a de um crescimento sustentável da economia, com redução das desigualdades sociais, visando o bem-estar social, pois ainda que não se queira admitir, o trabalhador assalariado é essencial para a sustentabilidade da economia de um país. Na visão capitalista do mundo globalizado, é um mal necessário.

²⁵ GOMES, Julio Cesar Vieira. *Da Lei Eloy Chaves à Reforma da Previdência: desigualdade e privilégios*. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/17/da-lei-eloy-chaves-reforma-da-previdencia-desigualdade-e-privilegios/>>. Acesso em: 10 mai. 2017.



Em conjunto com a geração de empregos formais e a política de valorização do salário mínimo, as transferências de renda da Seguridade Social possuem papel destacado na ampliação das rendas das famílias que impulsionaram o mercado interno de consumo de massas, núcleo do recente ciclo de crescimento econômico.

A Seguridade Social foi instituída em um momento de escassez econômica de proporções muito maiores no pós 2ª Guerra Mundial como resultado da construção histórica dos chamados regimes de *Welfare State*, no entanto sua previsão constitucional sempre foi no sentido de proteger esses direitos sociais, mantendo-se a proteção do sistema social.

Na contramão de tudo esse histórico, o atual Governo visa dizimar a sistema de Previdência Social com uma proposta sem nenhuma transparência, sem qualidade de informação, quando a necessidade é trabalhar com números seguros, claros e transparentes, pois o modelo atuarial é probabilístico, portanto suscetível a variações. É uma forma clara do Governo permitir a redução das contas públicas, visando apenas os objetivos econômicos, com efeito marginal na Previdência Privada, oferecida pelos bancos, que será altamente beneficiada com a Reforma.

Não há urgência orçamentária para aprovar uma reforma desta magnitude. Trata-se de uma resposta do Governo para acalmar o mercado, que vai lucrar com a migração dos trabalhadores para a previdência privada.

Como foi disposto no terceiro capítulo, o Governo pouco tem feito para conter o déficit constantemente citado, visto que existe descaso com a cobrança da dívida ativa, com a fiscalização dos sonegadores, há constantes desconexões fiscais nas folhas de pagamento das empresas, o aumento da DRU (Desvinculação das Receitas da União), além de outros fatores mencionados.

Deve-se registrar a previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁶, em seu artigo 25: "Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle".

²⁶ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.unhcr.org/BN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.



Além disso, a OIT adotou um conjunto de Convenções, com destaque para a de nº 102 (1952), que estabelece “Normas Mínimas para a Seguridade Social”, visando a ampliar e difundir a Seguridade Social como direito universal.

Em linha com as diretrizes consagradas internacionalmente, a Seguridade Social brasileira é, ao mesmo tempo, o mais importante mecanismo de proteção social do País e poderoso instrumento do desenvolvimento.

Além de transferências monetárias para as famílias, da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social, contempla a oferta de serviços universais proporcionados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelo Sistema Único de Assistência Social (Suas) e pelo Sistema Único de Segurança Alimentar e Nutricional (Sustan).

Por tudo, conclui-se que não deve haver reforma na Previdência Social, o Brasil se encontra em depressão econômica e como demonstrado, não se deve promover uma reforma desse porte no meio à deflação.

REFERÊNCIAS

A CRISE DA PREVIDÊNCIA É UMA FARSA? Rio de Janeiro, EMERJ, 2017. Disponível em: <<http://www.emerj.tj.jus.br/paginas/eventosgravados/2017/a-crise-da-previdencia-e-uma-farsa/a-crise-da-previdencia-e-uma-farsa.html>>. Acesso em: 10 mai. 2017

BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2&ADP%24%2&ESCLA%2E+E+815%2&ENUME%2E%29+OU+%2&ADI%2EACMS%2E+ADJ+815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ans7zls>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Método, 2016.



GOMES, Julio Cesar Vieira. *Da Lei Eloy Chaves a Reforma da Previdência: desigualdade e privilégios*. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/17/da-lei-eloy-chaves-reforma-da-previdencia-desigualdade-e-privilegios/>>. Acesso em: 10 mai. 2017

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Notícia sobre o Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29526>. Acesso em: 10 mai. 2017

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Mercado de Trabalho Conjuntural Divulgação Mensal - Março de 2017*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Comentarios/pnadc_201703_comentarios.pdf> Acesso em: 10 mai. 2017

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias_carrossel/pgfn-recupera-mais-de-r-22-bilhoes-em-creditos-previdenciarios>. Acesso em: 10 mai. 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



ART. 1641, II VS. ART. 1725, CÓDIGO CIVIL: A (IN)ADEQUAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS À UNIÃO ESTÁVEL

Beatriz Portilho Florentino

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Resumo – a união estável tem se tornado instituto cada vez mais usual e, em razão do art. 226, §3º da Constituição Federal, funciona como substituto do casamento para aqueles que não desejam casar-se. Os Tribunais gradativamente procedem à equiparação das figuras da união estável e do casamento, o que acarreta tratamento jurídico unificado. Tem-se como exemplo a ampliação do regime de separação obrigatória de bens, direcionado ao casamento no art. 1641, II do Código Civil, para a união estável. O objetivo do trabalho é abordar esse regime de bens, bem como sua aplicação à união estável, no afim de demonstrar qual a interpretação da lei que melhor condiz com o ordenamento jurídico e com as regras de hermenêutica.

Palavras-chave – Direito de Família. Regime de Separação Obrigatória de Bens. União Estável.

Sumário – Introdução. 1. Análise da (in)constitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens. 2. A extensão do regime de separação legal do casamento à união estável: gradativa identidade entre os institutos. 3. Importância da hermenêutica jurídica a evitar injustiças. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica compreende tema relacionado ao regime de separação legal de bens do casamento e sua extensão à união estável. Pretende demonstrar, nesse sentido, a inadequação do entendimento jurisprudencial em vigor, de aplicação do regime de separação obrigatória à união estável.

A união estável tornou-se instituto corriqueiramente utilizado e, em razão do art. 226, §3º da Constituição Federal, funciona, na prática, como substituto do casamento para aqueles que não desejam casar-se. Embora sejam institutos afins, o casamento e a união estável apresentam diversas diferenças previstas em lei.

Os Tribunais, entretanto, têm, de forma recorrente, equiparado as duas figuras, de modo que muitos pontos relacionados ao tratamento jurídico desses institutos, antes divergentes, tenham sido unificados. Um desses casos refere-se à ampliação do regime de separação obrigatória de bens, direcionado de forma literal ao casamento no art. 1641, II do Código Civil, para a união estável.



O aludido dispositivo é criticado pela doutrina, porquanto perpetua discriminação contra o idoso, frustrando o princípio da dignidade da pessoa humana, vez que obriga os maiores de 70 anos a casarem-se com regime específico de bens, o da separação absoluta. Como há previsão expressa da aplicação de tal regime para o casamento, continua sendo usado pelo Poder Judiciário.

No entanto, faltam justificativas para empregá-lo à união estável, em verdadeira aplicação analógica de norma de direitos restritivos, vedada pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar as possíveis injustiças perpetradas pelos Tribunais, em razão desse entendimento, sobretudo, porque amplia, a situações não previstas originalmente pela lei, dispositivo legal altamente reprovado.

Nesta linha, procura o primeiro capítulo a demonstrar até que ponto o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1641, II, CC/02, se encontra ultrapassado no ordenamento jurídico, conquanto continue plenamente utilizado e, ainda, ampliado para a união estável.

Em complemento, intenta o segundo capítulo examinar os motivos pelos quais o STJ e parte da doutrina entendem que o regime da separação obrigatória de bens deve ser aplicado também à união estável e, por conseguinte, revelar que, diante desse entendimento, os institutos do casamento e da união estável têm perdido seus caracteres diferenciadores, sendo reduzida a facultatividade existente na escolha por um deles.

O terceiro capítulo destina-se a defender a impossibilidade de extensão do regime de separação legal de bens à união estável, porquanto, do contrário, além de realizar erroneamente interpretação analógica de norma restritiva de direitos, são cometidas evitáveis injustiças, a serem demonstradas pelo exame de julgados.

Para enfrentar as aludidas questões, a pesquisa será desenvolvida em conformidade com o método hipotético-dedutivo, porquanto, a partir das dificuldades trazidas pelo problema escopo do trabalho, o pesquisador elabora hipóteses e as utiliza para deduzir consequências, comprovando-as ou rejeitando-as argumentativamente.

O objeto do presente artigo também será abordado de forma qualitativa, visto que se pretende, por meio da qualificação dos dados sociais e jurídicos, amplos e complexos apresentados, interpretar o fenômeno a que se propõe expor, tendo como base a bibliografia doutrinária e legal, bem como as posições jurisprudenciais pertinentes ao tema.

Por derradeiro, a pesquisa usa o método descritivo e explicativo, a fim de descrever os fatos da realidade apresentada e os entendimentos em vigor sobre a temática, assim como



identificar os fatos que contribuem para a ocorrência desses fatos e entendimentos, aprofundando o conhecimento acerca dessa realidade.

1. ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Em regra, quando duas pessoas decidem se casar, a lei lhes oferece a possibilidade de optar por uma das espécies de regime de bens, seja por pacto antenupcial ou por contrato de convivência. Assim, diante de eventual partilha de bens, não será possível ao direito sucessório obrigar o casal a dividir o patrimônio de forma diversa da eleita naquele momento anterior¹.

Todavia, a exceção à escolha livre dos nubentes fica por conta do regime de separação obrigatória de bens, o qual consiste em verdadeira imposição legal aos nubentes que preencherem determinadas características previstas no art. 1641² do Código Civil.

O presente artigo se aprofunda no estudo do inciso II do aludido dispositivo, de modo que pretende destacar a ausência de razoabilidade de sua permanência no ordenamento jurídico, bem como a ampliação de seus efeitos para a união estável.

Para tanto, a crítica inicial, objeto deste primeiro capítulo, cinge-se à inconstitucionalidade do artigo em questão, tendo em vista a discriminação à pessoa do idoso. Isso porque limita que os nubentes maiores de setenta anos de idade opinem acerca do regime de bens, importante ponto a ser decidido no momento do casamento, haja vista os diversos efeitos patrimoniais que acarreta em sede sucessória.

A Constituição Federal de 1988 vedou, em seu art. 3º, inciso IV³, qualquer forma de discriminação advinda de cor, sexo ou idade, em homenagem aos fundamentos do Estado democrático de Direito, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Igualmente, assegurou

¹ DIAS, Maria Berenice. *Casar ou não casar?* Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/artigos.php>. Acesso em: 09 out. 2016.

² BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110/406.htm>. Acesso em: 05 set. 2016. Art. 1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

maior proteção às pessoas idosas, com destaque, no art. 230⁴, à garantia de sua dignidade e seu bem-estar.

Deste modo, à luz da Constituição Federal (CRFB/88), a idade meramente cronológica não deveria servir, isoladamente, como justificativa para impedir a liberdade e a autonomia da pessoa. Até porque o tempo por si só não tem potencial de retirar do indivíduo suas aptidões e sua capacidade intelectual⁵, o que deve ser ressaltado, sobretudo, em razão da cada vez mais elevada expectativa de vida do brasileiro.

O Código Civil, preocupado tão somente com os interesses patrimoniais dos herdeiros do nubente, ampara-se, nesse ponto, em uma visão estritamente patrimonialista e sem conferir importância aos aspectos existenciais que circundam o mesmo casamento⁶. Usa, portanto, a idade como pretexto para presumir a senilidade e a conseqüente incapacidade do septuagenário, conquanto o afastamento da capacidade de fato deva ocorrer, no ordenamento jurídico, após o devido processo de curatela.

O Código Civil, além de frustrar o princípio da igualdade e isonomia, haja vista a discriminação em razão da idade, incorre em verdadeira violação ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88⁷). Isso porque este princípio, tão caro ao Estado democrático de Direito, entre outros significados, percebe as pessoas como seres capazes de se autodeterminar e “promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”⁸.

Tal perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana até pode ser relativizada, porém, somente quando, de fato, as faculdades mentais do idoso – ou de qualquer pessoa – merecerem a intervenção de outrem, a fim de garantir-lhe efetivamente proteção. A restrição que, neste caso, se impõe ao eventual curatelado traduz-se como direta e objetiva, e não como limitação mascarada pela lei⁹, a exemplo do que ocorre no art. 1641, II¹⁰.

Ademais, é incongruente a posição tomada pelo legislador, uma vez que, embora determine estritamente o regime de bens do casamento àqueles que o contraem quando maiores de sessenta anos, não prova que um cônjuge doe bens para o outro, ainda que sejam regidos pelo

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.

⁶ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TRPEDIÑO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 266.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁹ MADALENO, op. cit., p. 65.

¹⁰ Vide nota 02.



regime obrigatório da separação de bens¹¹. No entanto, tal proibição coube ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹².

O art. 1641 do Código Civil¹³ não impõe o regime de separação legal apenas na hipótese aqui tratada, também o faz para as pessoas que contraírem casamento sem observar as causas suspensivas de celebração (inciso I), assim como para as que dependerem de suprimimento judicial para casar (inciso III).

Entretanto, estes incisos preveem casos eminentemente distintos da limitação aos idosos, uma vez que, neles, pode o juiz excluir a restrição legal. Na hipótese retratada pelo inciso III, basta a declaração afirmativa e permissiva do juiz para que se realize o casamento. Já, no tocante ao inciso I, o art. 1523, parágrafo único, do Código Civil¹⁴ permite que os nubentes provejam certos requisitos no afã de serem liberados do regime de separação legal de bens.

O inciso II, contudo, objeto do presente ensaio, traduz imposição de incomunicabilidade absoluta, isto é, inexiste previsão que amenize o rigor da lei. Destarte, tal imperativo é tido por Maria Berenice Dias como uma falsa norma protetiva, que, com efeito, traduz verdadeira sanção, apenamento de ordem patrimonial¹⁵.

Em vista disso, inegável que a aplicação plena do art. 1641, II¹⁶ implica a ausência de leitura do dispositivo à luz da constitucionalização do Direito Civil. Por essa razão, os Tribunais, mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, permaneceram usando a Súmula 377¹⁷ do Supremo Tribunal Federal (STF), elaborada em 1964, que houvera sido baseada nos princípios da solidariedade social e da vedação ao enriquecimento sem causa¹⁸.

O aludido enunciado do STF prevê, em regime de separação obrigatória de bens, a comunhão dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, desde que provado o esforço comum.

¹¹ MADALENO, *op. cit.*, p. 64.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 402.697. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+402.697&aplicacao=processos.es&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkenumer=DESC&chhmento=MORTO>>. Acesso em: 09 out. 2016.

¹³ Vide nota 02.

¹⁴ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 327-328.

¹⁶ Vide nota 02.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 377. No regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portalfunistradencia/menu/SomarioSomulas.asp?somula=4022>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

¹⁸ TEPEDINO apud ALMEIDA, Felipe Cunha de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de sessenta anos. *Revista de Faculdade de Direito de UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 33, p. 227-259, set. 2015.



Deste modo, o regime de separação legal de bens, ao mesmo tempo em que se distancia da comunhão patrimonial, aproxima-se desta. Por um lado, os bens adquiridos onerosamente durante o casamento podem ser objeto de partilha pelo cônjuge se comprovado esforço comum de ambos para sua aquisição. De outro, enquanto se exige a prova do esforço comum no regime de separação legal, na comunhão parcial de bens, é suficiente a mera convivência dos cônjuges.

Diferentemente do que ocorre com a limitação ao casamento dos septuagenários, não há, no tocante à união estável, regra similar. Em contrapartida, a união estável possui previsão própria sobre seu regime de bens, que, na falta de contrato de convivência, deve ser o de comunhão parcial, consoante o disposto no art. 1.725¹⁹ do Código Civil²⁰. Como a supracitada limitação não existe na união estável, não cabe interpretação analógica para restringir direitos.

Ainda assim, a jurisprudência firmou-se no sentido da aplicação do regime de separação obrigatória aos idosos que estabelecem união estável. Igualmente ao que ocorre ao casamento, o entendimento é temperado pela incidência da Súmula 377 do STF, de modo que, ainda que com regime de separação obrigatória, é possível haver direito à meação do companheiro, desde que provado o esforço comum.

Embora seja um temperamento ao regime de separação obrigatória de bens, a aplicação da súmula não pode ser vista como vantagem quando a circunstância fática retratar hipótese de união estável. Isso porque se a literalidade da lei houvesse sido seguida, a prova do esforço comum seria dispensada, já que o regime de comunhão parcial foi determinado pela lei especialmente à união estável.

2. A EXTENSÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DO CASAMENTO À UNIÃO ESTÁVEL: GRADATIVA IDENTIDADE ENTRE OS INSTITUTOS

Ainda que o art. 1.725 do Código Civil²¹ expressamente determine o regime de comunhão parcial aos companheiros, sem restrições à idade, a jurisprudência defende a obrigatoriedade da separação quando sejam eles maiores de setenta anos. Alguns autores

¹⁹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017. Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

²⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

²¹ Vide nota 20.



também sustentam essa posição, embora sejam minoritários na doutrina. Incumbe, portanto, conhecer as razões sobre as quais está alicerçado o aludido entendimento e, conseqüentemente, elucidar por que devem ser refutadas.

Álvaro Villaça Azevedo²², por exemplo, alinha-se à visão patrimonialista do Código Civil e não vislumbra, nesse tema, diferença entre o casamento e a união estável. Para ele, em ambas uniões, após o implemento dos setenta anos, muitos direitos já se consolidaram na família dos cônjuges ou dos conviventes, devendo ser respeitados.

Como já destacado no presente trabalho, o STJ também se posiciona nesse sentido. No Recurso Especial 646.259²³, o relator, ministro Luis Felipe Salomão, afirma que devem ser aplicadas aos companheiros as mesmas limitações previstas para o casamento, sob pena de tornar mais favorável, diante do silêncio da legislação, contrair união estável do que casamento.

Para o ministro, não seria possível conceber que o arcabouço legislativo teria conferido mais direitos aos conviventes em união estável do que aos cônjuges, quando, na verdade, a união estável encontra-se em patamar inferior ao casamento. A Constituição Federal propõe que a união estável se convule em casamento, mas não há previsão sobre o inverso, ou seja, existiria uma hierarquia constitucionalmente sufragada, que estaria em risco se não houvesse ampliação da norma de separação obrigatória de bens aos companheiros.

O voto do ministro Luis Felipe Salomão menciona outro acerto, cujo *decisum* tinha mesmo objeto, o Recurso Especial 1.090.722²⁴. Neste, o relator, o ministro Massami Uyeda, considera a não-extensão do regime da separação obrigatória de bens à união estável destoante ao casamento. Entender desta forma discreparia da finalidade arazada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário.

O STJ, portanto, tende a considerar que se a norma que impõe a separação legal de bens aos septuagenários não se equiparasse à união estável, os conviventes, que nestas condições contraíam união estável, estariam agindo em verdadeira burla ao casamento. Esquece-se o Tribunal, porém, do "significado que melhor contempla os princípios

²² AZEVEDO apud ALMEIDA, Felipe Costa de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. *Revista de Faculdade de Direito de UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 33, p. 227-259, set. 2015.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 646.259. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+646.259&aplicacao=processos.esd&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chOrdem=DESC&chMostru=MORTO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.090.722. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1.090.722&aplicacao=processos.esd&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chOrdem=DESC&chMostru=MORTO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.



constitucionais aplicáveis à família, notadamente o da igualdade das entidades e o da liberdade conferidas às pessoas para constituição de suas famílias²⁵.

Consoante os ensinamentos de Paulo Lôbo²⁶, a norma constitucional que permite a conversão da união estável em casamento não consiste em um mero ritual de passagem de um instituto ao outro, mas em especificação do princípio da liberdade de constituição da família. Nessa linha, as pessoas são livres para optar por qual instituto familiar mais se adequa a sua necessidade ou desejo. Cuida-se de faculdade ou poder potestativo a opção entre manter a união estável ou convertê-la em casamento²⁷.

Deve-se ter em mente que, independentemente da família constituída, o tratamento será isonômico a qualquer entidade familiar. Por conseguinte, segundo a melhor interpretação constitucional, não se afigura correto colocar as entidades familiares em diferentes patamares hierárquicos. Os companheiros podem manter uma união estável até o fim de suas vidas, sem jamais a convolverem em casamento, o que corrobora a tese de que a união estável é independente, não se subordina hierarquicamente ao casamento, cabendo às pessoas a faculdade de decidir-se entre uma ou outra instituição.

Pode-se afirmar, portanto, que a posição tida como majoritária – da qual discorda este artigo – reconhece que, mesmo com a inequívoca ausência de previsão legal acerca do regime de separação legal de bens à união estável, equipara-se o tratamento desta àquele previsto especificamente para o casamento. Percebe-se, assim, um evidente movimento de uniformização dos dois institutos.

Ante as circunstâncias apresentadas, surge importante questão: por que existe ainda uma pretensa facultatividade na escolha entre tais entidades familiares?

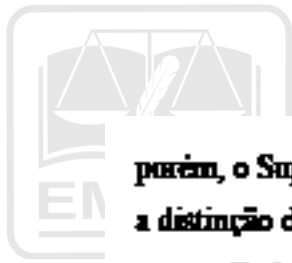
Se as normas concernentes ao casamento são sempre aplicáveis à união estável, esses institutos tornam-se cada vez mais semelhantes, perdendo, na mesma proporção, seus caracteres diferenciadores. Embora ainda sejam diferentes no tocantes às formalidades para criação e extinção, se em todos os efeitos forem iguais, a união estável deixa de existir e cessa a liberdade dos indivíduos de escolherem entre um e outro.

Destaque-se que essa discussão se faz bastante importante, não apenas no que tange à opção pelo regime de bens, mas principalmente sobre a questão sucessória. Os direitos sucessórios previstos na lei muito se distinguem em relação ao casamento e à união estável,

²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 182.

²⁶ *Ibid.*, p. 182-183.

²⁷ *Ibid.*, p. 67.



porém, o Supremo Tribunal Federal os tornou equiparados²⁸, dotando de inconstitucionalidade a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Todavia, não se mostra razoável tornar idênticos os institutos em tela, haja vista o zelo da Constituição Federal pelo princípio da liberdade de escolha, que se revela quando o constituinte oferece às pessoas tanto a opção pelo casamento quanto pela união estável. A própria Constituição Federal, como buscou tornar mais fácil a conversão da união estável em casamento, evidenciou o pressuposto de que existem diferenças entre eles.

Diante da norma constitucional, não há outra interpretação possível que aquela que privilegie a autonomia da vontade entre casar ou constituir união estável. Aquele que deseja casar submete-se às regras previstas para o casamento, que são as mais diversas, até porque consiste em instituto extremamente formalizado. Já quem quiser constituir união estável, sujeita-se às normas para ela previstas.

Aquele que se vê em uma união estável optou por ela justamente pela ausência de formalidades exigidas, bem como aceitou o regime de comunhão parcial do art. 1725²⁹. Logo, as normas restritivas do casamento, como a que impõe o regime de separação obrigatória aos septuagenários, devem ter aplicação limitada àqueles que intentam efetivamente a figura do casamento.

Interpretação diversa frustra não apenas o princípio da liberdade de constituição da família e a autonomia da vontade, mas, sobretudo, o princípio da igualdade e do respeito à diferença entre as instituições familiares. A isonomia entre as entidades familiares decorre do caput do art. 226 da Constituição Federal³⁰, que tutela qualquer tipo de família, sem restrições.

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva³¹, para atingir-se a verdadeira igualdade, situações desiguais devem ser tratadas distintamente, na medida de suas desigualdades, de modo que o casamento e a união estável podem tratamentos diferentes, que façam jus às suas peculiaridades.

De fato, não poderia ser outro o entendimento, visto que o idêntico tratamento conferido a ambos institutos leva à existência de figura única, tornando desnecessária a permanência da união estável no ordenamento jurídico.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RR n. 878.694. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

²⁹ Vide nota 20.

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

³¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *União estável e casamento: entidades familiares que devem ser tratadas equiparadas em afilios sucessórias?* Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/uniao-estavel-e-casamento-entidades-familiares-que-devem-ser-totalmente-equiparadas-em-afilios-sucessorios/>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

Nesta perspectiva, Maria Berenice Dias³² corrobora a posição supramencionada, já que aponta que a lei resolveu tratar de forma desigual situações de vida idênticas, o que culminou na possibilidade de escolher, lastreada na liberdade e na autonomia da vontade. Ora, se, às pessoas cabe a escolha, “mister que a vontade manifestada pelo par seja respeitada”³³.

Em suma, mostra-se importante perpetuar as diferenças entre os institutos do casamento e da união estável. Impede-se, assim, que seja extirpada do ordenamento jurídico a facultatividade entre eles, ao mesmo tempo em que se possibilita a manutenção do tão relevante direito de escolher.

3. IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA A EVITAR INJUSTIÇAS

Além de todos os fundamentos já expostos no presente artigo, a impossibilidade de interpretação extensiva ou analógica sobre norma restritiva consiste no maior impedimento à extensão do regime de separação legal de bens aos conviventes maiores de setenta anos.

Tem-se que a norma que institui restrição ao casamento apresenta-se como exceção no ordenamento jurídico, já que o casamento consiste em faculdade natural reconhecida às pessoas. Por conseguinte, conforme as regras de hermenêutica jurídica, não se pode dar interpretação ampliativa a norma restritiva. Da mesma forma, a norma restritiva não comporta o uso da analogia para abranger hipóteses não previstas originalmente pela lei.

Explicam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁴ que as limitações à escolha do regime de bens no casamento, como especificamente previstas a este instituto, não se aplicam à união estável. Em se tratando “de norma restritiva de direitos, a interpretação da lei há de ser, necessariamente, restritiva”³⁵.

Portanto, se o art. 1641, II do Código Civil³⁶ já se encontra desatualizado para a própria finalidade pretendida, relativa ao casamento, com mais razão deve ser afastada sua aplicação à união estável.

³² Vide nota 01.

³³ *Ibid.*

³⁴ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: família*. 7. ed. rev. ampl. e atual. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Vide nota 02.



Não se deve perpetuar a aplicação de dispositivos discriminatórios e, por conseguinte, inconstitucionais. Tal constatação vale para qualquer ramo do Direito, mas é especialmente importante para o Direito de Família, que tende a fazer prevalecer o princípio da igualdade — entre filhos, entre pais, entre famílias etc. —, o que deveria se estender também ao tratamento dos maiores de setenta anos, ainda aptos a realizar escolhas.

Ainda, o afastamento do dispositivo se impõe, principalmente, diante do sacrifício hermenêutico necessário para que seja aplicado, visto que a hermenêutica jurídica exatamente se põe contra a extensão de normas restritivas de direitos.

Assim sendo, ausente providência do Poder Legislativo no sentido de revogar o art. 1641, II do Código Civil³⁷, caberia ao Poder Judiciário garantir a proteção dos vulneráveis, que são justamente os atingidos pela regra em questão. No entanto, não é o que se vê na prática, em que os Tribunais não apenas aplicam a aludida norma, mas também a estendem para casos entendidos como análogos.

Inevitáveis, portanto, as injustiças decorrentes da entônica interpretação da lei. Com mera finalidade exemplificativa, citam-se os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.171.820³⁸, que decidiram divergência de entendimento entre a Terceira e a Quarta Turmas no tocante à aplicação da Súmula 377 do STF.

No acórdão do Recurso Especial que originou os embargos, a Terceira Turma entendeu que o regime de separação legal de bens da união estável se equiparava a um regime de comunhão parcial, visto que os bens adquiridos onerosamente na constância da união se comunicariam, sendo presumido o esforço comum.

O embargante alegou a divergência, tendo em vista diversas decisões da Quarta Turma que, contrariamente, exigiam a prova do efetivo esforço comum. No julgamento, a Corte entendeu assistir-lhe razão, de forma que seria necessária a comprovação do esforço comum, para que, na partilha de união estável contraiada por sexagenários (à época, vigorava o Código Civil de 1916), houvesse a comunicação dos bens. Desse modo, negou à companheira de doze anos meação nos bens do convivente falecido.

Com essa posição jurisprudencial, o STJ parece partir da regra de que toda união contraiada após determinada idade tem como base o interesse econômico de um companheiro em relação ao outro. Contudo, não pode essa situação ser tida como a regra, tanto o casamento

³⁷ *Ibid.*

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RRSP n. 1.171.820. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processos/pesquisa/?termo=RRSP+1.171.820&aplicacao=processos_esd&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chickIndex=DESC&chickMorte=MORTO>. Acesso em: 02 abr. 2017.



quanto a união estável estão sujeitos a acontecer com indivíduos na terceira idade e, ainda assim, nascem majoritariamente do afeto e do carinho.

No caso em tela, o casal passou doze anos convivendo juntos. O tempo por si só não seria demonstração inequívoca do esforço comum na aquisição de patrimônio? Muitas vezes, o companheiro ou o cônjuge não contribui financeiramente para a compra de um bem, sem que isso signifique ausência de esforço comum.

O próprio relator, ao mencionar Arnaldo Rizzardo em seu voto, corrobora a ideia de que a colaboração em adquirir patrimônio ultrapassa a contribuição meramente econômica. Nas suas exatas palavras, diz que “para caracterizar a sociedade na constituição do capital, importa a participação do cônjuge na atividade de qualquer tipo, mesmo na restrita às lides domésticas”.

Ora, se atividades domésticas constituem esforço comum, apto a fazer com que se comuniquem os bens em união contraiada sob regime de separação obrigatória, apenas situações excepcionalíssimas impediriam a comunicação dos bens. A princípio, a própria convivência que constitui união estável pode fazer prova do esforço comum na formação do patrimônio de um dos cônjuges. É evidente que há, aqui, presunção relativa, logo, aos interessados caberia demonstrar a ausência desse esforço mútuo.

Embora essa seja a interpretação literal passível de extração do aludido *decisum*, teme-se que não será este o fundamento das decisões dos tribunais pelo país. Tendo em vista que o esforço comum pode ser extremamente subjetivo – até porque as pessoas não procuram produzir provas, no momento em que estão realizando atividades cotidianas, que eventualmente serão úteis no futuro –, a sua valoração ficará a cargo dos magistrados, dando ensejo a decisões completamente diferentes.

Se a hipótese tratasse de partilha de bens decorrentes do casamento realizado sob regime de separação legal de bens, o entendimento exposto, apesar de ultrapassado, estaria em conformidade com a disposição da lei. Entretanto, silencia a lei sobre qualquer restrição à união estável em virtude da idade dos conviventes, logo, há interpretação extensiva sobre norma restritiva, que prejudica gravemente a companheira.

O STJ segue, porém, ampliando a aplicabilidade do art. 1641, II do Código Civil³⁹ e, assim, infringindo diretamente as regras da hermenêutica jurídica, que, contraditoriamente, deveriam servir para ditar o modo de interpretação e aplicação das leis. A Corte atua, ainda, em

³⁹ Vide nota 02.



dissonância com a doutrina majoritária⁴⁰, inclusive, em relação a subjets especializados no Direito de Família.

CONCLUSÃO

O regime de separação obrigatória de bens consiste em imposição legal aos nubentes que se encontram nas circunstâncias do art. 1641 do Código Civil. O inciso II do aludido dispositivo se destaca pela ausência de razoabilidade que baseia a sua permanência no ordenamento jurídico. São diversas as vozes da doutrina que atentam para a inconstitucionalidade da norma, haja vista a discriminação à pessoa do idoso, a quem a Constituição Federal garante proteção à dignidade e ao bem-estar.

Dotou-se o mandamento contido no inciso II de tamanha rigidez que, enquanto os demais incisos podem ter a restrição legal do regime de bens excluída judicialmente, aos maiores de setenta anos não há situação fática que amenize a previsão legal. Dentre outras razões, daí se extrai a ideia de que o dispositivo tratado constitui verdadeira sanção patrimonial, ainda que mascarada de proteção aos que se casam com idade avançada.

Em que pese a doutrina majoritária criticar o teor do art. 1641, bem como seus fundamentos, ele não deixou de ser aplicado. Mais que isso, os tribunais adotam-no, em analogia, para a união estável contraída por pessoas maiores de setenta anos, muito embora o art. 1725 do Código Civil determine, ausente pacto de convivência, o regime de comunhão parcial de bens aos companheiros.

Nesta linha, diversas são as decisões do STJ no sentido de que se submetem os companheiros às mesmas limitações previstas para o casamento, sob pena de tornar mais favorável, diante do silêncio da legislação, contrair união estável do que casamento.

Entretanto, essa ordem de raciocínio parece ignorar que os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade, além de genericamente aplicados no Direito, são diretamente usados no Direito de Família. Em razão desses princípios, possibilita-se a existência de

⁴⁰ Podem ser citados doutrinadores como: DIAS, *op. cit.*, p. 128; LÓBO, *op. cit.*, p. 183; OLIVEIRA *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 479; CAHALI *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 479; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 326, entre outros.



diferentes tipos de entidades familiares, assim como se permite optar por casar ou contrair união estável.

Uma vez que a Constituição Federal zela pela liberdade de escolha, na medida em que oferece ambos institutos, o casamento e a união estável, não se mostra coerente pensar que pretendeu tornar idênticas tais figuras. Afinal, a Carta Magna previu a união estável como entidade familiar autônoma e independente, sem subordinação hierárquica ao casamento, isto é, ainda que seja possível sua convalidação em casamento, os companheiros podem manter uma união estável até o fim de suas vidas, sem jamais a converterem.

Destarte, ante a autonomia da vontade entre casar ou constituir união estável, cabe às pessoas a faculdade de decidir entre uma ou outra instituição. Aquela que deseja casar submete-se às regras previstas para o casamento enquanto quem quiser constituir união estável, sujeita-se às normas para ela previstas. Por conseguinte, as normas restritivas do casamento, o que inclui o regime de separação obrigatória de bens, devem ter aplicação limitada àqueles que intentam efetivamente a figura do casamento.

Ademais, trata-se o art. 1641 de norma restritiva de direitos. Considerada exceção no ordenamento jurídico, já que o casamento consiste em faculdade natural reconhecida às pessoas, deve ser interpretada também restritivamente. Isso significa dizer que normas restritivas não comportam o uso da analogia para abranger hipóteses não previstas originalmente pela lei.

Deste modo, não há que usar o dispositivo supracitado para a união estável de septuagenários, a qual, segundo art. 1725, deve seguir o regime da comunhão parcial de bens. A extensão do art. 1641, relativo ao casamento, à união estável caracteriza verdadeiro sacrifício hermenêutico, realizado pelos tribunais no afã de justificar o patrimonialismo e a proteção dos herdeiros, fins visados pelo Código Civil.

Inevitáveis, portanto, as injustiças decorrentes da errônea interpretação da lei.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 33, p. 227-259, set. 2015.

AZEVEDO apud ALMEIDA, Felipe Cunha de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 33, p. 227-259, set. 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 402.697. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+402.697&aplicacao=processos.es&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 646.259. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+646.259&aplicacao=processos.es&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.090.722. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1.090.722&aplicacao=processos.es&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ERESP n. 1.171.820. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=ERESP+1.171.820&aplicacao=processos.es&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 377. No regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 02 mai. 2017.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 878.694. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

CAHALI apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. e atual. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Benenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Casor ou não casar?* Disponível em: <www.mariabenenice.com.br/artigos.php>. Acesso em: 09 out. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. e atual. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. e atual. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *União estável e casamento: entidades familiares que devem ser tratadas equiparadas em efeitos sucessórios?* Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/uniao-estavel-e-casamento-entidades-familiares-que-devem-ser-totalmente-equiparadas-em-efeitos-sucessorios/>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

TEPEDINO apud ALMEIDA, Felipe Cunha de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Rio Grande do Sul*, n. 33, p. 227-259, set. 2015.



A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Bianca Reis Githay da Silva

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – em que pese a competência do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida estar prevista no rol constitucional dos direitos e garantias fundamentais, a realidade prática do direito demonstra que, muitas vezes, esta regra é prejudicial ao indivíduo acusado. Isso ocorre, sobretudo, nas hipóteses de crimes que adquirem grande repercussão midiática, haja vista que os veículos de comunicação voltados para as massas têm se mostrado capazes de manipular a formação da íntima convicção dos jurados. Nesses casos, o viés de regra de competência acaba sobrepondo-se ao viés de garantia constitucional do Tribunal do Júri. A partir disso, surge a necessidade de ser feita uma releitura desse instituto, à luz da CRFB/88, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Renúncia.

Síntese – Introdução. 1. O significado da constitucionalização do tribunal do júri no Brasil. 2. O poder ameaçador da mídia sobre as garantias fundamentais dos acusados da prática de crimes dolosos contra a vida. 3. A opção entre o júri popular e o juiz togado como instrumento de concretização dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a possibilidade de o réu acusado do cometimento de crime doloso contra a vida afastar, voluntariamente, a aplicação da norma constitucional que prevê a competência jurisdicional do Tribunal do Júri, quando verificar que a ampla repercussão dos fatos que lhe são imputados pode prejudicar sua defesa e comprometer o resultado do julgamento.

Busca-se discutir a viabilidade de tornar a regra de competência que atribui ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida uma norma disponível ao réu. Um dos principais fatores que influenciam o desenvolvimento dessa ideia é a constatação de que o júri popular costuma ser tendencioso e, por isso, tem se tornado um obstáculo à efetivação de garantias constitucionais.

De fato, com o avanço tecnológico dos meios de comunicação social, o alcance da mídia cresceu exponencialmente e esta passou a influenciar cada vez mais o modo de agir e pensar dos homens. Os contornos da sociedade, os costumes, a economia e a política atuais

são determinados, em muito, pela forma como notícias são transmitidas e percebidas pelas pessoas.

Essa dinâmica produz diversos reflexos no mundo jurídico, sendo alguns dos mais graves – pois afetam diretamente o direito individual à liberdade – sentidos na esfera penal. Como se nota pelo inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o Constituinte brasileiro reservou, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida ao júri popular. Na mesma oportunidade, foi assegurada, expressamente, aos acusados, a plenitude de defesa.

Não obstante, diante da inefectível influência midiática que é marca do séc. XXI, é inevitável que a equidade do julgamento dos crimes dolosos contra a vida que atingem alto nível de repercussão nacional reste comprometida. Não há como dissociar o homem que está investido na função de jurado do homem que, em sua vida privada, consome notícias, assiste à televisão, acessa a internet e lê jornais.

A partir disso, torna-se evidente que, na contemporaneidade, muitas condenações criminais esvaziadas pelo júri popular são produto do domínio exercido pelos meios de comunicação em massa sobre os indivíduos então jurados. De outra perspectiva, isso significa que muitas das decisões tomadas pelo Conselho de Sentença, no âmbito do Tribunal do Júri, são indiretamente pré-determinadas pelos veículos midiáticos.

Diante dessa suscetibilidade do processo de formação do convencimento humano a sofrer influências externas, surgem questionamentos, na esfera jurídico-criminal, acerca do interesse dos réus acusados da prática de crimes dolosos contra a vida em serem julgados pelo júri popular e, ainda, sobre a (in)disponibilidade da competência jurisdicional do Tribunal do Júri.

Neste contexto, enfrenta-se, no primeiro capítulo deste trabalho, o questionamento sobre se a regra de competência do Tribunal do Júri constitui um direito-garantia ou uma garantia institucional e, mais, se se trata de uma garantia constitucionalmente assegurada em prol do acusado ou da sociedade. Pretende-se demonstrar que, em um Estado Democrático de Direito, essa competência constitucional deve servir à proteção concreta dos direitos fundamentais do indivíduo enquanto pessoa humana e não, abstratamente, à sociedade.

Uma vez tratada essa problemática inicial, o segundo capítulo cuida do modo como a mídia e os meios de comunicação social podem influenciar o resultado dos julgamentos realizados pelo júri popular. Esse aspecto é primordial para a verificação do poder que essa ingerência externa tem de fragilizar os direitos e garantias processuais penais do acusado do cometimento de crime doloso contra a vida.



Por fim, o terceiro capítulo se reserva a analisar, a partir de uma perspectiva crítica do Tribunal do Júri, a possibilidade de o réu dispor sobre o direito a ser julgado por seus pares, como estratégia de defesa, quando acreditar que essa renúncia poderá lhe ser benéfica. Sustenta-se a viabilidade dessa opção, que vem sendo admitida no ordenamento jurídico de países estrangeiros.

Dessa forma, propõe-se, no presente trabalho, uma leitura do art. 5º, XXXVIII da CRFB/88 que enfatize sua acepção como direito-garantia individual, afastando-se da noção de garantia institucional em prol da sociedade ou de regra de competência absoluta. Busca-se, assim, tornar viável falar-se em 'renúncia' ao direito de ser submetido a júri popular, como uma manifestação do próprio direito de defesa.

É inequívoco que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, pois quanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

No Estado Democrático de Direito, a Constituição possui o papel não só de institucionalizar o governo estatal, como também de estabelecer os direitos fundamentais à vivência digna dos homens e as garantias necessárias à efetivação dos mesmos. Nesse contexto, os mecanismos responsáveis por tornar uma Constituição rígida funcionam, portanto, como limites ao exercício do poder político, voltados à preservação dos direitos e garantias fundamentais, independente das conjunturas políticas.



A legitimidade dessas restrições decorre da vontade do próprio povo, manifestada por meio do Poder Constituinte Originário¹. Em outros termos, os limites formais e materiais impostos ao Poder Reformador são expressão de um pré-compromisso por via do qual o poder político institui auto-limitações, que se projetarão para o futuro, de modo a possibilitar a contenção dos abusos da maioria, sempre que estas representarem perigo à Democracia.

A ideia subjacente a esta lógica é a de que a Democracia não se esgota na afirmação da vontade majoritária, uma vez que pressupõe o respeito aos direitos fundamentais de todos, incluindo os das minorias. É com base nisso que se afirma que a promulgação de uma Constituição democrática marca o momento de conversão da soberania popular na supremacia constitucional².

O contexto até então exposto explica a importância de se definir qual a posição que a previsão constitucional da competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (contida no art. 5º, XXXVIII, “d” da CRFB/88³) ocupa na ordem jurídica brasileira.

Se esse preceito for entendido como um comando imperativo de regra absoluta, todos os acusados do cometimento de tais delitos deverão, necessariamente, ser submetidos ao júri popular. De outro lado, caso se entenda tratar-se de uma garantia individual, esses réus poderão dispor sobre a aplicação, ou não, da norma a seu favor, independentemente de quaisquer pressões externas ou eventuais clamores públicos.

Em termos topográficos, é indiscutível que essa previsão está inscrita no rol dos “direitos e deveres individuais e coletivos”, que compõem o Capítulo I do Título II da CRFB/88, alcunhado “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Neste ponto, vale introduzir, brevemente, a distinção que parte da doutrina faz entre os “direitos-garantia” e as “garantias institucionais”. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁴, os direitos-garantia possuem função dúplice, pois compreendem o que se entende por “garantias fundamentais” e, ainda, possuem um viés de direito subjetivo. Assim, eles exercem papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, pois servem como meio de se assegurar a efetivação destes, e fundamentam posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas.

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 297.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 300.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3.htm>. Acesso em: 10 out 2016.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 178-184.



De outro lado, as garantias institucionais podem ser definidas como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”³. Em princípio, essa “espécie” de garantia não gera, para os indivíduos, direitos subjetivos autônomos.

Não obstante a importância de tal dogmática, sugere-se que essa distinção não seja lida de maneira absoluta e estanque, pois há garantias institucionais que também se relacionam diretamente à garantia de direitos fundamentais. Nesse diapasão, Sarlet⁴ parte da exemplificação da liberdade de imprensa para demonstrar essa realidade, haja vista que por meio dela protege-se tanto a instituição da imprensa livre, quanto se alicerça o direito individual subjetivo para resguardar a fruição dessa liberdade fundamental.

Reconhece-se, assim, que existem garantias institucionais que, de fato, possuem caráter puramente jurídico-objetivo, mas também há aquelas cuja natureza permite que se harmonizem, no mesmo preceito constitucional, com direitos subjetivos voltados a assegurar uma liberdade individual.

No que concerne ao Tribunal do Júri, alguns sustentam que o julgamento pelos pares é uma garantia individual, da qual emana um direito fundamental processual⁵. Nessa linha, e partindo da distinção supramencionada, a norma constitucional que institui e prevê competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em princípio, teria natureza de “direito-garantia”.

A doutrina mais tradicional, por sua vez, costuma identificar o art. 5º, XXXVIII da CRFB/88 como uma garantia de perfil institucional⁶. Nesse ínterim, caberia questionar se este preceito comportaria, ou não, um direito subjetivo (a ser submetido ao Tribunal do Júri), semelhante ao que ocorre no citado exemplo da liberdade de imprensa. Nesse sentido⁷:

No que concerne à possibilidade das garantias institucionais típicas de gerarem direito subjetivo individual autônomo, poderia contrariar-se, por exemplo, em torno da garantia da instituição do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII da CF). Se o cidadão pode exigir o julgamento pelo Tribunal do Júri nos delitos previstos na Constituição (crimes dolosos contra a vida) e qualquer exclusão destes pela lei traz consigo a carga da inconstitucionalidade, poder-se-ia cogitar de um direito subjetivo do

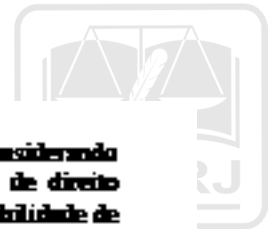
³ BONAVIDES apud SARLET, *op. cit.*, p. 180.

⁴ *Ibid.* p. 178-184.

⁵ ARAS, Vladimir. *Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro*. *Costas legis Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Rio de Janeiro, v. 2, 2010. Disponível em: <<https://revistacostalesgis.wordpress.com/2016/04/28/renuncia-ao-julgamento-pelo-juri-no-processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em 10 out 2016.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; CORLHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 683.

⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 182.



cidadão de optar em ser, ou não, julgado pelo Júri? (...) Apesar em se considerando a garantia do Júri como autêntico direito fundamental (na qualidade de direito subjetivo típico), e não garantia institucional, poder-se-ia cogitar da possibilidade de um direito a não ser julgado pelo Júri, além de uma garantia de ser julgado por seus pares se assim quiser o cidadão.

A redação constitucional, realmente, sugere a presença de um caráter institucional na previsão do art. 5º, XXXVIII, cujo *caput* diz que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei [...]”. Não obstante, parece que, à luz da instrumentalidade constitucional do processo penal democrático¹⁰, desse preceito deve ser extraído um direito individual subjetivo, ou melhor, uma norma que garanta ao acusado a plena satisfação dos demais direitos fundamentais.

Note-se que, independente da definição que se dê ao preceito inscrito no art. 5º, XXXVIII da CRFB/88, isto é, independente de considerar-se um direito-garantia ou uma garantia institucional, fato é que dele é possível extrair-se o substrato de um direito subjetivo voltado a assegurar o gozo de um dos eixos do próprio Tribunal do Júri: a plenitude de defesa.

Conquanto o próprio dispositivo constitucional assegure, em sua alínea “a”, a “plenitude de defesa”, não parece haver qualquer óbice em se entender que sempre que o réu se vir impossibilitado de exercer o seu direito fundamental à ampla defesa na sua forma mais plena, o Júri não estará cumprindo sua função precípua dentro de uma ordem constitucional democrática.

Em que pese parecer clara essa opção do Constituinte de 1988 de alçar o Tribunal do Júri ao status de direito-garantia individual, é comum entre os que negam esta realidade e defendem a sua imposição como regra de competência absoluta, o argumento de que é um tribunal do povo, como se a participação da sociedade no julgamento fosse uma garantia a ela assegurada, enquanto vítima. Nas palavras de Ribeiro¹¹, essa afirmação seria um sofisma sem amparo constitucional, pois o júri não é garantia da sociedade, mas do acusado.

Em relação à regra de competência estabelecida no referido dispositivo constitucional e repisada no art. 74, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, é forçoso notar que a mesma já não é um comando absoluto. Ela é excepcionada, por exemplo, quando a própria CRFB/88 prevê o foro por prerrogativa de função, na medida em que, entre as duas competências constitucionais, prevalece a jurisdição superior do tribunal¹² em detrimento do Tribunal do Júri, órgão de primeiro grau.

¹⁰ LCFBS JR, Aury. *Dirigido processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 153.

¹¹ RIBEIRO, Diáneas Costa. *Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em <http://www.diasbas.com.br/artigos.asp?id=213&tp_ch=>. Acesso em: 12 set 2016.

¹² LCFBS JR, op. cit., p. 494.



Já no que tange à ideia de que se trata de uma garantia da sociedade em abstrato, cabe pontuar o ensinamento de Rangel¹³ no sentido de que a CRFB/88 “assegura o julgamento pelo Tribunal do Júri como direito e garantia fundamental do cidadão-acusado, mas não lhe confere o mesmo direito quando se trata de compor o órgão jurisdicional que o julga, ou seja, ser jurado não é um direito [...]”.

Nesta esteira, argumentar que o Tribunal do Júri é uma instituição democrática, de fato, não parece suficiente para retirar seu caráter de direito público subjetivo do acusado no processo penal. Isso, pois a Democracia não se restringe à sua dimensão formal-representativa, a qual poderia ser ilustrada, nesse contexto, pela composição do júri popular formado por sete cidadãos¹⁴.

A Democracia é muito mais complexa que isso, pois não se contenta apenas com a ideia de “maioria”, sobretudo quando esta impingir a supressão de direitos fundamentais das minorias. Como já dito, o Estado Democrático de Direito preocupa-se em conciliar o autogoverno do povo com a limitação do poder em prol dos direitos dos governados¹⁵. Assim, a legitimidade de todo ato de poder nesse modelo de Estado depende da estrita observância dos direitos fundamentais pré-estabelecidos na Carta Constitucional.

O que se nota, portanto, é que, acima de tudo, é imperioso que o Tribunal do Júri seja lido à luz dos direitos fundamentais, haja vista tratar-se de espaço dentro do qual são tratados direitos fundamentais do homem, tais como a vida e a liberdade¹⁶ – pilares do valor fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro: a dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, III da CRFB/88.

Ad se entender que a Constituição estabelece o Tribunal do Júri não apenas como uma garantia institucional, mas como um direito-garantia instrumentalizante dos direitos fundamentais e individuais, torna-se juridicamente viável sustentar a disponibilidade desta mesma para aquele a favor do qual ela se coloca e, por conseguinte, a faculdade de o cidadão-acusado renunciar ao Tribunal do Júri quando preferir submeter-se a um julgamento técnico.

Essa evolução que se propõe sobre a concepção tradicional que se tem do Tribunal do Júri é muito importante para afixar sua instrumentalidade. Isso, pois no seio de um processo penal constitucional, não há instituição que se legitime por si só, acima dos direitos fundamentais assegurados a todos e condicionantes da dignidade da pessoa humana.

¹³ RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão lingüística, histórica, social e jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 270.

¹⁴ LCPBS II, *op. cit.*, p. 1075.

¹⁵ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 318.

¹⁶ RANGEL, *op. cit.*, p. 269.



Desta forma, a ampliação da perspectiva jurídica sobre esse instituto para contemplá-lo como um direito do cidadão-acusado é muito relevante no Estado Democrático de Direito brasileiro, pois alicerça a possibilidade de sua renúncia como mais uma ferramenta de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

2. O PODER AMEAÇADOR DA MÍDIA SOBRE AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS ACUSADOS DA PRÁTICA DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Como se vê, há importante e atual discussão sobre a renunciabilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri. Lopes Jr.¹⁷, reportando-se ao renomado jurista Luigi Ferrajoli, aponta que “o Tribunal do Júri desempenhou um importante papel na superação do sistema inquisitório, tendo o pensamento liberal clássico assumido a defesa do modelo de juiz cidadão em contraste com os horrores da inquisição. Mas o tempo passa e os referenciais mudam”.

Diante de diversos problemas enfrentados na sistemática prática do Tribunal do Júri que têm ameaçado direitos e garantias fundamentais dos acusados no processo penal, os quais serão pincelados mais adiante, fato é que se tem despertado uma tendência à valorização da figura do juiz togado, em confronto com a dos juízes leigos.

Isso se deve, em muito, pelo fato de a imprensa, ou a mídia, numa perspectiva mais contemporânea, terem o poder de formar a opinião pública (e reflexamente, a dos jurados) e, de certa forma, construir a realidade¹⁸, a partir da capacidade de persuasão de leitores e espectadores, por meio do controle do fluxo e conteúdo das informações ofertadas.

Não se discute que o papel da mídia em um Estado Democrático de Direito é vital. Ela exerce, propriamente, uma função social, ao informar os cidadãos sobre os fatos que marcam a realidade do país e do mundo e permitir, a partir disso, um processo de integração da própria sociedade, que passa a enxergar, em si, uma identidade nacional. Por outro lado, a Democracia pode ser ameaçada quando fatos são manipulados ou inventados pela imprensa¹⁹.

A influência dos meios de comunicação social no Brasil, atualmente, é tão grande, que algumas pessoas chegam a falar na existência de um “Quarto Poder”²⁰. Isso se deve, além

¹⁷ LOPES JR, op. cit., p. 1074.

¹⁸ TORREN, Alberto Zacharias. *Imprensa investigativa ou investigativa?* Revista CHI, Brasília, v. 7, n. 20, p. 10, jan./mar, 2001. Disponível em <<http://www.jefjus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/516/897>>. Acesso em: 19 mar 2017.

¹⁹ Vide nota 18.

²⁰ ANDRADE, Pálio Martins de. *Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 78.



de muitas outras questões, à potência verificada, que esses veículos têm de construir padrões de comportamento e pensamento. Turon, citando Giulio Illuminati, afirma que “a sociedade contemporânea faz da informação um elemento estruturante da sua própria organização”²¹.

Cientes desse poder, os canais de comunicação e jornalismo exploram, com diversas técnicas, o processo cognitivo de formação e desenvolvimento das convicções de seus consumidores. Não há um só ator social que fique imune à influência midiática, pois todos, em maior ou menor escala, consciente ou inconscientemente, absorvem parte do conteúdo difundido.

Um dos principais problemas dessa prática é o surgimento de uma homogeneidade de pensamento não natural, mas fabricada, que acaba formando um ambiente social fértil para a proliferação de estereótipos, preconceitos e falsas verdades. Do ponto de vista democrático, não há dúvidas de que isso é prejudicial, uma vez que afeta diretamente o pluralismo social.

Em meio a esse fluxo informacional incessante, observa-se, hoje, uma tendência dos grandes veículos de comunicação de explorarem a divulgação de casos enfrentados pelo Judiciário capazes de gerar apelo e comoção social. Notícias sobre crimes, processos e prisões são constantemente veiculadas pela mídia e, muitas vezes, essa divulgação extrapola o caráter informativo.

Há diversos aspectos preocupantes nessa dinâmica. Primeiramente, na maior parte das vezes, as informações sobre processos judiciais veiculadas nos telejornais, ou publicadas em jornais e na internet, carecem de conteúdo técnico e jurídico. O que se tem, nesses casos, são produtos de interpretações de dados de teor jurídico realizadas por pessoas sem formação específica.

Soma-se a isto o fato de que, em regra, os serviços noticiosos vocalizam fortemente as versões acusatórias, que na óptica da imprensa são sempre as mais interessantes de se divulgar para o grande público, e criam situações para ensejar o “fato jornalístico” capaz de gerar clamor público²². Este tipo de exploração midiática é, inclusive, um dos principais fatores que geram a estigmatização precoce do indivíduo acusado²³.

Não bastasse isto, na maior parte das vezes – como mostra a realidade estatística brasileira –, essas informações são recebidas por pessoas com pouca instrução. Note: há problemas na formação do conteúdo e na recepção deste. Daí surge um conhecimento falacioso, e que se perpetua. “Pode-se dizer, portanto, sem exagero, que a atuação dos meios

²¹ Vide nota 18.

²² Vide nota 18.

²³ LCPBS IR, op. cit., p. 220.

de comunicação cria a realidade no sentido de construir verdades que se incutem nas pessoas, máxime naquelas mais simples e, via de regra, com menor capacidade de crítica.²⁴

Como o pensar e o agir dos homens é produto de experiências, interações e construções sociais e culturais, e o Poder Judiciário é feito de homens, impõe-se uma séria preocupação quanto ao comprometimento da justiça das decisões judiciais. Na esfera penal e processual penal, a questão se agrava, sobretudo, quando o que está em jogo é a liberdade de um indivíduo.

Nesta linha, a influência da mídia é muito sentida, especificamente, no julgamento de crimes dolosos contra a vida que atingem alto nível de repercussão nacional, pois estes são submetidos a júri popular. Isso significa que, em regra, os acusados da prática desses crimes são julgados por Conselhos de Sentença formados por 7 (sete) jurados escolhidos dentre os cidadãos com mais de 18 (dezoito) anos, na forma do Código de Processo Penal.

De acordo com os incisos do art. 5º da CRFB/88, em tese, no processo penal brasileiro, todo acusado do cometimento de um crime possui o direito constitucionalmente assegurado de, com base nas provas produzidas ao longo do processo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, obter um julgamento justo, que parta da presunção de sua inocência e seja realizado por um juiz imparcial, nos moldes do devido processo legal.

No entanto, a experiência revela que a defesa de muitos réus que respondem pelo cometimento de crimes dolosos contra a vida que atraem os holofotes das grandes empresas de telecomunicação tem enfrentado a difícil, quicá, impossível, tarefa de tentar desconstruir os preconceitos e opiniões enraizadas nos julgadores, pelos mais diferentes e poderosos mecanismos de persuasão empregados pela mídia.

Esse é um dos pontos nevrálgicos da problemática: não há como dissociar o homem que está investido na função de jurado do homem que, em sua vida privada, consome notícias, assiste à televisão, acessa a internet e lê jornais.

Quando a questão envolve um fato criminoso atroz, é natural, por questão de empatia e humanidade, que seus dados e elementos sejam processados nos espectadores, em princípio, pela emoção. No entanto, é nesse momento que se destaca o indivíduo com conhecimento técnico. É a situação do magistrado que, investido na função julgante, despe-se de suas emoções, para apreciar os fatos de modo imparcial, impessoal e objetivo.

No caso das pessoas que não possuem conhecimento técnico e jurídico suficiente, ou das pessoas com baixo nível de escolarização, esse processo, em geral, não ocorre. Assim, ao

²⁴ Vide nota 18.



assistirem ao telejornal e se depararem com notícias bárbaras sobre fatos criminosos chocantes, provavelmente, perpetuam, de forma acrítica, os padrões dominantes de pensamento em que foram inseridas.

Este poder que os meios de comunicação têm de mobilizar a opinião pública torna-se claro quando se assiste, por exemplo, ao linchamento de uma pessoa que já fora apontada como “suspeita” pelos jornais e programas populares, mas que sequer fora julgada com definitividade pelo Poder Judiciário.

Diante disso, questiona-se: “O exercício da defesa pode ser realmente pleno diante de um tribunal popular já imerso em visões parciais e categóricas da causa?”²³ O seguinte desabafo do advogado criminalista Roberto Podval²⁴ complementa a indagação e ilustra bem a problemática:

Se o corpo de jurados é formado por sorteio dentre os membros da sociedade, e se demais membros dessa mesma sociedade permanecerem na porta do fórum chorando por vingança e linchamento, como encontrar pessoas predispostas a ouvir as partes com imparcialidade? Como esperar neutralidade de jurados que precisam dinis anos sob cobertura jurística pouco técnica, embora legítima e cada vez mais profissional? Como convencer os jurados a relevar o bombardeio de emoções a que foram submetidos no período?

É nesse contexto que se fala no “trial by media”, ou “julgamento pela imprensa”, que geralmente ocorre nos casos numerosos que, levados às páginas dos jornais ou à tela da televisão ou da internet, mobilizam a sociedade contra ou a favor dos réus²⁵, produzindo reflexos diretos no resultado das sessões do júri popular.

A esse cenário deve-se acrescentar um instrumento facilitador de todo o poder desta imprensa instigativa²⁶: o julgamento no Tribunal do Júri é realizado pela sistemática da livre ou íntima convicção dos jurados, isto é, com base nas suas consciências e independentemente de fundamentação.

Basicamente, o que se tem, então, é: no júri popular, dispensa-se o conhecimento técnico e não há obrigatoriedade de fundamentação, mas há a possibilidade de se definir o futuro de outro homem, de restringir a liberdade de outro ser. Não é demais observar que a desnecessidade de motivação das decisões, naturalmente, esmaece o dever de reflexão inerente ao processo de fundamentação, o que acaba favorecendo a arbitrariedade, em detrimento da razão.

²³ Vide nota 7.

²⁴ PODVAL, Roberto. *Digiteis não teve espaço no julgamento dos Noronha*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, de 16 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-16/imprensa-mo-retrato-foto-prensa-julgamento-noronha2>>. Acesso em 19 set 2016.

²⁵ Vide nota 7.

²⁶ Vide nota 18.

Não é à toa que doutrinadores respeitados criticam o sistema da íntima convicção. Rangel²⁹ afirma que “Não faz sentido que o poder emane do povo e seja exercido em seu nome, por intermédio dos seus representantes legais, mas quando diretamente o exerça não o justifique para que possa lhe dar transparência”. Na mesma linha, Lopes Jr.³⁰ assevera:

A motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no art. 93, IX da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção da inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório.

Note-se, a partir da conjunção dos fatores até então expostos, quão difícil se torna o controle da justiça das decisões tomadas pelo Tribunal do Júri e, principalmente, das ingerências externas que motivam as posições assumidas pelos jurados. É inevitável, pois, questionar a legitimidade de tais decisões, mormente quando privam um indivíduo de sua liberdade.

Diante desse quadro, resta claro que a manipulação dos julgamentos é uma realidade e não há interesse dos veículos de comunicação em atenuar as práticas apelativas e sensacionalistas envolvendo casos criminais, se a conexão e, conseqüentemente, o fatuamento provem disso.

Outrossim, não restam dúvidas de que a ressonância da divulgação distorcida de notícias sobre fatos criminosos e da “publicidade abusiva”³¹, cujas diretrizes tem raiz claramente maniqueísta, surte efeitos perigosos no julgamento dos crimes contra a vida, pois fragiliza os direitos e garantias fundamentais e processuais penais dos acusados, tais como as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade, a presunção da inocência, a ampla defesa, a imparcialidade do julgador e muitos outros.

3. A OPÇÃO ENTRE O JÚRI POPULAR E O JUIZ TOGADO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ante o panorama até então traçado, é notável que o processo penal constitucional brasileiro vivencia, hoje, uma tensão entre a instituição do Tribunal do Júri e o direito

²⁹ RANGEL, *op. cit.*, p. 209.

³⁰ LOPES JR., *op. cit.*, p. 234.

³¹ *Ibid.*, p. 220.



fundamental ao devido processo legal³², mormente nos crimes dolosos contra a vida que adquirem projeção midiática. É essa realidade que fez surgir os principais questionamentos acerca da visibilidade jurídica da renúncia ao direito de ser submetido ao julgamento popular.

Frente à problemática abordada no capítulo antecedente da exploração abusiva que os veículos de mídia realizam sobre os casos criminais enfrentados pelo Judiciário, condicionando muitos veredictos dos Tribunais do Júri, tem sido propostas algumas soluções. De um lado, há quem sustente a ampliação da publicidade das sessões do Júri, com transmissão televisada ao vivo, para que os fundamentos da defesa possam ser expostos com a mesma rapidez que os da acusação o são pelos meios de comunicação³³.

De outro lado, há quem sustente a necessidade de serem pensadas regras jurídicas que limitem a publicidade dos processos. Para Alberto Zacharias Turon³⁴, “a incidência de leis restritivas é uma necessidade não apenas para se preservar a honra e a imagem alheias, mas para se evitar a montagem do caso pela mídia [...]”.

A CRFB/88 assegura, em seu art. 93, IX, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, ressaltando a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo, apenas quando este não prejudique o interesse público à informação. Houve, portanto, clara opção do Constituinte Originário em prestigiar o direito à informação e à publicidade processual.

É verdade que a CRFB/88 prevê, ainda, em seu art. 5º, LX, a possibilidade de a lei restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Nessa linha, pode-se argumentar que há um interesse social no regular funcionamento do júri e na realização de um julgamento justo, isto é, na condenação dos culpados e absolvição dos inocentes³⁵.

Apesar da pertinência dessa argumentação, sobretudo diante da ausência de lei específica, não parece uma opção democraticamente viável a restrição da garantia constitucional da publicidade dos atos processuais. Esta é uma garantia muito sensível ao regime democrático, por ser um dos principais instrumentos que permitem o controle dos atos do Poder Judiciário pelos próprios jurisdicionados.

Há, também, os que apontam o instituto do desaforeamento, previsto no art. 427 do Código de Processo Penal, como uma solução para a questão. Nos termos do referido dispositivo, se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a

³² Vide nota 7.

³³ Vide nota 26.

³⁴ Vide nota 18.

³⁵ Vide nota 7.

imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, é possível que o Tribunal determine o desforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

Não obstante a boa intenção do legislador ordinário, do ponto de vista prático, essa também não parece a melhor solução, por sua pouca efetividade, já que a acessibilidade do povo brasileiro à tecnologia cresceu exponencialmente nas últimas décadas. Assim, ainda que se leve em conta as magnitudes geográficas dos maiores estados brasileiros, seria muito difícil encontrar comarcas cujos cidadãos estejam imunes às repercussões dessa mídia direcionadora.

Ainda, há quem argumente que o duplo grau de jurisdição seria suficiente para sanar eventuais prejuízos decorrentes da parcialidade do Tribunal do Júri afetado pelo sensacionalismo midiático, já que, uma vez acolhido o recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória, o réu é submetido a novo julgamento. No entanto, há dois motivos pelos quais esse argumento pode ser combatido.

O primeiro motivo é que “Esse “novo” júri será composto por outros jurados, mas como o espetáculo será realizado pelos mesmos “atores”, em cima do mesmo “roteiro” e no mesmo cenário, a chance de o resultado final ser igual é imensa”³⁶. No mesmo sentido, destaca Vladimir Arns³⁷:

Evidentemente, este novo júri será feito por outros sete jurados. Mas não há como garantir que também esses novos julgadores não estejam contaminados pelas preconceções e imagens dadas à pública pela cobertura midiática opressiva. Daí porque a existência do sistema recursal no júri não é garantia suficiente para assegurar ao réu um julgamento de mérito realmente imparcial.

Aliado a isso, tem-se, ainda, o segundo motivo. Caso o réu seja condenado pelo novo júri, novamente de forma contrária à prova dos autos, em virtude apenas de opiniões pessoais e subjetivismos dos jurados, não haverá mais a possibilidade de apelação, por vedação expressa do parágrafo 3º do art. 593 do Código de Processo Penal. “Logo, se os profanos julgarem duas vezes contra a prova dos autos, estará juridicamente avalizado o absurdo”³⁸.

Vê-se, portanto, que, não obstante os esforços da doutrina para solucionar a vulnerabilidade dos direitos e garantias constitucionais frente à realidade dos júris viciados, nenhuma dessas proposições parece ser deveras eficaz. E é exatamente por isso, que se propõe a (re)interpretação da regra do art. 5º, XXXVIII da CRFB/88, para torná-la disponível ao réu.

³⁶ LCFBS IR, op. cit., p. 1079.

³⁷ Vide nota 7.

³⁸ LCFBS IR, op. cit., p. 575.



A renunciabilidade da competência do Tribunal do Júri é comum nos países de tradição “Common Law”, a exemplo dos Estados Unidos (em estados federados como Massachusetts³⁹ e Michigan⁴⁰, dentre outros) e da Irlanda do Norte⁴¹, nos quais se fala em “waiver of jury trial”.

Trata-se de uma possibilidade naturalmente aceita, quando o julgamento popular se revela um obstáculo potencial ao desenvolvimento do direito fundamental à ampla defesa e, conseqüentemente, à concretização do direito individual à liberdade. Sustenta-se a incorporação dessa prática no Direito brasileiro, pois, como explanado nos primeiros capítulos, a sistemática do Tribunal do Júri, como atualmente se apresenta no ordenamento nacional, talhe, em muito, as perspectivas da defesa do acusado.

De um lado, há a inevitável interpenetração que os jurados responsáveis por formular os veredictos finais sofrem com o bombardeio de notícias, opiniões, falácias e apelos da mídia. Isso ameaça, dentre muitas, a garantia constitucional da presunção da inocência, máxime pela estigmatização social do indivíduo acusado, bem como compromete a imparcialidade que se espera do órgão julgador.

Do outro lado, permite-se que, a partir da liberalidade dos jurados, os quais não tem o dever de demonstrar a correlação entre a sua decisão e a verdade dos fatos extraída do processo, nem, muitas vezes, possuem entendimento suficiente sobre os institutos jurídicos abordados pela defesa, sejam proferidas condenações criminais motivadas por subjetivismos e critérios puramente pessoais. Dessarte, conclui Lopes Jr. ⁴²:

Costado, é adotado no Brasil, até hoje, no Tribunal do Júri, onde os profanos julgam com plena liberdade, sem qualquer critério probatório, e sem a necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões. A “intima convicção”, despiça de qualquer fundamentação, permite a inertez incontestável jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova.

Isto significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é inmensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A simplicidade do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse inerte poder de julgar.

³⁹ MASSACHUSETTS. Massachusetts Court System. Disponível em: <<http://www.mass.gov/courts/docs/firms/bmc/bmc-election-jurywaiver-part.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2017.

⁴⁰ MICHIGAN. SCAG-Approved Court Forms. State Court Administrative Office. Disponível em: <<http://courts.mi.gov/Administration/SCAG/Forms/courtforms/or260.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2017.

⁴¹ IRLANDA DO NORTE. *Replacement Arrangements for District Courts System*. Northern Ireland Office. Disponível em: <<http://cain.ulst.ac.uk/issues/politics/firms/nio/nio110806diplock.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2016.

⁴² LOPES JR., op. cit., p. 575.



Imbuindo-se desta lógica crítica, é que se preconiza a possibilidade de ser facultada ao cidadão acusado de praticar um crime doloso contra a vida a opção de ser, ou não, julgado por seus pares.

A partir do momento em que a dinâmica processual do Tribunal do Júri, como concebida nos moldes atuais, permite que a repercussão midiática de certos delitos seja fator determinante para o resultado dos respectivos julgamentos, viola-se o próprio Estado Democrático de Direito e impõe-se a necessidade de uma releitura do instituto, para que seja abandonada a perspectiva monocular que o compreende como regra de competência absoluta.

Além disso, se o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais constitui verdadeira garantia dos cidadãos contra o arbátrio estatal⁴³, mas o sistema possibilita a existência de condenações criminais sem motivação pelo Tribunal do Júri, é flagrante a necessidade de um mecanismo instrumentalizador das garantias constitucionais fundamentais.

Por fim, a falta de “conhecimento legal e dogmático mínimo para a realização dos diversos juízos axiológicos que envolvem a análise da norma penal e processual aplicável ao caso, bem como uma razoável valoração da prova”⁴⁴ pode ser fatal para o desenvolvimento das teses defensivas. Se o réu puder optar a se submeter a um julgamento técnico, por um juiz togado, esta será, em última análise, uma manifestação do seu direito constitucional à ampla defesa.

Como ensina Lopes Jr.⁴⁵, o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é a sua instrumentalidade constitucional. Em outras palavras, o processo penal existe, em uma ordem constitucional democrática, para servir como instrumento de efetivação das garantias individuais mínimas previstas na Constituição. Nesse sentido, todos os institutos do processo penal brasileiro devem ser (re)lidos à luz dos princípios fundamentais enunciados no texto constitucional.

Nesta esteira, e em nome da Democracia, a modernização do sistema criminal brasileiro clama pela possibilidade de renúncia à competência do Tribunal do Júri, por todos os inconvenientes desse instituto que, atualmente, obstruem a efetivação dos direitos e garantias fundamentais de tantos cidadãos.

⁴³ RANGEL, *op. cit.*, p. 209.

⁴⁴ LOPES JR., *op. cit.*, p. 1076.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 153.



CONCLUSÃO

A norma insculpida no art. 5º, XXXVIII da CRFB/88, a qual prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, é vista, hoje, no Brasil, em geral, como uma regra de competência absoluta. Não obstante, os diversos inconvenientes que a sistemática do júri popular tem se mostrado capaz de gerar vêm impulsionando debates acerca da possibilidade de o réu optar por ser julgado por um juiz togado.

A discussão, muito influenciada pelo direito comparado, haja vista que a renunciabilidade à competência do Tribunal do Júri já é realidade em diversos países estrangeiros, propõe uma (re)interpretação da norma constitucional, para torná-la disponível ao réu, enquanto direito subjetivo autônomo.

O pano de fundo que marca a origem da questão tem íntima relação com a chamada “Era da Informação”, hoje por todos vivida. Com o avanço da tecnologia, inclusive a internet, a instantaneidade dos meios de comunicação modernos faz com que a difusão de informações adquira proporções adimensionais em curto espaço de tempo.

Neste aspecto, chama a atenção do direito o crescente movimento de divulgação de notícias sobre crimes, processos e prisões capazes de gerar apelo e comoção social. Em geral, os veículos comunicativos selecionam as versões que provocam maior clamor público e criam diversos problemas como a estigmatização precoce do acusado. Há um processo de desvirtuação da função jornalística, em que o caráter informativo cede espaço ao lucro.

A partir dessa perspectiva, uma das principais ideias responsáveis pelo fomento da tese de se facultar ao acusado de praticar um crime doloso contra a vida a opção de ser, ou não, julgado por seus pares é a da suggestionabilidade dos jurados, que consomem informações sobre o processo veiculadas pela mídia, cujo maior interesse não é a fidelidade dos conteúdos, mas a arrecadação, e acabam comprometendo a imparcialidade esperada do órgão julgador.

A Constituição Federal de 1988 garante, em tese, a todo acusado do cometimento de uma infração penal o direito a um julgamento justo, realizado nos moldes do devido processo legal, por um juiz imparcial, com base nas provas produzidas ao longo do processo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e partindo-se da presunção de sua inocência.

Apesar disso, muitos réus submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri têm experimentado o contrário, sobretudo quando o crime de que são acusados foi alvo de repercussão midiática. O problema fulcral é a perda potencial que a defesa sofre diante de um



tribunal popular já imerso em visões parciais e categóricas da causa. Trava-se uma verdadeira batalha contra a ingerência externa da mídia que reforça estereótipos e preconceitos.

Tal revés é reforçado por outro aspecto que vulnerabiliza de sobremaneira a defesa: a ignorância dos jurados sobre o direito em debate. Há uma imensa e inquestionável dificuldade em se desenvolver teses jurídicas diante de cidadãos leigos, sem conhecimento técnico adequado. Logo, os processos de convencimento empregados pelos advogados do acusado perdem a aptidão de persuadir.

Por fim, há outro elemento que tonifica a problemática: o sistema da íntima convicção, pelo qual os jurados são dispensados da obrigação de fundamentar a decisão que tomarem. Essa regra obsta o controle da justiça das decisões tomadas pelo Tribunal do Júri e, ainda, mascara as manipulações que contaminam os julgadores com antepaixões.

É, basicamente, esse o cenário que suscita a defesa da possibilidade de o réu renunciar ao direito de ser submetido ao julgamento popular, como instrumento viabilizador da plenitude da defesa e de todo o processo penal, cujo escopo, em uma ordem constitucional democrática, é assegurar a efetivação das garantias individuais mínimas previstas na Constituição.

Propõe-se uma releitura que atenua o viés imperativo da regra de competência e enfatize o viés de garantia constitucional do art. 5º, XXXVIII, da CRFB/88, a fim de que dele se possa extrair um direito subjetivo autônomo voltado a resguardar o devido processo penal como um todo e, em última análise, à liberdade individual.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAS, Vladimir. *Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro*. Custos legis Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Rio de Janeiro, v. 2, 2010. Disponível em: <<http://revistacustoslegis.wordpress.com/2016/04/28/renuncia-ao-julgamento-pelo-juri-no-processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em 10 out 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em 12 set 2016.



_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 15 abr 2017.

IRLANDA DO NORTE. *Replacement Arrangements for Diplock Courts System*. Northern Ireland Office. Disponível em: <<http://cain.ulst.ac.uk/issues/politics/docs/mio/min110806diplock.pdf>>. Acesso em 10 nov 2016.

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

MASSACHUSETTS. *Massachusetts Court System*. Disponível em: <<http://www.mass.gov/courts/docs/forms/bmc/bmc-election-jurywaiver-port.pdf>>. Acesso em 21 mar 2017.

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

MICHIGAN. *SCAO-Approved Court Forms*. State Court Administrative Office. Disponível em: <<http://courts.mi.gov/Administration/SCAO/Forms/courtforms/mc260.pdf>>. Acesso em 21 mar 2017.

FIRES, Carlos Vitor de Oliveira. *Da renúncia ao júri: um meio de garantia do devido processo penal em casos de publicidade opressiva*. Trabalho de conclusão de curso. Salvador: Ufba, 2010.

PODVAL, Roberto. *Defesa não teve espaço no julgamento dos Nardoni*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, de 16 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-16/impenha-nao-retratou-fato-passou-julgamento-nardoni>>. Acesso em 19 set 2016.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIBEIRO, Dianlas Costa. *Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em <http://www.dianlas.com.br/artigos.asp?id=213&cp_ch=>>. Acesso em: 12 set 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUTTER FILHO, Paulo Affonso. *Tribunal do júri: ordinário teatro da injustiça*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, n. 176. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1240>> Acesso em: 20 mar 2017.

TORON, Alberto Zacharias. *Imprensa investigativa ou investigativa?* Revista CEJ, Brasília, v. 7, n. 20, p. 10, jan/mar, 2003. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/516/697>>. Acesso em: 19 mar 2017.

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO À APLICAÇÃO DE DANO MORAL NO ROMPIMENTO IMOTIVADO DE NOIVADO

Bruno Campos de Oliveira

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – Tanto a responsabilidade civil quanto o Direito de Família brasileiro passaram por diversas e profundas transformações, observando elementos e preceitos constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana. O modelo de família antigo, baseado em valores predominantemente patrimoniais, deu lugar à denominada *família-instrumento*, caracterizada pela predominância de valores existenciais, além de ser voltada à consecução dos princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988. No seio de tais modificações, emergiram novas questões, as quais tornaram possível a discussão sobre a aplicação do instituto da responsabilidade civil aos conflitos inerentes a este ramo do Direito, mais especificamente quanto à possibilidade de reconhecimento dos danos morais nas relações de rompimento de noivado. Mas o grande desafio da doutrina e jurisprudência pátrias, consiste na definição de critérios seguros e razoáveis capazes de determinar em que situações pode ser reconhecido o direito à reparação por danos morais quando da ruptura do noivado. No que tange a tal matéria, observam-se ainda grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o que demonstra a complexidade do tema e a necessidade de seu aprofundamento. Sendo assim, o presente artigo objetiva clarear o ainda nebuloso tema da possibilidade de indenização por danos morais nos rompimentos de noivado.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Direito de Família. Dano Moral. Rompimento de Noivado. Ato Ilícito. Quebra de Contrato. Vontade Livre e Desimpedida de Casar.

Sumário – Introdução. 1. Evolução histórica do cabimento e previsibilidade da desistência de casamento ou noivado sob a ótica da responsabilidade civil. 2. Dano moral e sua aplicação e quantificação na reparação do dano no rompimento de noivado. 3. Necessidade de implementação de mudanças legislativas sobre a responsabilidade civil no rompimento de noivado e entendimento dos tribunais sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente não se pode entender o fenômeno familiar de forma unitária. Há diversas configurações diferenciadas de família, tendo a Constituição da República Federativa do Brasil, em rol meramente exemplificativo, reconhecido a família fundada no casamento, na união estável e na família mono parental.

Não há dúvidas de que o casamento é um ato complexo, extremamente solene, que ao necessitar de aprovação de autoridades competentes para sua elaboração acarreta uma série de consequências jurídicas para seu início ou para seu término, com o conseqüente divórcio.



Além disso, ressalta-se que nos últimos anos, um instituto que ganhou bastante força no meio jurídico e social, foi a União Estável, caracterizado basicamente como o convívio de duas pessoas como se casadas fossem. Sendo assim, tal qual, o casamento, este instituto, mesmo não se tratando de ato solene e surgindo no mundo dos fatos, apresenta uma série de consequências jurídicas para seu início e, principalmente, para seu término.

Entretanto, no mundo contemporâneo existe uma grande variedade de tipos de relacionamentos, como namoro, namoros ou simples “paquerias”, restando ainda controverso na doutrina a possibilidade de consequências jurídicas significativas para estes tipos de relacionamentos. Neste contexto, não estando o rompimento de noivado enquadrado nas jurisprudências, já pacificadas de término do casamento e da união estável, passa a ser de extrema importância saber como os tribunais, vêm julgando a responsabilidade civil no rompimento de noivado.

A falta de uma previsão legislativa sobre o tema, aliada à sistematização ainda insuficiente oferecida pela doutrina, bem como ao significativo crescimento desses conflitos nos dias de hoje, não apenas em quantidade, mas também em complexidade, demonstra a necessidade de novos estudos sobre o tema.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho expondo o contexto histórico da desistência do casamento ressaltando até que ponto se pode dizer que a desistência de um futuro casamento é extremamente cabível e previsível pela ordem pública, não gerando repercussões patrimoniais, haja vista tal ato depender de uma vontade pessoal de ambos os imbuentes. Nesse capítulo inicial, comenta-se a possibilidade de não se poder ser punido pela prática de um direito indisponível, ou seja, analisa-se o argumento de não se dever ser responsabilizado pela prática do seu direito de casar ou não casar.

Segue-se comentando, no segundo capítulo, que havendo uma responsabilização pelo rompimento de noivado a respectiva indenização ou responsabilidade do dano moral é de difícil materialização. Nesse capítulo busca-se mostrar como vêm ocorrendo as indenizações morais nos dias atuais ante os supostos danos. Portanto, objetiva-se definir os elementos fáticos e materiais levados em consideração em uma possível responsabilidade no rompimento de noivado, tendo em vista a difícil quantificação do possível dano.

O terceiro capítulo, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos, guzando-se hoje do Estado Democrático de Direito, destina-se a examinar a necessidade de implementação de mudanças legislativas no que se refere à criação

de uma lei específica para regular o tema, analisando também se as regras gerais do Código Civil e Código de Processo Civil são suficientes para garantir a tutela almejada.

O presente artigo, devido à indiscutível relevância social do tema, visa ainda que não com a pretensão de exaurir a discussão, fomentá-la para assim tentar clarear um pouco o ainda nebuloso tema da responsabilidade civil rompimento de noivado quanto ao cabimento de dano moral, uma vez que conclusões precipitadas, a partir de uma análise superficial do tema, não podem fundamentar alterações legislativas e doutrinárias desse instituto.

Utilizando fontes em doutrina, pesquisas bibliográficas e direito comparado expõem-se o objeto central do artigo e suas principais divergências doutrinárias, como a possibilidade de cabimento de dano moral, aplicando-se majoritariamente o método indutivo. Sendo assim, por meio da análise de casos e decisões específicos sobre a matéria se tenta identificar uma concepção geral sobre a matéria da responsabilidade civil no rompimento de noivado na atualidade.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CABIMENTO E PREVISIBILIDADE DA DESISTÊNCIA DE CASAMENTO OU NOIVADO SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 1916 caracterizava-se como patriarcal, bastante hierarquizado, fundiário e influenciado pelo cristianismo. Estabelecia apenas um único modelo de família, sendo este constituído através do casamento. O controle exercido pelo chamado cônjuge varão alia-se à submissão da mulher e dos filhos¹. Nesse Código havia tanta influência do Direito Romano que a figura do *pater* ainda estava muito presente em seu ordenamento.

A Lei n. 6.515/77, chamada de Lei do Divórcio, introduziu no Brasil grande mudanças quanto a forma de dissolução do casamento. Essa lei foi de vital importância na busca de uma igualdade entre cônjuges, uma vez que proporcionou aos cônjuges, de maneira igualitária, a possibilidade de colocarem um fim ao casamento. Mas, ainda assim, o homem permanecia como chefe da família, demonstrando a existência de um longo caminho a ser perseguido até a efetiva igualdade entre sexos.

Mas com o passar dos anos, novos valores passaram a integrar a sociedade brasileira, transformando-a e gerando, por sua vez, a elaboração de uma nova constituição que contivesse os novos anseios da sociedade. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988

¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Os modelos de Família Romanos*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 426-430.



consolidou tal transformação aumentando e abrindo o antes fechado conceito de família, embasado no princípio da dignidade da pessoa humana.

O novo Código Civil de 2002, apesar de trazer inovações em relação ao Código de 1916, tem presente resquícios da perspectiva individualista e patrimonialista do antigo Código. Tal característica se mostra presente pelo simples fato de seguidas vezes o legislador conferir tratamento privilegiado ao casamento em detrimento dos demais núcleos familiares.

Da mesma forma que o Direito de Família se transformou ao longo dos anos com as mudanças na sociedade brasileira o instituto da responsabilidade civil também sofreu modificações, se compreendendo atualmente na aplicação direta e imediata das normas constitucionais. Buscando tal aplicação, o ilustre jurista Orlando Gomes² considera que o referido processo de constitucionalização da responsabilidade civil tem como função primordial a reparação dos danos. Logo, atualmente, o instituto da responsabilidade civil tem uma preocupação exacerbada com a vítima do dano injusto e sua respectiva reparação integral, não se preocupando tanto com a punição do indivíduo.

Analisando-se mais aprofundadamente o instituto do casamento, tem-se que a natureza jurídica do casamento na doutrina é controvertida. De acordo com o jurista Inácio de Carvalho Neto³ pode-se destacar três grandes correntes em tal instituto, sendo elas: a Teoria Contratualista; a Teoria Institucionalista e a Teoria Mista ou Eclética.

A Teoria Contratualista entende o casamento como um contrato. Tal teoria surgiu ainda no século XVIII, quando se entendia que sua validade e eficácia decorriam apenas da vontade das partes⁴. Por sua vez, a Teoria Institucionalista entende o casamento, como o próprio nome da teoria já sugere, como uma instituição. Nessa visão o casamento seria um conjunto de regras criadas e impostas pelo Estado. As partes teriam a faculdade de aderir ou não a este conjunto de regramentos⁵. Essa teoria se caracteriza pelo tradicionalismo, entendendo o casamento como um conjunto de exigências impostas pelo Estado. Porém, crítica-se essa teoria por não valorizar o elemento valorativo, ou seja, a vontade livre e desimpedida dos cônjuges. Isto, pois, tanto a Constituição de 1988 quanto o Código Civil de 2002 baseiam-se em uma série de princípios, os quais devem respeitar, por sua vez, a liberdade de escolha dos nubentes, os quais são livres para contrair o matrimônio, livres para

²GOMES, Orlando. *Facilidades modernas na teoria da responsabilidade civil*. DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 294

³CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.86.

⁴Ibid., p. 86.

⁵Ibid., p. 87.



conduzir a sua relação da forma que quiserem e, por fim, livres para dissolver os laços quando entenderem que a vida em comum não mais se sustenta, seja na constância do noivado ou do próprio casamento.

Salienta-se que Cristiano Chaves de Farias⁶, ao criticar a Teoria Institucionalista, defende a idéia de que esta corrente doutrinária não tem mais razão de existir atualmente depois do advento da Lei n. 11.441/2007. Isso, pois, tal lei reconheceu a possibilidade da dissolução matrimonial através de mero procedimento administrativo.

A terceira teoria, chamada de Mista ou Eclética, é justamente uma fusão entre as concepções das duas teorias anteriormente explicadas. Assim, o casamento é entendido como um ato complexo⁷.

Esta última teoria tem sido mais bem aceita na doutrina, pois ao tratar o casamento como um tipo específico de contrato de direito de família, leva-se em conta além do elemento valorativo da vontade dos noivos, também certas exigências legais do Estado. Isso, pois, apesar de ser algo livre e dependente da essencialmente da vontade dos nubentes, o instituto do casamento ainda é fírmal e marcado por determinadas solenidades e normas cogentes, as quais, nem mesmo a vontade das partes, podem afastar.

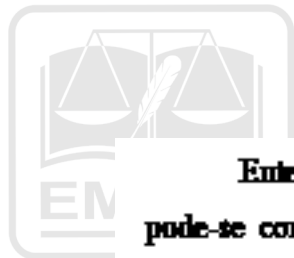
Sendo assim, atualmente entende-se o casamento como a busca comum de casal pela felicidade, tratando-se assim do modo pelo qual duas pessoas por livre e espontânea vontade, decidem compartilhar sonhos, desejos e também as possíveis tristezas e dificuldades que a vida lhes proporcione. Exige-se assim uma reformulação da concepção de casamento e noivado de modo a adequar tais institutos aos princípios constitucionais vigentes. Para isso, deve-se rever o Código Civil sob a ótica a adequá-lo ao manto da sensibilidade constitucional.

A origem da concepção de noivado, por sua vez, remonta ao Direito Romano, onde o noivado era tratado pela expressão *sponsusis*. Representava justamente a promessa formal de contrair o casamento. Ressalta-se que nessa época do Direito Romano já existiam as sanções àquele que rompesse com a promessa de casamento, sendo estas sanções chamadas de *ovras sponsalícias*. Isto, por sua vez, demonstra que a possibilidade de reparação por danos sofridos entre os futuros cônjuges é um tema muito antigo⁸.

⁶FARIAS, Cristiano Chaves de. *O novo procedimento de separação e do divórcio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 36.

⁷FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do Risco desautorizado e indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações patrimoniais. In *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 01. n.02, fev./mar. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2008, p. 7.

⁸FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do Risco desautorizado e indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações patrimoniais. In *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 01. n.02, fev./mar. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2008, p. 8.



Entendendo-se hoje o noivado como sendo uma promessa de contrair o casamento, pode-se considerá-lo como um pré-contrato ou contrato preliminar. Mas ressalta-se que a questão é controvertida, pois tal instituto se situa na esfera da responsabilidade civil, havendo divergências sobre a possibilidade de ocorrência de danos morais causados pelo rompimento abrupto e injustificado do noivado. Sobre o tema destaca-se que envolve um delicado juízo acerca das circunstâncias em que o rompimento ocorreu. Isto, pois, ao mesmo tempo em que se deve proteger aquele que supostamente sofreu a lesão por ter sido deixado, deve-se proteger a liberdade e o direito do outro indivíduo de não querer casar.

Sobre os deveres anexos ao casamento, ressalta-se que se passou a permitir que os indivíduos, uma vez que não mais tenham a intenção de permanecerem casados, sejam dotados de plena liberdade para finalizar a relação conjugal, por meio do divórcio direto, não cabendo ao Estado, interferir nessa esfera, não tendo o poder de impor a continuidade de uma relação não desejada pelas partes. Atualmente não se exige nenhuma satisfação de prazo ou a demonstração de uma conduta culposa para que possa ser concedido o divórcio, bastando apenas que os cônjuges expressem suas vontades no sentido de não mais partilharem uma vida em comum. A culpa é analisada apenas quanto ao alimentos se necessários ou civis, vide artigo 1694 CC.

Porém, por muitos anos, a procura pela culpa se fazia presente no direito de família brasileiro, haja vista sua origem transcender limites do estudo jurídico e ainda passar pela própria formação cultural jurídico-cristã, na qual a idéia de culpa sempre esteve incrustada no seio das relações humanas⁹.

O Novo Código Civil de 2002 ainda continuou a prever a culpa como principal fundamento para as hipóteses de ruptura unilateral do casamento, segundo o seu artigo 1.572. Apesar disso, hoje essa procura pela culpa encontra-se mitigada. A Emenda Constitucional n° 66, de 2010 mudou a redação do §6° do artigo 226 da referida Constituição de 1988. Sendo assim, o constituinte não fez nenhuma menção à questão da culpa ou mesmo a qualquer prazo para que a separação judicial seja convertida em divórcio, permitindo-se assim o requerimento do divórcio direto. Além disso, não se exige o cumprimento de qualquer requisito para o ato de romper o noivado.

⁹ TEPELODINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 446.



Gustavo Tempedino¹⁰ defende que ninguém poderia ser punido pelo simples fato de deixar de amar o outro e não querer mais tê-lo junto com si. Tanto casar, como não casar, rompendo o noivado, são atos considerados direitos pessoais e indisponíveis, não se podendo sofrer sanções ao ato de apenas exercê-los. Entretanto, autores como Regina Beatriz¹¹ têm posição diversa, defendendo que a declaração da culpa não representaria uma intervenção indevida do Estado na vida do casal.

2. DANO MORAL E SUA APLICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO NA REPARAÇÃO DO DANO NO ROMPIMENTO DE NOIVADO

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana teve vital participação no crescimento e reformulação da responsabilidade civil. Passou-se a se preocupar com a restituição da vítima em detrimento do objetivo que antes era apenas de proporcionar a punição do acentado do dano. Como enfatiza Orlando Gomes, passou-se a buscar a proteção à vítima do dano injusto em lugar da primazia antes conferida à conduta do agente.¹²

Importante destacar que a responsabilidade civil é uma matéria muito jurisprudencial, logo, magistrados, em geral, se debruçam no caso concreto para preencher as várias indeterminações legislativas para melhor decidir o caso.¹³ Também se mostra importante frisar que a matéria engloba tanto atos que causem um dano na esfera patrimonial, quanto também danos exclusivamente morais. Entretanto, geralmente o primeiro caso é mais facilmente visualizado do que o segundo. Sobre o dano moral, é inegável que existem grandes dificuldades para se caracterizar o dano, bem como também é difícil de o juiz arbitrar o *quantum indenizatório*, já que o mesmo se relaciona a aspectos existenciais da pessoa.

Dano material, apesar de igualmente ser um dano, é matéria completamente distinta do dano moral. O primeiro refere-se exclusivamente a aspectos patrimoniais do ofendido, causando um prejuízo de cunho econômico e patrimonial. Justamente por isso, geralmente em danos materiais sabe-se melhor o *quantum indenizatório* para reparar-se o dano e voltar-se ao *status quo ante*, isto é, o retorno à situação que existia antes da prática do ato danoso.

¹⁰TEMPEDINO, Gustavo. *O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio*. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 465-466.

¹¹SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Debito casuarial: Afeto, ética familiar e o novo Código Civil*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 536-537.

¹²GOMES, op. cit., p. 294.

¹³MORAES, Maria Celina Brinde. *A constitucionalização do direito civil e suas implicações sobre a responsabilidade civil: Direito, Estado e Sociedade*. v. 9, n. 29, p. 239.



Entretanto, o dano moral refere-se exclusivamente a aspectos essenciais da personalidade do indivíduo como a honra, imagem, integridade psicofísica, entre outros. Sendo assim, em relação ao dano moral não se tem a possibilidade do retorno ao *status quo ante*, tendo a reparação pecuniária apenas o objetivo de compensar o lesado pela dor sofrida em seu íntimo. Por conta disso, costuma-se afirmar que o dano moral não é propriamente indenizado, mas sim compensado.

A existência do dano moral hoje é um fato. Tanto o artigo 186 do Código Civil de 2002, quanto o artigo 5º, inciso V da Constituição Federal de 1988 deixam claro que deve ser reparada a ofensa mesmo que exclusivamente moral. Ressalta-se que esta ideia corrobora perfeitamente com a maior valorização da pessoa humana e sua dignidade vigente atualmente.

Na busca de se evitar consequências nocivas de patrimonização do dano moral, vem-se desenvolvendo instrumentos não pecuniários para a reparação dos danos morais. Decisões já aceitam, por exemplo, além da reparação pecuniária, a retratação pública, retratação privada, a veiculação do teor da decisão judicial, entre outros. Mas esses instrumentos não visam eliminar a indenização monetária, mas sim, apenas, complementá-la de modo a garantir uma melhor e mais justa reparação à vítima, pois, muitas vezes, os meios não pecuniários são até mais efetivos para a solução de determinados conflitos.¹⁴

Vale destacar que, normalmente os conflitos entre cônjuges ou noivos são tratados com uma maior discricão pelos seus envolvidos, por dizerem respeito, geralmente, a ofensas a intimidade do indivíduo, correndo até, na grande maioria das vezes, em segredo de justiça. Sendo assim, a retratação pública nesses casos não seria muito compatível com a reparação dos danos morais em família. Mas, nesses casos a retratação privada pode, ao lado da indenização pecuniária, ser a solução para pacificar conflitos relativos a lesões extrapatrimoniais. Mas é importante que magistrado, seja no âmbito familiar ou não, sempre se debruce ao caso específico e observe se existem outras formas de indenização, além da pecuniária, para que se alcance a melhor e mais justa reparação à dignidade violada.

Importante frisar que dano moral não se relaciona a qualquer aborrecimento ou tristeza. É pacífico na doutrina esta posição, tendo em vista que dificuldades e contratempos são coisas naturais, fazendo parte da vida, já que todos estão sujeitos a distresses. A lesão causadora de um dano moral deve ser grave ou suficiente a ponto de atingir o núcleo intangível de algum dos direitos fundamentais do indivíduo em questão.

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Reparação não pecuniária dos danos morais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 211.



Atualmente tem-se reconhecido o direito do cônjuge à reparação por danos morais advindos não apenas dos casos gerais, diante da prática de algum ato ilícito nos moldes dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002, como também, em situações específicas, nas quais há grave violação dos deveres conjugais trazidos no artigo 1.566 do CC.

Sobre o tema Regina Beatriz Tavares¹⁵ defende que com a violação de um dever conjugal, surge para o cônjuge lesado o direito à reparação, ainda que este seja exclusivamente moral, do mesmo modo que ocorre em qualquer outra relação jurídica. Porém, ressaltar-se que a jurista destaca que sua posição não consiste na defesa da aplicação dos princípios da responsabilidade civil pelo mero término ou rompimento do matrimônio, já que defende a idéia majoritária na doutrina de que o fato de deixar de amar o cônjuge não é causa de qualquer forma de reparação, pois não gera ato ilícito, apesar de levar sofrimento ao outro pela frustração do sonho da vida comum juntos acabar.¹⁶

Para a reparação por lesão extrapatrimonial, faz-se necessária a pretensão dos seguintes pressupostos: ação ilícita, podendo esta ser dolosa ou culposa; nexo causal e dano. Porém, a pessoa que rompe uma relação de matrimônio meramente por falta de amor, sem que qualquer ofensa ao outro, ou sem desprezeitar nenhum dever conjugal, está, na verdade, segundo entendimento majoritário, exercendo regularmente seu direito de poder não permanecer casado, não havendo assim indenização no âmbito da responsabilidade civil.

Apesar de aquele que promete casar, não ser juridicamente obrigado a cumprir tal promessa, pode-se enquadrar o rompimento injustificado do noivado, dependendo das circunstâncias em que se dê tal conduta, como um exercício abusivo de direito, configurando hipótese de abuso do direito previsto no artigo 187 do Código Civil¹⁷. Tal abusividade se dá pela forma como o rompimento se realiza, e não pelo arrependimento em si de casar, como pode-se perceber na apelação cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nº 70027032440.¹⁸

Atualmente tanto o atual Código Civil de 2002 quanto a Constituição Federal de 1988 preverem expressamente dano moral, tanto cumulado com o dano material, quanto exclusivamente moral, porém, ambos não esgotam o assunto relativo ao dano moral. Não

¹⁵SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Díbito Conjugai. Afeto, ética família e o novo Código Civil*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 534.

¹⁶Ibid., p. 539.

¹⁷CARVALHO NETO, Inácio. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 417.

¹⁸BRASIL. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70027032440. Restor. Desembargador. Jorge Luiz Lopes do Couto, julgado em 21/01/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 27/jan/2017.



existe, portanto, uma previsão ou rol taxativo das situações nas quais se deve reconhecer a obrigação de reparar a vítima do dano que sofrer lesão à sua dignidade.

Nos dias de hoje, se pode afirmar que a possibilidade de reconhecimento dos danos morais no âmbito das relações conjugais já é algo pacífico na doutrina. Entretanto, é bastante controvertido o alcance da ilicitude neste tipo de relação, ou seja, discute-se muito ainda a delimitação de quais seriam as situações nas quais se pode reconhecer o dano moral, bem como a obrigação de repará-lo. Sobre o tema, há basicamente duas correntes divergentes.

A primeira corrente é adepta de uma ampla caracterização da ilicitude nas relações conjugais, abrangendo assim a responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, incluindo assim, os laços conjugais. Os integrantes dessa corrente entendem a existência do dever de indenizar tanto nos casos gerais, regidos basicamente pelo artigo 186 do Código Civil, como também, em casos específicos, decorrentes da violação de algum dos deveres conjugais previstos no artigo 1.566 do Código Civil.¹⁹

Por sua vez, a segunda corrente, majoritariamente defende que a aplicação da responsabilidade civil nas relações conjugais se faz presente somente nas hipóteses em que se observa a ocorrência de um ato ilícito nos moldes genéricos, como previsto no artigo 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002, ou ainda não havendo ato ilícito, somente nos casos em que houver uma ofensa ao substrato essencial da dignidade humana de um dos cônjuges.²⁰ Portanto, salienta-se a inexistência de uma regra geral de aplicação do dano moral, sobretudo nos casos de rompimento imotivado de noivado, devendo-se analisar o caso concreto.

3. NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ROMPIMENTO DE NOIVADO E ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE O TEMA

Entende-se que quando um dos cônjuges realiza uma certa conduta que lesa a dignidade de seu consorte, este fato, além de poder se submeter a uma determinada sanção própria do Direito de Família, também pode gerar a aplicação de aspectos da responsabilidade civil, devendo o cônjuge ofensor ressarcir a vítima pelo dano causado. Entretanto, alerta-se que o legislador brasileiro segue uma sistemática diferente da adotada pelo Código Civil Francês, bem como pelo Código Civil Português, os quais preveem

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Família*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 88.

²⁰ *Ibid.*, p. 88.



expressamente a aplicação da responsabilidade nas relações de família. Porém, mesmo com a ausência de dispositivos neste sentido na legislação pátria, a aplicação da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família é defendida hoje em larga escala pela doutrina e jurisprudência.

O fato de o Direito brasileiro não conter expressamente uma previsão legal a respeito da reparação por danos morais no âmbito das relações conjugais não é um fato impeditivo para a sua aplicação, tendo em vista a também inexistência que desautorize ou vede tal possibilidade. Sendo assim, percebe-se que atualmente a doutrina majoritária tem a posição por defender a plena aplicação da responsabilidade civil nas relações conjugais.

Observa-se que a jurisprudência caminha no sentido de rejeitar a idéia de que o mero descumprimento dos deveres conjugais pode levar a obrigação de reparar. Justamente nessa perspectiva, têm-se admitido a obrigação de reparação por danos morais na ruptura da sociedade conjugal somente nos casos em que há a prática de um ato ilícito absoluto ou ainda que não haja tal ato, se tenha, pelo menos, uma ofensa ao substrato essencial da dignidade humana de um dos cônjuges²¹.

Cabe destacar que ordenamento brasileiro não regulou a figura do contrato sponsalício, não havendo assim propriamente uma “promessa” a ser resolvida em perdas e danos caso descumprida. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes²², o objetivo do legislador ao deixar de prever no ordenamento jurídico brasileiro essa promessa de casamento foi o de, justamente, preservar o valor à liberdade dos indivíduos envolvidos no matrimônio, os quais teriam o pleno direito de se arrepender. Logo, sobre o rompimento de noivado, faz-se uma ponderação entre a liberdade de ser casar e a integridade psicofísica da pessoa abandonada.

Sobre a posição de não se aplicar a reparação por danos morais em casos de mera violação dos deveres conjugais, aponta-se, como exemplo o julgado na Apelação Cível n. 70015627979, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²³.

Atualmente, mesmo com as frequentes transformações que tem sofrido o Direito de Família e o instituto do casamento, ante cada vez mais a sociedade admitir e estimular “relacionamentos abertos” e a manutenção de relações sexuais casuais e sem compromisso, mesmo assim, ainda esta presente nos costumes e no trato social que a formalização do

²¹MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.179.

²²Ibid., p.179.

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7ª Câmara Cível. AP. n° 70015627979, Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site.php/consulta/consulta_processo.php?id_camara=porto_alegre&num_processo=10500260552>. Acesso em: 27 abr. 2017.



casamento deve ser precedida de tratativas preparatórias, nas quais os possíveis e futuros cônjuges prometem a si que contrairão o matrimônio, por meio do noivado²⁴.

Destaca-se que chama-se “esposais” ou “promessa de casamento”, justamente, o compromisso matrimonial contraído entre duas pessoas, entendido, geralmente, como “noivado”. Nesse ato, as partes interessadas prometem, recíproca e livremente casar, assumindo assim obrigações mútuas. Porém, não se exige forma pública ou solene para o noivado, normalmente, ocorrendo apenas com a manifestação verbal. Inexiste também a fixação de prazo mínimo ou máximo para que ocorra o matrimônio²⁵.

No passado, antes até mesmo do Código Civil de 1916, o noivado tinha natureza contratual e resolvia-se em perdas e danos, mas a partir da Lei do Casamento Civil de 1890 e do Código Civil de 1916, deixou de se regulamentar o assunto²⁶. No atual Código Civil, não há nenhuma regulamentação ou orientação quanto ao noivado. Sendo assim, pelo fato do legislador não ter disciplinado os esposais como um instituto autônomo, muitos consideram que se pretendeu deixar a responsabilidade civil pelo rompimento da promessa de noivado sujeito à regra geral do ato ilícito²⁷.

No atual Código Civil, permite-se que os nubentes celebrem um pacto nupcial, dispondo sobre o regime de bens.²⁸ Entretanto, a validade desta convenção fica condicionada à celebração do casamento, o qual, não se realizando, acarreta na ineficácia do respectivo pacto nupcial, vide artigo 1.653 CC/2002, parte final.

Majoritariamente entende-se que a simples ruptura do noivado por qualquer dos noivos ou o não cumprimento da promessa de casamento não enseja reparação, já que o espontâneo relacionamento entre duas pessoas livre de qualquer coação, ameaça ou engodo, busca estabelecer vínculos afetivos de modo a conduzir à união formal pelo casamento, conforme inteligência do artigo 1.514 do Código Civil de 2002.

Segundo o preceito da responsabilidade civil aplicado no âmbito do rompimento de noivado, o ônus da prova da ocorrência do dano é do noivo que se sentiu prejudicado pela

²⁴ SANTOS, Thiago Rodolfo dos. *Esposais e Rompimento de Afeto e o Dever de Indenizar*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, n. 26, p. 84, fev/mar. 2012.

²⁵ FARIAS, Cristiano Claver; ROSENVALD, Nelson. *Cursos de Direito Civil: Família*. Salvador: Jus Podem, 2012, p. 756.

²⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de família: Direito Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.34.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66

²⁸ ROSSA, Marcelo Paulim da; CARVALHO, Dimas Messias de; FRBITAS, Douglas Phillip. *Dano Moral e Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.58

quebra da promessa. Porém, ressalta-se mais uma vez inexistir, contudo, uma obrigação imposta ao noivo que desiste das núpcias de indicar um justo motivo para o desenlace²⁹.

O debate sobre os “justos motivos” para o rompimento do casamento, mostra-se totalmente inócua. Atualmente impera a tutela dos direitos fundamentais e a efetivação dos princípios constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana e da liberdade, tornando assim retrógrada a ideia de se exigir qualquer motivo justificado para o rompimento. Justamente por isso, há a impossibilidade de se aplicar ao rompimento de noivado a teoria da perda de uma chance ante a necessidade que tal teoria tem de demonstração de um prejuízo real.

Os únicos motivos que devem prevalecer para manter duas pessoas unidas em laços familiares são o amor e afeto. Caso estes motivos deixem de existir ao longo de uma relação, não há mais o porquê de se manter uma união. Portanto, a falta de amor ou afeto já são motivos justos e suficientes para o rompimento de uma relação, pois caso contrário os nubentes passariam a se tornar reféns um dos outros³⁰.

Sendo assim, indiscutivelmente o rompimento amoroso, seja ele em uma relação matrimonial plenamente constituída com o efetivo casamento, ou em uma relação ainda em construção como o noivado, acaba destruindo sonhos de futuro e deixando, na grande maioria das vezes, magoas permanentes na pessoa abandonada³¹. Porém, frisa-se que no rompimento de noivado, a tendência majoritária da doutrina e jurisprudência é considerar que a simples ruptura do noivado, via de regra, não gera a responsabilização civil, ou seja, não gera a obrigação de reparar o dano ao noivo abandonado.

Porém, apesar da dita posição majoritária da doutrina, defende-se abertamente que quando a ruptura é solenizada sem reserva, discrição, preocupações e cuidados, do noivo arrependido no anticlímax da separação, caso submeto o outro noivo a uma exposição de ridículo social, os efeitos do desenlace superam os incômodos pessoais da mera desilusão amorosa e entram no circuito da ofensa à honra objetiva, cabendo-se neste caso, a referente responsabilização e conseqüente indenização por dano moral³². Portanto, a responsabilização por dano moral não estaria exatamente ligada ao rompimento de noivado como “fato em si”. A

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Família*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 199.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves. Teoria do risco desnaturalizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, São Paulo, n. 1, p. 12, dez./jun. 2008.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 152.

³² CRUTO, Sérgio. *Dano Moral Resultante de Noivado*. Disponível em <http://www.gestao-familia.ufr.br/2008/artigos_pdf/Sergio_Cruto/NOIVADO.pdf> Acesso em: 27 mai. 2017.



indenização estaria relacionada à “forma” de como o rompimento ocorreu, sendo presente caso proporcionassem ao noivo abandonado um dano à imagem ou a honra, por exemplo.

Sobre o tema, faz-se pertinente a leitura de alguns julgados tais como as Apelações Cíveis n. 4651³³; 902624300³⁴ e 70027032440³⁵ de modo a demonstrar o entendimento dos tribunais nacionais a respeito da matéria.

Sendo assim, apesar da visão majoritária da doutrina quanto a não responsabilização pelo simples término de noivado, possibilita-se reconhecer o dever de indenizar por dano moral, ante o rompimento do noivado ter ocorrido, por exemplo, as vésperas do casamento, durante a realização do “chá de panelas”.

Portanto, apesar da inexistência de uma jurisprudência consolidada sobre o tema, segundo os argumentos até aqui defendidos no presente artigo e as decisões pesquisadas, pode-se aplicar a responsabilização por danos morais quando o rompimento do noivado ocorrer às vésperas do casamento. Porém, destaca-se, mais uma vez, que não se discute o direito do interessado em buscar uma nova opção de vida, com outra pessoa ou não. O que gera a responsabilidade é a firma de terminar o vínculo afetivo, deixando a pessoa exposta à situação constrangedora, conforme amplamente aceito na doutrina.

CONCLUSÃO

Depois de analisar a evolução, ainda que de modo resumido, do direito de família brasileiro desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais, bem como de promover um estudo acerca dos institutos da responsabilidade civil, é possível concluir que ambos sofreram significativas e admiráveis modificações, impulsionadas, sobretudo, pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Câmara Cível. Ação n. 4651. Relator: Desembargador Antonio Gomes da Silva. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publica/62gpa/consultaPublica.do?tjpr.wfLcrypto=8a5c538698c7f778efe7164da119419a0029f16681ea4ab7db8b87f77adff753d415f5015cd7079db6e47aaf7e0d81bb55fe08b9b43ee78>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 6ª Câmara. Apelação Cível n.902624300. Relator: Desembargador Testa Marchi. Disponível em: <[³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70027032440. Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Couto. Disponível em: <\[222 | Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro\]\(http://www.tjrr.jus.br/scripts/weblink.mgw?MKFWLPN=CONSULTA&LAB=CON&WEB&PGM=WEBPCNU&AC1&PORTAL=1&N=1970027032440&tipoConsulta=publica&back=1=>. Acesso em: 27 abr. 2017.</p></div><div data-bbox=\)](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.cndigu=RMZ014JLB0000&conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa_cclLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SA&numeroDigitoAnoUnificado=&claroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=902624300&unidCaptcha=>. Acesso em: 27 abr. 2017.</p></div><div data-bbox=)



Com a atual Carta Magna em 1988, surge o berço de uma nova visão do Direito, e uma nova concepção do papel do ser humano na sociedade, muito mais democrático e preocupado em aplicar a justiça entre os homens. Nesta temática um dos ramos jurídicos que mais sofreu e ainda vem sofrendo modificações até hoje é, justamente, direito civil, tendo em vista que o mesmo nasceu sob a ótica do patrimonialismo e do individualismo. Com isso, o Direito de Família, conseqüentemente absorveu as mesmas concepções. Atualmente, observa-se o direito de família completamente voltado à proteção do afeto e do amor entre os seus membros. Portanto, o modelo de família nos dias de hoje busca a plena potencialização da personalidade dos seus componentes, debruçando-se para isso na dignidade humana.

A responsabilidade civil, a qual também sofreu uma reconstrução de acordo com os moldes constitucionais, passou a compreender aberta mente a aplicação de indenização por danos morais em diversos casos, independentemente da aplicação ou não de dano material, sob o argumento de que as lesões aos direitos da personalidade dos indivíduos não podem e não devem ficar impunes.

Nesta temática de reformulação e reestruturação do Direito Civil e da Responsabilidade Civil, mais especificamente conclui-se que a reparação por danos morais na ruptura de noivado não pode ser reconhecida investritamente, mas apenas quando existir efetivamente uma lesão a algum dos aspectos substanciais do rubente lesado. Portanto, melhor explicando, somente se a conduta do rubente for grave o suficiente a ponto de causar um dano à dignidade do outro, caberá a reparação por danos morais.

Sendo assim, não é toda e qualquer conduta que, uma vez inserida nas relações de rompimento de noivado, resulta na aplicação das regras de responsabilidade civil. Ou seja, a reparação por danos morais no rompimento de noivado somente é possível quando o dano decorrer de uma violação aos direitos da personalidade e à dignidade do ofendido, coisa que não parece ocorrer pelo simples rompimento de noivado.

O reconhecimento do dano moral e do dever de repará-lo não repousa no fato do simples rompimento do noivado, já que tecnicamente falando, à luz do artigo 188 do Código Civil de 2002, há o exercício regular do direito do noivo declinar de sua vontade inicial de viver em conjunto com o outro, pois ninguém é obrigado a manter-se eternamente ao lado de outra pessoa, principalmente, quando o que é mais querido no relacionamento, como o amor, deixa de existir. Porém, a forma como esse rompimento ocorre é determinante.

O fundamento da reparação reside na ocorrência de um dano injusto que pode surgir em toda e qualquer relação, independente da existência ou não de uma relação de noivado.



Logo, não cabe ao Direito intervir sempre que um dos nubentes se sente triste ou abandonado, pois isto integra a própria vivência e dissabores da vida a que todos estamos sujeitos.

Visando a não monetarização da aplicação de danos morais nas situações de rompimento de noivado, bem como em todas as outras situações pertinentes de reparação por danos morais, o mais correto parece ser aplicar, quando possível, outras formas de reparação da lesão que não apenas a entrega de dinheiro à vítima, como por exemplo a retratação privada.

Portanto, o presente tema da aplicação de dano moral no rompimento de noivado ainda está longe de ser totalmente definido no ordenamento brasileiro, até mesmo devido à omissão legislativa quanto ao noivado. Conseqüentemente, é prematuro estabelecer uma conclusão definitiva sobre o desenvolvimento tema no Direito pátrio. Apenas pode-se salientar seguramente que o entendimento majoritário caminha para aplicar a responsabilização por danos morais no rompimento de noivado em alguns casos à depender da forma que o rompimento ocorra. Mas salienta-se que muito ainda se espera da doutrina e jurisprudência nacionais, para que se continue a aprofundar a matéria e se possa cada vez mais buscar soluções efetivas e justas para os conflitos envolvendo possíveis lesões aos direitos da personalidade dos nubentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70027032440. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 21/01/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 27/jan/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7ª Câmara Cível. AP. nº 70015627979, Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_camara=porto_alegre&nun_processo=10500260552>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Câmara Cível. Acórdão n. 4651. Relator: Desembargador Antonio Gomes da Silva. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff78efe7164da319419a0029f16683ea4ab7db8b67ff7aff753d415f5015cd7079db6e47af7fe0d81bb55fe08f9fb43ee78>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Tribunal Justiça do Estado de São Paulo. 6ª Câmara. Apelação Cível n.902624300. Relator: Desembargador Testa Marchi. Disponível em: <http://estaj.tjsp.jus.br/tposq/show.do?processo.codigo=RMZ014JLB0000&conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&chPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&nu>

meroDigitoAnoUnificado=&firoNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=902624300&unidCaptcha=>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70027032440. Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto Disponível em: <<http://www.tjrijus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLFPN=CONSULTA&LAB=CONxWEB&PGM=WEBPCNUES&ACI&PORTAL=1&N=1970027032440&tipoConsulta=publica&back=1=>>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito da família: Direito Civil*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO NETO, Imício de. *Responsabilidade Civil no Direito da Família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____. *O novo procedimento da separação e do divórcio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Luciano Chaves de. *Teoria da Risco Desvalorizando a Indenização por Danos Morais nos casos de ruptura de noivado e das relações patrimoniais*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 01, dez./jan. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2008

GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*. Coord. DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. São Paulo: Saraiva, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. São Paulo: Renovar, 2010.

_____. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*: Direito, Estado e Sociedade. Impresso. v. 9, n. 29. jul./dez, 2006.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROSA, Comrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano Moral e Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Débito conjugal: Afeto, ética família e o novo Código Civil*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Thiago Rodovalho dos. *Esposais: o Rompimento de Afeto e o Dever de Indenizar*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, n. 26, p. 84, fev/mar. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



A EUTANÁSIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Bruno Mendo Palmiro

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho.

Resumo: A eutanásia é conceituada como boa morte e pode ser relacionada com o direito a se ter uma morte assistida, dentro de parâmetros de dignidade e com respeito à livre iniciativa e liberdade do cidadão. O tema carece de regulação na legislação nacional, ainda que envolva questão relevante para a sociedade. A jurisprudência igualmente não se manifesta sobre o assunto uma vez que as famílias resolvem seus anseios na própria relação médico-paciente. Temas correlatos como ortotanásia e distanásia são tratados e diferenciados apenas pela doutrina e pela jurisprudência comparada.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Eutanásia. Ortotanásia. Distanásia. Jurisprudência e direito Comparado.

Sumário: Introdução. 1. Eutanásia à luz do Direito Civil Constitucional. 2. Eutanásia, ortotanásia e distanásia. Análise de conceitos, doutrina e jurisprudência. 3. Eutanásia no Direito Comparado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre a eutanásia e o suposto direito de pacientes terminais em ter a sua vida abreviada em casos extremos, bem como conceitos doutrinários correlatos tais como ortotanásia e distanásia. Serão analisadas as questões e controversas sobre a legalidade de tal procedimento no Brasil. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura o direito à liberdade e a observância ampla da dignidade da pessoa humana, porém a atual interpretação do Código Penal é de criminalizar a conduta de alguém que auxilia outrem a abreviar sua vida, mesmo nos casos de doentes terminais. Há países que autorizaram tal procedimento diretamente através de alterações legislativas e outros que o fizeram em casos pontuais, através de entendimentos jurisprudenciais. Porém o tema é controverso mesmo nos nestes países. No primeiro capítulo, inicia-se a abordagem tratando dos aspectos civilistas e constitucionais, dando primazia para a liberdade de decisão do doente e de sua família. Em seguida são trazidos conceitos doutrinários e a abordagem jurisprudencial sobre o tema. Seu

terceiro capítulo versa sobre o direito comparado e como países como Canadá e Holanda trataram deste delicado tema.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência comparada.

1. A EUTANÁSIA À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Primeiramente cabe destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)¹ protege amplamente o direito à vida quando assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Em que pese ambos os direitos enumerados serem considerados direitos e garantias fundamentais, sendo inclusive considerados cláusulas pétreas pela doutrina amplamente majoritária, tem-se que existiria uma certa hierarquia entre os mesmos, sobretudo se considerado que a vida seria um direito com algumas características que não são inerentes aos demais.

Neste sentido, é válido destacar que o direito à vida seria irrenunciável, inalienável e indisponível, fato que incorre com o direito de propriedade, igualmente enumerado no caput do artigo 5º, da CRFB/88,² mas disponível, por excelência. Prossegue a Carta Magna, no mesmo artigo 5º, inciso X, informando que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Vale destacar que é a própria Constituição que também nos informa que este direito não é absoluto, uma vez que estabelece a pena de morte, no Brasil, porém no excepcional caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”, da CRFB/88).

¹. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 03 Abr 2016

² Ibid.



Por sua vez, é cediço que a tutela ao direito à vida não encontra guarida apenas na Constituição da República, mas direta e indiretamente em diversas legislações, tal como o Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848/1940³. O vetusto *codex* traz, no tipo do artigo 121, o preceito primário “Matar alguém”, enquanto o preceito secundário traz a pena abstrata para tal conduta como sendo de “reclusão, de seis a vinte anos”.

É justamente neste contexto de proteção normativa que se afirma que a conduta de ceifar a vida de alguém, caracterizado o elemento subjetivo do tipo, dolo ou até mesmo a culpa, seria uma conduta ilegal e também anti-jurídica, isto é, contrária ao ordenamento. Também neste diapasão que se afirma que nosso país não tolera a morte assistida, que seria aquela decorrente da eutanásia ou de qualquer procedimento, médico ou não, que se acelerasse ou buscasse a morte de alguém.

Tal conduta, se praticada por um familiar ou amigo poderia configurar, a depender do grau de intervenção destes, o fato típico descrito no artigo 122 do Código Penal, que descreve o crime de Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio, com penas que variam de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão. Se praticadas por um médico ou enfermeiro, poderiam até mesmo configurar o homicídio doloso, cometido por omissão (crime comissivo por omissão), uma vez que tais profissionais podem ser considerados garantidores da vida do paciente (art. 13, §2º, “a” do Código Penal⁴).

Além de tipificada como crime, tal conduta sujeita o profissional da medicina às sanções funcionais e administrativas, uma vez que a Resolução CFM n. 1.480/1997⁵ e o Código de Ética Médica não permitem, diretamente, estes tipos de intervenções. Vale destacar que a própria etimologia da palavra eutanásia, boa morte, traz, implicitamente, a ideia de um encerramento de vida sem dor ou sofrimento, significando ainda morte piedosa, morte benéfica, fácil, doce ou direito de matar. Esta última expressão é difícil configurar-se, diante de um sentido ético-jurídico, pois direito é aquilo que está cristalizado nas tradições e nos costumes. Assim, não se poderia falar em direito de matar ou direito de morrer.

³BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De2848compilado.htm>. Acesso em 14 mar 2016

⁴*Ibid.*

⁵ Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 11 abr 2016.

O tema divide a doutrina. Genival Veloso de França⁶, professor titular de Medicina Legal da Universidade Federal da Paraíba, ensina que:

No entanto, foi a partir do sentimento que cerca o direito moderno que a eutanásia tomou caráter criminoso, como proteção irrecusável do mais valioso dos bens: a vida. Até mesmo nos instantes mais duros, como nos conflitos internacionais, quando tudo parece perdido, face às condições mais precárias e excepcionais, ainda assim o bem da vida é de tal magnitude que a consciência humana procura protegê-la contra a insânia, criando regras para impedir a prática de crueldades irreparáveis. Outras vezes, a ciência, de fúria desesperada, intima os cientistas do mundo inteiro a se debater sobre as mesas de seus laboratórios, na procura dos meios salvadores da vida. Pode a eutanásia ser discutida em torno de interesses emocionais ou econômicos, mas não encontrará jamais justificativa na lei natural do homem e na ciência da medicina. As noções de ordem jurídica e médica valem mais, neste particular.

Em que pese a força dos argumentos do ressumado autor, algumas ponderações devem ser feitas. Em primeiro lugar, o direito não é estanque ou perpétuo. É da sua própria essência ser mutável, acompanhando a evolução dos povos e das sociedades. A afirmação, peremptória, de que a ordem jurídica não toleraria um procedimento assistido de eutanásia deve ser vista com ressalvas. Tal assertiva pode ser verdadeira em dado momento histórico, mas isso não pode significar que a mesma ordem jurídica não poderia ser revista.

Evidentemente a sociedade precisa de leis para regular suas relações jurídicas, *sibi societas, sibi jus*. Porém mais do que leis, a sociedade precisa ter a consciência de que é o ordenamento jurídico que deve se amoldar às necessidades dos cidadãos e não o contrário. Esse é o papel central do Poder Legislativo em países civilizados, captar as reais necessidades e demandas dos verdadeiros titulares deste poder: o povo. Membros eleitos, por sua vez, também devem se conscientizar que exercem este papel, este múnus, não em benefício próprio, mas sim para concretizar os anseios dos governados.

Dessa maneira, o que se quer frisar é que não se pode afirmar categoricamente que o procedimento de eutanásia deve sempre ser visto como criminoso. Cabe lembrar que é a própria Constituição da República que nos traz que o direito a vida, ainda que bem maior, não é absoluto. Como justificar que nossa Carta Magna, a lei das leis, tolere que se retire a vida de alguém em casos de guerra declarada, mas não se possa fazê-lo em casos de pacientes terminais ou mesmo

⁶ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 8. ed. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2003, p. 417.



diante daqueles que estão presos a um leito e que não podem igualmente fazê-lo por meios próprios?

É uma máxima de Direito Constitucional que se deve usar para interpretar as leis à luz da Constituição e não o contrário. Assim, caberia de se indagar se seria realmente criminosa a conduta do médico, ou de um familiar, que diante de sofrimento demasiado por parte de um ente querido ou tendo esta pessoa decidido em vida, através de testamento vital, dispor como desejaria encerrar a sua vida. A conduta praticada em certos e restritos casos, a ser apurados rigorosamente pelo Poder Judiciário, não deveria ser tipificada como crime, seja ele auxílio ao suicídio ou homicídio, podendo perfeitamente ser enquadrada como exercício regular de um direito, excludente da ilicitude (art. 23, III do Código Penal) ou até mesmo como inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal de exclusão da culpabilidade, diretriz a ser buscada em um Direito Penal garantista, que prima pela intervenção mínima das penas na esfera de liberdades pessoais.

Neste sentido, é imperioso que para que se autorize ou até mesmo se regule, em futuro próximo, qualquer procedimento de autorização para eutanásia, deverá passar pela apurada e refletida análise do Poder Judiciário.

Sobre as modificações na abordagem do tema, são válidas as observações do Magistrado do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Jurandir Sebastião⁷:

[...] tramita pelo Congresso Nacional, projeto de lei modificando o Código Penal, para contemplar a eutanásia passiva como norma penal permissiva, cumpridos os requisitos discriminados. O certo é que nesses casos o médico não tem o direito de impor prolongamento de tratamento aos doentes terminais, comprovadamente sem qualquer possibilidade de recuperação de saúde, principalmente se estiver constataada ordem expressa da família para cessar referido tratamento. A distinção encontra-se entre o abreviar a morte (ato positivo, proibido pela lei) e o cessar referido tratamento inútil, a pedido da família, sem que possa envolver qualquer tipo de crime. Nem o médico tem o direito de compelir a família a continuar tratamento inútil, nem a família deve ser obrigada a custeá-lo à exaustão e com ruína própria, quando não há qualquer expectativa de cura. Por igual forma e por outro ângulo distinto, o hospital, por mais caridade que pratique, não pode negligenciar o atendimento à população, ocupando-se no emprego de margens, pessoas, medicamentos, espaço e tempo em doentes absolutamente incuráveis.

⁷ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica: Civil, Criminosa e Ética*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251.



Percebe-se, portanto, que não deve existir tamanho rigor e engessamento na discussão dessa questão, a qual é altamente controversa e juridicamente debatível.

2. EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA. ANÁLISE DE CONCEITOS, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Consoante visto no capítulo anterior, a eutanásia é, atualmente, vista como crime tipificado no Código Penal⁶, sendo comumente aceito na doutrina pátria que essa conduta é ilegal nos campos civil, penal e administrativo, gerando consequência em todas estas esferas. Conforme mencionado anteriormente, seu conceito é apresentado por Genival Veloso de França como sendo “morte piedosa, morte benéfica, fácil, doce, sem sofrimento e dor, boa morte, crime caritativo, ou, simplesmente, direito de matar. Esta última expressão, direito de matar, é difícil configurar-se diante de um sentido ético-jurídico, pois direito é aquilo que está cristalizado na tradição e nos costumes. É uma prerrogativa reconhecida e sancionada conforme o interesse social e compatível com os princípios de consenso entre os homens. Assim, não se pode falar em direito de matar, nem em direito de morrer.”⁷

Distanásia, nas palavras de Jerônimo Romanello Neto⁸, pode ser definido como:

An inverse da eutanásia, distanásia é o prolongamento da morte. É a morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento. É o caso do doente que, consciente, ou anteriormente, quando hábil, tenha manifestado tal desejo, de querer ter sua vida prolongada mesmo com tratamentos inúteis e dolorosos. O médico deve respeitar o paciente, mas sempre procurando diminuir-lhe o sofrimento. A distanásia, como visto, está ligada consequentemente à responsabilidade penal do médico, possibilitando, dessa forma, a responsabilização civil do médico, além dos casos previstos de imprudência e imperícia.

Por sua vez, ortotanásia, palavra também de etimologia grega, significa suspensão dos meios artificiais de manutenção da vida, sendo que esta é cada vez mais aceita e compreendida e não pode ser considerada crime, nem mesmo ilícito civil ou administrativo. Assim, se

⁶ BRASIL. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-les/De12848compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

⁷ FRANÇA. *op. cit.* p. 412.

⁸ ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade Civil dos médicos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 100.



determinado indivíduo é diagnosticado com morte cerebral, este não mais possui personalidade civil, uma vez que o artigo 6º do Código Civil¹¹ determina que a existência da pessoa natural termina com a morte. Nesse sentido, o médico tem um papel importantíssimo quando realiza diagnóstico de morte encefálica, pois se esse fato realmente for diagnosticado, não mais se faria sentido manter alguém em estado vegetativo, fato que muitas vezes ocorre por um capricho de um familiar, que permeado por argumentos religiosos, não aceita a realidade de que aquela pessoa não mais irá se recuperar.

Tem-se que em bioética um dos seus princípios basilares é o da autonomia da vontade. Evidentemente deve ser respeitada a vontade dos familiares que, em busca de um milagre, insistem em manter alguém diagnosticado com morte cerebral respirando por aparelhos ou sob outra forma de prolongamento da vida. De outra banda, o mesmo princípio da autonomia deve ser conjugado com outros princípios de bioética, tais como a dignidade da pessoa humana e o da beneficência (ou não maleficência), onde se deve, em primeiro lugar, se respeitar a opinião daquele que está efetivamente passando pela situação fática de sofrimento.

Por motivos óbvios, percebe-se que os familiares de um doente terminal não apenas sofrem, como, no mais das vezes, têm suas rotinas completamente alteradas com idas diárias a hospitais, contratação de enfermeiros, gastos elevadíssimos com medicação, plano de saúde, *home care*, entre outros. Diante de tanto sofrimento e dedicação exclusiva é razoável que este parente se envolva emotivamente com a esperança de cura e busque auxílio espiritual através da religião e no mais das vezes acredite que aquele ser amado irá se recuperar e em breve voltar ao seio familiar, mesmo tendo diversos diagnósticos em sentido contrário.

Entretanto, em primeiro lugar deve se levar em conta o sofrimento do próprio paciente, que muitas vezes nem mesmo teve a oportunidade de se manifestar acerca de disposições de última vontade ou de como desejaria ter sua vida encerrada. Não é da cultura do cidadão brasileiro dispor, por testamento, sobre o destino da totalidade ou parte de seus bens para depois de sua morte (Artigo 1.857 do Código Civil¹²), quanto mais para disposição de atos de última vontade, tanto é que tal previsão nem mesmo consta do atual Código Civil, a despeito do Título III do Livro V (Direito das Sucessões) deste *codex*, destinado às sucessões testamentária conter mais de 50 (cinquenta) artigos.

¹¹ BRASIL. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 14 mar 2016

¹²Ibid.

Atento a esse fato, juristas reunidos na 5ª Jornada de Direito Civil¹³, promovida pelo Conselho da Justiça Federal elaboraram o enunciado n. 528 com o seguinte teor, “Art. 1.729, parágrafo único e 1.857. É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico também chamado testamento vital em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja, no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade”.

Ainda que tais enunciados não sejam considerados leis, têm tido guarida no meio acadêmico e orientado diversos estudiosos quando da resolução de omissões e conflitos de normas.

Dessa forma, acaso determinada pessoa tenha elaborado testamento vital, também chamado de testamento vital, essa vontade deve ser respeitada com soberania, ainda que venha a desagradar determinada pessoa, vinculada por parentesco ou até mesmo amizade ou amizade. Questão prática de difícil resolução seria aquela relacionada ao conhecimento do conteúdo do testamento vital, uma vez que no mais das vezes esse não é feito de firma pública. Assim, se determinado parente, já com suas faculdades emotivas abaladas pelo estado de saúde grave de um ente querido vem a ter em mãos o conteúdo de testamento vital, em que esse ente vem a solicitar que nele não se realize nenhuma forma de intervenção médica ou cirúrgica, poderia ceifar do conhecimento do médico essas disposições, na esperança de que tratamentos pudessem restaurar sua saúde, imbuído na crença de que tais disposições de última vontade não seriam as melhores ou legítimas.

Nessa forma, conforme mencionado supra, um dos princípios basilares de bioética é o da autonomia da vontade. Nesse caso, não se trata da autonomia da vontade do esperançoso parente, mas sim daquele que, não só manifestou que não desejaria ser tratado no caso de determinada doença, ou de qualquer doença, mas ainda o fez por escrito. Dessa maneira, verificando com a *actio libera in causa*, isso é, através da ação livre na causa, que este foi o momento em que o paciente declarou e até mesmo testou que não desejava ser tratado, é este momento que deve ser respeitado, e nenhum procedimento deve o médico adotar, pois foi o desejado enquanto podia dispor.

¹³BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cj/PCRJ-Coesif/jornadas-cjf/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil>>. Acesso em 21 mar 2016.

Diante da conceituação dos institutos da eutanásia, distanásia e ortotanásia, faz-se necessário fazer uma digressão sobre a postura do Supremo Tribunal Federal diante de tema correlato, qual seja, o momento do início da vida, decidido através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, julgada em 27/04/2005, onde se decidiu não acerca de se negar o direito à vida, sendo esta aceitação ainda minoritária, mas sobre o seu não reconhecimento em determinados casos, como em fetos anencéfalos.

A ADPF foi proposta em 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, e levou oito anos para ir a plêniário. A entidade solicitou que o STF fixasse o entendimento de que antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico não é aborto, permitindo que gestantes nesta situação tivessem tal direito sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer permissão específica do Estado. Os argumentos eram de que não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser passivo de aborto.

Veja-se a ementa da decisão do pretérito excelso¹⁴:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. **CONSIDERAÇÕES: FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA.** Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

No referido julgamento se discutiu acerca do momento em que se inicia a vida. Ainda que o presente trabalho se preste a trazer argumentos acerca da validade sobre a disposição e liberdade em aspectos sobre o encerramento da vida de determinada pessoa, restou clara a posição do STF sobre a inviolabilidade do direito a vida, como se pôde observar em trecho do voto do ministro Celso de Mello¹⁵, onde este afirmou que:

[...] não questiona a sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida. Reconheço, por isso mesmo, para além da adesão a quaisquer artigos de fé, que o direito à vida reveste-se, em sua significação mais profunda, de um sentido de inegável fundamentalidade, não importando os modelos políticos, sociais ou jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, pois – qualquer que seja o contexto histórico em que nos situemos – o valor

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/assess/adpf54.pdf>. Acesso em 21 mar 2016

¹⁵Ibid.

incorporável da pessoa humana representará, sempre, o núcleo fundante e estivamente legitimador dos ordenamentos estatais.

Não se discute que a vida humana possui valor hierárquico máximo, acaso esta necessite ser ponderada com outros valores igualmente protegidos pela CRFB/88; porém se busca trazer um contraponto, sopesando o princípio da inviolabilidade do direito à vida, com os igualmente protegidos princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III ; Ar. 4º, II e art. 5º, todos da CRFB/88¹⁶)

O que se sustenta é que a afirmação peremptória de que toda e qualquer forma de eutanásia (boa morte) seja ilegal e punida como crime não se transforme, ou pelo menos não se mantenha, como uma verdade absoluta. Hodiernamente, deve-se visualizar tal afirmativa como uma interpretação e não uma regra, e interpretação que é, pode ser ampliada ou revista, diante de um viés contemporâneo, em que se deve prevalecer a ampla liberdade nos direitos de família, sem qualquer intervenção do Estado, seja ela na liberdade de como dispor sobre seus bens patrimoniais, seja na escolha de determinado tipo de religião, preferência sexual, opção pelo momento adequado em se gerar uma prole ou de se encerrar a sua própria vida.

Ainda que a conduta de auxiliar alguém a retirar sua própria vida seja considerada crime pelo artigo 122 do Código Penal¹⁷ que, tipificando o crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, comine pena de reclusão de dois a seis anos se o suicídio efetivamente se consuma, deve se sopesar, em muitos casos, se o doente terminal não teria uma certa liberdade de escolha em deliberar, previamente, em que casos gostaria de ser tratado e em que casos não, mesmo sem a condicionante de morte cerebral diagnosticada.

Nesse sentido de nada valeria alguém procurar um tabelião, dispor minuciosamente através de testamento vital sobre cada tipo de doenças e estágios de desenvolvimento das mesmas, bem como quando e como gostaria de ser tratado, para que ao final o médico responsável não pudesse cumprir grande parte desses desideratos.

¹⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 21 abr 2016.

¹⁷ "Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena-reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave."



Certamente o tema é polêmico e tem-se que a dor é a mais íntima experiência humana. Mesmo assim, embora todos conheçam algo sobre a própria dor, como mal-estar e sofrimento, para outros ela constitui apenas um sintoma de doença ou lesão. O sofrimento da dor aguda, breve, fugaz, ainda que desagradável é passageiro. Já a dor crônica ou mazelas para as quais inevitavelmente a morte se anuncia podem gerar uma expectativa naquele que vivencia seus momentos finais em um leito de hospital ou em *hospes cars*.

Assim resta a indagação: porque não se pune a conduta daquele que quer exterminar sua própria vida, muitas vezes sendo fisicamente, vez que o artigo 122 do Código Penal, como visto, apenas pune o auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio, e não o próprio suicídio, mas se pune com as penas do homicídio doloso aquele que apenas cumpre ordem previamente manifestada sobre o próprio titular do direito em questão?

Mais uma vez o eminente professor Genival Veloso de França¹⁸ nos ensina que:

Mesmo que a morte faça parte da vida de cada um de nós, este instante é muito pessoal e único. Por isso, já se defende a ideia de que temos o direito de viver em toda plenitude a última etapa de nossa existência, apesar dos sofrimentos e das limitações. Nunca podemos esquecer que o conteúdo e o significado da fase terminal da vida de um ser humano – a expectativa da morte iminente, o lugar onde ele se encontra, a agonia, o sofrimento e os rituais que precedem a sua morte –, estão intrincados nos valores basilares que ele crê, e nos costumes e tradições que envolvem este momento na cultura a que ele pertence.

Ainda que o autor defenda a possibilidade de se agir com comportamentos omissivos, isto é, deixar de fornecer o cuidado necessário, tal qual a respiração artificial àquele que necessita, somos da opinião que seria igualmente possível, em casos extremos e com o devido crivo do Judiciário, se adotar atitudes comissivas através de ação, se isto fosse extremamente necessário a se abreviar um sofrimento.

3. A EUTANÁSIA NO DIREITO COMPARADO.

É cediço que o Direito retrata, através de sua doutrina, leis, jurisprudência e costumes a realidade histórica e social de um povo, *ubi societas ibi jus*. Entretanto é um erro acreditar que

¹⁸ FRANÇA, *op. cit.*, p. 416.

são as pessoas que amoldam seus comportamentos às leis postas, quando na realidade ocorre o contrário, isto é, o Legislativo vem ao encontro dos anseios do povo, ainda que muitas vezes com criticada mão legislativa, para regular as situações cotidianas já sedimentadas nos costumes sociais.

É também nesse sentido que cumpre seu papel o intercâmbio legislativo e jurisprudencial, em que o intérprete e o exegeta buscam na experiência de outros países o acerto ou desacerto da adoção de determinadas políticas legislativas. Tal conduta ocorre em todos os ramos do Direito, principalmente quando se elabora um Código ou leis mais complexas ou que tragam grandes impactos sociais, como seria o caso de uma mudança na legislação pátria acerca de institutos como aborto, eutanásia e outros temas intrinsecamente ligados à aspectos filosóficos existenciais e religiosos.

Mesmo em países considerados mais desenvolvidos que o Brasil, sempre que se discute tais temas, amplos debates são travados, uma vez que sempre haverá parcela da sociedade que não se contentará com a inovação, acreditando que a novel legislação será apta a romper com costumes e tradições seculares ou quando muito criar intensa desestabilização social. Neste sentido é a legislação Holandesa que vem rever os procedimentos para a terminação da vida mediante pedido de suicídio assistido e alteração do Código Penal e do enterro e cremação (*Termination of Life on Request and Assisted Suicide - Review Procedures Act*).¹⁹

Tais disposições vieram a lume em 2002, quando os Países Baixos regularam minuciosamente o tema da eutanásia e suicídio assistido através de vinte e quatro capítulos. Tal inovação foi seguida de explicações públicas, essenciais em um Estado Democrático de Direito, em que o Ministro da Justiça e o Ministro de Assuntos Exteriores divulgaram apostilas respondendo perguntas frequentes da população.²⁰

Esse compêndio legislativo estabelece na seção 2, do Capítulo II²¹, que o procedimento de suicídio assistido somente será possível em caso de sofrimento insuportável e através de consentimento informado, em que o paciente será informado de todo seu histórico de doença e expectativa de melhora, chegando-se à conclusão em conjunto do médico, devendo ainda ser

¹⁹ Disponível em http://www.patientsrightscouncil.org/site/wpcontent/uploads/2012/03/Netherlands_Ministry_of_Justice_FAQ_Euthanasia_2010.pdf. Acesso em 10 abr 2016.

²⁰ Disponível em http://www.patientsrightscouncil.org/site/wpcontent/uploads/2012/03/Netherlands_Ministry_of_Justice_FAQ_Euthanasia_2010.pdf. Acesso em 10 abr 2016.

²¹ Disponível em <http://www.euthanasia.ws/documents/Leyes/Internacional/Holanda%20Ley%202002.pdf>. Acesso em 10 abr 2016.

consultado pelo menos um outro médico independente, que deve dar um parecer escrito sobre os critérios de cuidados devido para o regular procedimento de suicídio assistido.

Interessante notar a maturidade de tal país em se respeitar a liberdade e vontade do seu cidadão em regular aspectos tão íntimos de suas próprias vidas, que na alínea “f” da seção 2 do Capítulo II²² se estabelece que “Se um paciente com idade entre dezesseis anos ou mais que não é mais capaz de expressar a sua vontade, mas antes de alcançar este estado foi considerado capaz de fazer uma avaliação razoável de interesses por si próprio, fez uma declaração escrita solicitando que sua vida seja encerrada, o médico assistente pode satisfazer este pedido.”

Tal respeito à vontade manifestada atende plenamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo no seu aspecto volitivo, que à semelhança do supracitado Enunciado n. 528 da 5ª Jornada de Direito Civil do CJF, onde pode ser feito um testamento vital, onde a pessoa será capaz de estabelecer disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja, no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

Interessante também na legislação Holandesa em seu capítulo IV, seção XX, em que se altera expressamente o Código Penal Holandês²³ em seus artigos 293, 294 e 295, onde fica disposto que “O ato não será considerado ofensivo se cometido por um médico que preencha os critérios estabelecidos na seção 2 do Ato de Suicídio Assistido devendo o médico notificar o patologista municipal acerca do procedimento.”

Na Suprema Corte Canadense, foi julgado em 06/02/2015 o caso n. 35.591, *Carter v. Canada*²⁴, onde se decidiu acerca da abreviação da vida de um adulto competente com condição médica grave e irremediável causando duradouro sofrimento e para consentir na cessação da vida com assistência médica.

O caso tratava de um paciente que havia sido diagnosticado com uma doença neurodegenerativa fatal em 2009 e questionou a constitucionalidade das disposições do Código Penal Canadense que proíbem a assistência ao morrer. Tal paciente se baseou na reivindicação de outra pessoa, que havia optado por, alternativamente, em alcançar seu objetivo de morrer com dignidade ao ser levada para a Suíça para utilizar os serviços de uma clínica de suicídio assistido.

²² Disponível em <<http://www.estadosia.ws/documentos/Leyes/Internaciona/Holanda%20Ley%202002.pdf>>. Acesso em 10 abr 2016.

²³ Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/porta1/sites/default/files/57810-89241-1-pb.pdf>>. Acesso em 10 abr 2016.

²⁴ Disponível em <<http://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/sum-sum-eng.aspx?cas=3559>>. Acesso em 11 abr 2016.

Inicialmente se concluiu que a proibição de suicídio assistido é, em geral, um exercício válido do poder da lei criminal federal da Constituição de 1867 em não prejudicar o núcleo protegido da jurisdição provincial sobre a saúde. A saúde é uma área de competência concorrente, o que sugere que os aspectos de morrer assistido por médico pode ser objeto de legislação válida por ambos os níveis de governo, não merecendo êxito.

Porém, a conclusão a que se chegou foi a de que a solução adequada é, portanto, uma declaração de que os artigos do Código Penal que tipificam tal conduta são nulos, na medida em que proíbem a morte assistida por médico para uma pessoa adulta e competente, que claramente consentiu para o fim de sua própria vida e tem uma condição médica grave e irremediável, que lhe provoca sofrimento duradouro que é intolerável para um indivíduo nestas circunstâncias e condições, não sendo correto que se obrigue o paciente a tolerar tratamentos que não são por ele desejados.

Ainda que no caso Canadense não se trate de lei escrita, este é um importante parâmetro de comparação neste país, que adota o sistema de precedentes da *common law* e poderá ser seguido por outros pacientes e até mesmo por outros países. Evidentemente não existe um melhor ou pior sistema de leis e jurisprudência. Se assim o fosse, bastaria que um país em desenvolvimento como o Brasil importasse as leis e julgados de um país mais desenvolvido para que se resolvessem todas suas mazelas. Porém, tal desiderato seria inútil, posto que cada nação tem um contexto histórico e social completamente diferentes, devendo seus Poderes instituídos, principalmente o Legislativo e Judiciário, promover diálogos com a população em prol de suprir seus anseios sociais. Tal objetivo poderia ser melhor alcançado acaso não fossem deixados a segundo plano importantes ferramentas que a Constituição prevê, tais como a consulta popular, o plebiscito e o referendo.

De outro giro também é certo que mesmo em países com elevadíssimos índices de desenvolvimento humano, como é o caso do Canadá, não estão imunes de ter suas decisões contestadas. Neste país, a Associação Médica Canadense relatou que seus membros ficaram divididos sobre a questão do suicídio assistido. De seu lado, a Liga Católica dos Direitos Civis e a Aliança Fé e Liberdade deste país protestaram contra a decisão prolatada, manifestando sua preocupação de que os médicos que se opõem ao suicídio assistido, por razões morais, não possam ser obrigados, com base em um dever de agir no melhor interesse de seus pacientes, a participar na morte assistida.

CONCLUSÃO

Tem-se que o Brasil ainda carece de legislação específica para regular o tema da eutanásia e outras modalidades de abreviação assistida da vida, sobretudo nos casos de pacientes que sofrem física e psicologicamente com a angústia de serem portadores de doenças terminais onde não há qualquer expectativa de cura e ainda assim não podem ser assistidos neste tipo de procedimento simplesmente por não ser regulado ou porque grande parcela da sociedade insiste em tratar o tema vinculando-o à questões religiosas. Não bastasse grande parte da população não ter acesso à hospitais, medicamentos e tratamentos dignos por constante omissão do Estado quanto às políticas públicas, certos doentes carecem também de adequada assistência no delicado assunto referente ao seu direito em ter sua vida abreviada por métodos passivos e até mesmo indutivos. Enquanto países política e legislativamente mais desenvolvidos propõem debates junto à sua população, ainda que esta não seja unânime nas conclusões dos debates, o Brasil relega à segundo plano este importante tema, que somente vem à tona quando um parente ou amigo próximo encontra-se em grave situação de saúde. É preciso amplos debates, sobretudo através de audiências públicas para que se busque alternativas e regulamentação quanto à assistência a procedimentos de encerramento da vida, quando essa representa mais um fardo e sofrimento do que um desfrute e um direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Dele2848compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Conselho da Justiça Federal. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEI-Cuedi/jornadas-cej/emunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.480/97. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 11, abr, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/noticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

CANADA. Supreme Court of Canada. 3559. Disponível em <<http://www.scc-rsc.ca/case-dossier/info/sum-som-eng.aspx?cas=3559>>. Acesso em 11 abr, 2016.

HOLANDA. Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act. Disponível em <<http://www.euthanasia.ws/documentos/Leyes/Internacional/Holanda%20Ley%202002.pdf>>. Acesso em 10 abr, 2016.

_____. FAQ Euthanasia 2010. Disponível em <http://www.patientsrightsCouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/03/Netherlands_Ministry_of_Justice_FAQ_Euthanasia_2010.pdf>. Acesso em 10 abr, 2016.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. A Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e a Constituição Holandesa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p.357-378, set. 2007. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67810-89241-1-ptb.pdf>>. Acesso em 10 abr, 2016.

FRANÇA, Genival Veloso. *Dirrito Médico*. 8. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 2003.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade Civil dos médicos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

SEBASTIÃO, Junadir. *Responsabilidade Médica. Civil, Criminal e Ética*. 3. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



A POTENCIALIZAÇÃO DO CERCEAMENTO DE DEFESA NA MEDIDA CAUTELAR DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM O RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE PARA A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Bruno Santos Gomes Marques

Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho. Servidor Público Estadual Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo - a interceptação telefônica apresenta-se como meio de prova mais utilizado no inquérito policial. A complexidade das organizações criminosas fundamenta a sua extensão por meio de sucessivas renovações do prazo previsto em Lei. Em função disto, no processo, com o réu preso preventivamente para a garantia da instrução, é possível verificar uma potencialização no cerceamento de defesa. A essência do trabalho é abordar o contraditório no inquérito policial quando se está diante de prova proveniente de interceptação telefônica, verificar a possibilidade de sucessivas renovações desse meio de prova e apontar o seu efeito na defesa do réu preso preventivamente para a garantia da instrução processual penal.

Palavras-chave - Direito Processual Penal. Interceptação telefônica. Cerceamento de defesa.

Sumário - Introdução. 1. O contraditório postergado na prova cautelar de interceptação telefônica: alto número de ligações amalhadas no bojo da investigação policial. 2. A possibilidade de sucessivas renovações de interceptação telefônica e seu efeito na defesa do réu. 3. A potencialização do cerceamento de defesa diante da necessidade da análise dos áudios captados na interceptação telefônica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado discute a possibilidade do cerceamento de defesa no processo penal em relação à análise efetiva durante a instrução processual da prova proveniente de medida cautelar de interceptação telefônica quando o réu está preso preventivamente com espeque na garantia da instrução processual penal. Verifica-se que diante de tal circunstância, sobretudo quando a prova produzida é extremamente complexa em quantidade, a análise da prova carreada aos autos do processo demonstra-se deficiente, uma vez que o escopo da revogação da prisão cautelar sobrepuja-se à apresentação de alegações finais esboçadas.

A evolução do direito processual penal, notadamente no que tange à matéria probatória, demonstra a agregação de diversos institutos e meios jurídicos que, com supedâneo na legislação pátria, amparam a propositura da ação penal pública.

Dentre os meios jurídicos de prova ofertados pela legislação ao legitimado para propor ação penal pública, encontra-se a medida cautelar de interceptação telefônica. Este

meio de prova é produzido, sobretudo, no bojo do inquérito policial e possui como escopo azealhar indícios de autoria e materialidade de uma conduta delitosa.

Com o desenvolvimento das organizações criminosas, a apuração das condutas dos agentes que as compõe tornou-se cada vez mais complexa. Em um cenário organizacional em que há uma comunicação latente por meio telefônico, por vezes há inquéritos policiais cujo resultado da interceptação telefônica reúne altíssima quantidade de horas gravadas e degravadas.

Em função de sua importância e com o objetivo de buscar a efetividade da medida, a interceptação telefônica só ganha publicidade, em relação àquele que está sendo interceptado, no momento da propositura da ação penal pública, por meio da denúncia. Tal fato, em regra, não representa o acesso imediato pelo advogado do réu às provas colhidas durante as investigações. O momento adequado para que o advogado do réu tenha acesso amplo aos autos ocorre antes da apresentação da defesa preliminar e durante a instrução processual, antes da apresentação das alegações finais.

Contudo, por vezes, o réu, cliente do causídico que irá analisar toda prova carreada aos autos do processo penal, está preso preventivamente para a garantia da instrução processual. Isso reverbera uma ação célere do advogado, uma vez que finda a instrução não mais subsistirá os fundamentos que amparam a prisão preventiva.

Tal circunstância repercute de forma considerável na potencialização do cerceamento de defesa do réu, porquanto a análise dos documentos cotejados nos autos do processo terá por razão a revogação imediata da prisão preventiva, o que poderá averbar efeitos na apresentação de alegações finais desfeitas com a conseqüente condenação do acusado.

Inicia-se o primeiro capítulo demonstrando que muitas vezes não há um verdadeiro contraditório postergado na produção da prova obtida por meio da medida cautelar de interceptação telefônica quando o crime a ser investigado é de extrema complexidade.

Segue-se, o segundo capítulo, na verificação da possibilidade de sucessivas renovações de interceptação telefônica e seu efeito para a defesa do réu.

O terceiro capítulo tem por escopo a defesa do franqueamento amplo da prova produzida por meio da interceptação telefônica ao advogado do réu preso preventivamente a partir do oferecimento da denúncia e uma esmerada fundamentação da medida cautelar de prisão, apontando o magistrado o objetivo concreto que se pretende garantir na instrução.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, porquanto o pesquisador pretende formular hipóteses a serem testadas com vistas a procurar evidências empíricas para rechaçá-las.



Destarte, o objeto da pesquisa delinquir-se-á sobre uma abordagem qualitativa, uma vez que se busca explicar o porquê do objeto da pesquisa, apontando, com base nisso, o que convém a ser feito, preocupando-se na compreensão da dinâmica das relações processuais.

1. O CONTRADITÓRIO POSTERGADO NA PROVA CAUTELAR DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: ALTANEIRO NÚMERO DE LIGAÇÕES AMEALHADAS NO BOJO DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Os princípios no processo penal brasileiro possuem como escopo principal a orientação da aplicabilidade dos institutos jurídicos ao caso concreto. Ou seja, por meio dos postulados principiológicos, o operador do direito envereda a subsumção do fato à norma de acordo com os ditames pelas quais ela foi engendrada.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹, de forma esmerada, conceitua princípio:

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo em que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...].

Dentro do sistema dos princípios que norteiam as normas processuais penais, encontram-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, cuja relevância é alçada a uma verdadeira garantia constitucional fundamental, consoante se depreende do artigo 5º, LV da CRFB/88².

Entretanto, embora elencados no mesmo dispositivo constitucional, estes não se confundem. O contraditório é princípio garantidor direcionado às partes na relação processual. Por meio dele as partes terão ciência de todos os atos processuais e o direito de infirmá-los em seu aspecto material e formal. Mais restrita, a ampla defesa visa à garantia ao réu de se defender, autonomamente ou por intermédio de um profissional habilitado que o represente, das acusações que a si lhes são imputadas.

¹MELLO igual NICOLINI, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 114.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidada.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

André Luiz Nicoliti³ assevera como definição e aponta como traços característicos do contraditório:

em outros termos, o contraditório é a organização dialética do processo através de tese e antítese legitimadoras da síntese, é a afirmação e negação. Ou seja, os atos processuais se desenvolvem de forma bilateral (bilateralidade dos atos processuais), possibilitando às partes manifestar-se sobre cada ato do processo. O autor apresenta razões, o réu contrazrazões, uma parte produz uma prova, a outra pode apresentar contra-prova e assim sucessivamente.

O contraditório encontra sua base de aplicabilidade na instrução processual, momento que, em regra, é o adequado para sua observação, porquanto é nessa fase que se verifica a produção e a possibilidade de infirmação das provas que sustentam as alegações das partes na relação jurídico-processual. Contudo, conquanto seja este o principal momento em que os fatos encontrarão sustentáculos concretos, há fases outras em que há a verificação do contraditório em momento posterior ao que a prova foi produzida.

Na tramitação do inquérito policial, instrumento pré-processual e principal meio investigativo no quadrante penal do Estado, é possível observar o momento da produção de prova dissonante com o momento de seu contraditório, uma vez que este somente se dará posteriormente, de forma diferida, no decorrer da instrução processual que, eventualmente, venha a ocorrer na fase processual.

No que toca à garantia do contraditório no inquérito policial e sua efetivação em momento posterior ao seu término, afirmou o Supremo Tribunal Federal⁴:

O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e restrição da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente – sequer de forma concomitante – os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado.

³*Ibid.*, p. 128-129.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. n. 2366. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portalfun/jurisprudencia/menuSumario.asp?somalia=1230>>. Acesso em: 23 out. 2016.



Uma das medidas cautelares que guardam relação com a sistemática aludida encontra-se o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas com autorização da autoridade judiciária. Nesse diapasão, é possível a mitigação da inviolabilidade plasmada no artigo 5º, XII da CRFB/88⁵, se atendidos os requisitos do artigo 2º da Lei n. 9.296/96⁶.

Hodiernamente, notadamente em função da evolução tecnológica em que a sociedade encontra-se, o meio de obtenção de prova por intermédio da interceptação telefônica tornou-se mais efetivo, porquanto a estruturação do exercício da sistemática delituosa, notadamente quando se está diante de complexas organizações criminosas, ganha contornos expressivos por meio da comunicação telefônica entre os indivíduos que compõe a malta.

Há inquéritos policiais, cuja investigação encontra arrimo notadamente em organizações criminosas, que tramitam por meses ou até anos. No arcabouço probatório produzido nesses inquéritos é possível verificar, em virtude de sucessivas renovações com base no artigo 5º da Lei n. 9.296/96⁷, considerável quantidade documental no que tange à efetivação da interceptação telefônica utilizada para sustentar o Ministério Público na propositura da ação penal pública.

Todos os elementos informativos amalhados durante a execução da interceptação telefônica são analisados pela autoridade policial. Após minuciosa análise, as ligações concluídas por relevantes por esta autoridade são gizadas em um relatório circunstanciado e, aquelas julgadas impertinentes ou irrelevantes ao objeto do que se está investigando são anexadas aos autos em uma mídia para posterior análise das partes processuais. Ou seja, somente as ligações que, de forma subjetiva, foram concluídas como relevantes para a investigação, ganharão contornos de realce no processo penal.

Nessa linha sistemática, o primeiro contato do advogado do réu, diante do oferecimento de denúncia com base, momentaneamente, na medida cautelar de interceptação telefônica produzida no inquérito policial, se dará, em regra, com base nas ligações destacadas pela autoridade policial e pelo membro do Ministério Público como relevantes para apontar o indício de autoria e materialidade delitiva.

⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

⁶ BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

⁷ *Ibidem*.

Recebida a denúncia, na forma do artigo 396 do CPP⁸ o réu citado terá o prazo de dez dias para oferecer resposta à acusação. Em regra, é nessa primeira fase que o réu exercerá a garantia ao contraditório que lhe foi tutelada pela Constituição.

Nesta linha de intelecção, diante do cortejamento do prazo de dez dias oferecido ao réu para contraditar a prova produzida pelo Ministério Público durante meses ou anos no inquérito policial, sobressai-se a potencial desigualdade entre as partes processuais, circunstância violadora da ampla defesa constitucionalmente garantida ao réu no processo penal. A mesma celeuma quanto a esta discrepância encontra fundamento na instrução processual penal em que o réu, com supedâneo no artigo 400 do CPP⁹, terá o prazo exíguo de sessenta dias para realizar a análise de todos os documentos carreados aos autos.

2. A POSSIBILIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SEU EFETO NA DEFESA DO RÉU.

Conforme já salientado, a Constituição Federal em seu artigo 5º, XII¹⁰ tutela o direito fundamental à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, porquanto corolário à intimidade do indivíduo em sociedade. Entretanto, conforme preceitua o mesmo dispositivo constitucional, esta inviolabilidade não é absoluta, comportando relativização advinda de lei infraconstitucional.

Com base na Lei n. 9.296/96, mais precisamente em seu artigo 5º¹¹, observa-se que o prazo de interceptação - 15 dias - poderá ser renovado por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Interpretando o aludido dispositivo, verifica-se divergência na doutrina quanto à quantidade de vezes que recai a renovação.

Segundo Renato Brasileiro de Lima¹², a renovação por mais de uma vez é lícita desde que não prescindível a indispensabilidade do meio de prova:

[...] o prazo da interceptação pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova (posição majoritária) (...) A depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas

⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689/Compilado.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. rev. atual e ampl. Bahia: Jus Podivum, 2014, p. 182.



investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da interceptação pode ser prorrogado indefinidamente enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas.

Leciona, em sentido contrário, André Luiz Nicolitti¹³, defendendo que a renovação poderá ocorrer somente uma única vez: "no caso em tela, a própria lei definiu claramente a questão não havendo que se especular sobre outro prazo senão o definido em termos claros no art. 5º da Lei, ou seja, 15 dias, prorrogáveis por mais 15 dias, num total de 30 dias de interceptação."

O entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁴ é no sentido da possibilidade de sucessivas renovações desde que seja devidamente fundamentada a decisão de concessão da medida.

no caso concreto, a interceptação telefônica foi autorizada pela autoridade judiciária, com observância das exigências de fundamentação previstas no artigo 5º da Lei nº 9.296/1996. Ocorre, porém, que o prazo determinado pela autoridade judicial foi superior ao estabelecido neste dispositivo, a saber: 15 (quinze) dias. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁵ orienta-se na mesma esteira, desde que comprovada sua necessidade:

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a interceptação telefônica não pode exceder 15 dias. Contado, pode ser renovada por igual período, não havendo restrição legal ao número de vezes para tal renovação, se comprovada a sua necessidade.

O debate ganha relevo quando interpretada a relativização da inviolabilidade do sigilo telefônico de forma sistemática na Constituição Federal. O artigo 136, §1º, I, "c", §2º da CRFB/88¹⁶ que trata sobre o Estado de Defesa, plasma que a restrição quanto ao sigilo das comunicações telefônicas nesse período não poderá ultrapassar o prazo de 60 (sessenta) dias. Ou seja, durante o estado de exceção o constituinte apontou um limite temporal taxativo para

¹³ NICOLITTI, op. cit. p. 827.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 88371/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=902434>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 47954/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?trve=47954&b=ACOR&p=trve&i=10&i=1>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.



o afastamento das inviolabilidades ali encartadas, o que se demonstra conflitante, axiologicamente, uma lei infraconstitucional como a Lei n. 9.296/96¹⁷, afastar a mesma inviolabilidade, durante tempos de normalidade, por mais de 60 (sessenta) dias.

Mesmo diante da jurisprudência consolidada, destoando do que preconiza o atual artigo 926, do CPC¹⁸, cuja orientação é no sentido de uma uniformização da jurisprudência estável, íntegra e coerente, com base na razoabilidade de uma interceptação telefônica que ultrapassou o elastério temporal de 02 (dois) anos, o Superior Tribunal de Justiça¹⁹ entendeu a prova como inválida:

se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei n° 9.296/96, art. 5°), que sejam, estão, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2°), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão executivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5° da Lei n° 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

Em função deste entendimento, o Ministério Público Federal interpôs Recurso Extraordinário²⁰, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, circunstância que alçou a matéria à solução pelo plenário do pretório excelso.

PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, 9º, INCISO IX; E 136, § 2º DA CF. ARTIGO 5º DA LEI N. 9.296/96. DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DA MEDIDA. ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Destaque-se que uma grande quantidade de ligação proveniente da interceptação telefônica com sucessivas renovações poderia inviabilizar o direito de defesa. Entretanto, não se pode deixar de lado a natureza jurídica instrumental do instituto. A interceptação não se

¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 76686/PR. Relator: Ministro Nilson Neves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCCN/jurisprudencia/doc.jsp?trce=76686&b=ACOR&p=true&i=10&i=13>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 625263 RG/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp?s1=%26625263%26&base=baseRepercussao&ord=1>>. Acesso em: 02 abr. 2017.



configura um fim em si mesmo, mas um meio para a obtenção da prova no processo penal proveniente de uma conduta delitiva.

Desta forma, embora ainda não se tenha encontrado perenidade na doutrina quanto às sucessivas renovações, não se pode analisar a questão de forma monocular e somente em seu aspecto teórico. É necessário balizar a discussão diante da realidade em que recai o meio de prova. Ou seja, com acrímo no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, em função da complexidade e extensão da conduta criminosa que recai a interceptação, verifica-se possível a renovação da medida por mais de uma vez.

3. A POTENCIALIZAÇÃO DO CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DA NECESSIDADE DA ANÁLISE DOS ÁUDIOS CAPTADOS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

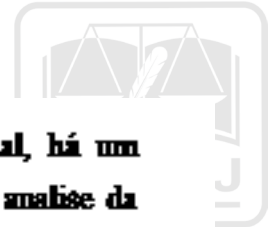
A operacionalização, em regra, pela polícia judiciária durante a tramitação do inquérito policial, cuja medida cautelar de interceptação telefônica tenha sido deferida pelo Poder Judiciário em função da representação pelo Delegado de Polícia, tem o condão de amearhar todas as ligações efetuadas e recebidas pelo investigado.

Com base nas informações colhidas durante o ciclo de interceptação de 15 dias, havendo elementos indiciários relevantes que arriquem a continuidade da produção da prova, a autoridade policial, fundamentadamente, representará pela prorrogação da medida, por mais 15 dias e assim sucessivamente.

A materialização da interceptação telefônica no Estado do Rio de Janeiro é realizada de forma exclusiva pelo programa denominado "Sistema Guardiã", conforme artigo 1º da Resolução Conjunta PMERJ/PCERJ/SESEG/MP/TJ nº 01 de 06 de maio de 2014²¹, a saber:

Art. 1º- As medidas cautelares de caráter sigiloso em matéria criminal, cujo objeto seja a interceptação de comunicações telefônicas deferidas judicialmente à Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro - PCERJ, à Corregedoria Geral Unificada - CGU, à Delegacia Repressão às Ações Criminosas Organizadas e de Inquéritos Especiais - DRACOMIE e a Polícia Militar do Rio de Janeiro, no âmbito de suas atribuições legais, serão realizadas, exclusivamente, através dos equipamentos do denominado "Sistema Guardiã" da Subsecretaria de Inteligência da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro/SESEBG.

²¹BRASIL. Resolução Conjunta PMERJ/PCERJ/SESEG/MP/TJ n. 01 de 06 de maio de 2014. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro nº 085, Rio de Janeiro, RJ, 14 de maio de 2014, p. 08.



Com vista à inserção de dados relevantes para a investigação policial, há um desmembramento de atos organizados pela autoridade policial responsável pela análise da interceptação telefônica.

Nesta linha de intelecção, por intermédio do Sistema Guardião a autoridade policial designa um agente de polícia para realizar a audição de toda a interceptação. Esse agente, diante do material captado pelo sistema, confecciona um relatório das ligações pizadas como relevantes para serem destacadas.

A imprescindibilidade da padronização da execução da medida cautelar de interceptação telefônica é reconhecida e figura como motivação da aludida Resolução Conjunta²². Nessa esteira:

O COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR, O CHEFE DE POLÍCIA CIVIL, O SECRETÁRIO DE ESTADO DE SEGURANÇA, O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA E A PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais, CONSIDERANDO:- a imperatividade em padronizar a execução das medidas que envolvam a quebra de sigilo de comunicações telefônicas e demais dados pertinentes às atividades persecutórias, na forma da Lei nº 9.206, de 24 de julho de 1996, [...]

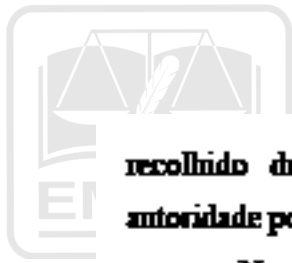
Cumpre salientar que o Delegado de Polícia, conquanto designe agente para executar a escuta, tem acesso a todos os dados obtidos pelo programa durante o lapso temporal deferido pelo juízo, uma vez que possui atribuição para avaliar, cotejando com o objeto da investigação, a relevância de todas as ligações realizadas pelo investigado.

Relevante apontar que, embora sejam destacadas para o relatório as ligações julgadas como relevantes para o objeto da investigação, todas as ligações efetuadas pelo investigado compõem o procedimento investigativo, ainda que não tenham sido analisadas como dignas de registro a dar suporte à infração penal investigada.

Observa-se, portanto, a importância que há nas ligações julgadas relevantes pela autoridade policial. Ou seja, ainda que todo o material obtido pelo Sistema Guardião seja carregado aos autos do inquérito policial, somente aqueles que sustentam o objeto da investigação são colacionados ao relatório da autoridade policial.

Esse procedimento, quando se está diante de inquérito policial cuja investigação seja complexa, com sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, reverbera na potencialização do cerceamento de defesa, pois inviabiliza a análise de todo o material

²²BRASIL, op. cit., nota 21.



recollido durante a diligencia, conferindo-se mais atenção àqueles epigrafados pela autoridade policial.

Neste sentido, André Luiz Nicolitt²³:

a coleta demasiada de conversa pode inviabilizar o direito de defesa, pois se torna inviável ao juiz e às partes escutar e valorar centenas de horas de gravação, bem como a realização da depreciação. Por tal razão às vezes o que se têm nos autos são apenas fragmentos das escutas selecionadas exclusivamente pela polícia e às vezes pelo Ministério Público, o que põe em causa não só a ampla defesa, como também o contraditório, com a consequente rotundidade da prova.

A tese ganha vulto diante do fato de ser despicincia a transcrição literal de todos os áudios captados pelo Sistema Guardião, mas somente aqueles que deram suporte para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Neste sentido é o Superior Tribunal de Justiça²⁴:

[...] 1. As mídias das interceptações telefônicas foram disponibilizadas, na íntegra, à Defesa, razão pela qual não há falar em nulidade, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado. 2. A cópia das transcrições parciais das interceptações telefônicas constantes dos relatórios da autoridade policial ficou disponibilizada à Defesa desde o oferecimento da eventual acusatória. 3. É pacífico o entendimento nos tribunais superiores no sentido de que é prescindível a transcrição integral do conteúdo da quebra dos sigilos das comunicações telefônicas, somente sendo necessária, a fim de se assegurar o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, a transcrição dos excertos das escutas que serviram de base para o oferecimento da denúncia. [...]

Na mesma esteira, é o entendimento do Supre Tribunal Federal²⁵:

[...] I - Este Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo a quo, não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. II - No julgamento do HC 91.207-MC/RI, Rel. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, esta Corte assentou ser desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas, sendo bastante que se tenham deprecados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida. [...]

Com o objetivo de diminuir os efeitos inquisitoriais do inquérito policial, o Supremo Tribunal Federal no enunciado 14 de súmula vinculante afirmou que é direito do defensor, no

²³NICOLITT, op. cit., p. 828.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EHC n. 27997/SP. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <[HTTP://WWW.STJ.JUS.BR/SCON/JURISPRUDENCIA/DECISAO.JSP?TRVE=27997=ACOR&SP=TRUE&I=4](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/decisao.jsp?trve=27997=ACOR&sp=true&i=4)> Acesso em: 14 abr. 2017.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 885878 AgR/RI. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/procreso/verProcessoArquivo.asp?numero=885878&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

interesse do representado, ter acesso aos elementos de prova já documentados e que digam respeito ao direito de defesa.

Observa-se, entretanto, que o acesso não é pleno. Somente aqueles já documentados serão franqueados vista à defesa, excluindo-se, nessa toada, as diligências ainda em andamento, o que inclui as interceptações ainda não exauridas, tutelando, assim a eficiência do meio de prova.

Na linha de intelecção do Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo alargou as hipóteses de tutela do amplo acesso aos autos do procedimento investigativo, por meio da Lei n. 13.245/16 que modificou o artigo 7º da Lei n. 8.906/94²⁶.

O artigo 7º, XIV e XXI, da Lei n. 8.906/94²⁷ plasma que são direitos do advogado examinar autos de flagrante e de investigação de qualquer natureza, bem como preconiza que o causídico tem o direito de assistir seu cliente investigado durante a apuração de infrações. O efeito da inobservância desses regramentos é a nulidade absoluta de eventual interrogatório e depoimento, bem como os elementos investigatórios deles decorrentes ou derivados, tal como, por exemplo, a interceptação telefônica oriunda desse elemento de prova.

Ademais, acresça-se o fato do aludido dispositivo franquear ao advogado o direito de, no curso de uma investigação, apresentar razões e quesitos ao Delegado de Polícia.

Entretanto, o direito tutelado ao advogado não é absoluto. O §11 do artigo 7º, do aludido diploma²⁸, esclarece que a autoridade presidente do inquérito poderá delimitar o acesso do causídico aos elementos de prova relacionados às diligências em andamento e ainda não documentadas nos autos, na linha do enunciado 14 de súmula vinculante.

Arrematando a tutela do direito de defesa do investigado, o §12 do mesmo dispositivo garante a responsabilização do Delegado de Polícia nos casos em que o fornecimento dos autos é negado ou realizado de maneira incompleta com peças, ilegalmente, omitidas.

Observa-se, por oportuno, que a tutela referenciada precedentemente guarda relação com a defesa do investigado e não com o contraditório da prova produzida, porquanto, conforme já ressaltado, será feita de forma postergada na instrução do processo penal que eventualmente se iniciará.

A discussão ganha contornos mais sólidos quando se está diante de um amalgama complexo de ligações promanadas pela interceptação telefônica e o réu encontra-se preso

²⁶ BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 03 jun 2017.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.



preventivamente para a conveniência da instrução processual penal, com base no artigo 312 do CPP²⁹.

O advogado, nesse caso, ao receber os autos para análise das provas colacionadas, buscará compulsá-las, com vistas a infirmá-las o mais rápido possível, uma vez que, finda a instrução, não haverá mais o fundamento de sustentação para a prisão preventiva. Essa conduta, por certo, notadamente no que toca à prova oriunda da interceptação telefônica, aumenta o risco de uma defesa deficiente.

Embora a celeridade da análise da prova enseje uma rápida revogação da preventiva, conforme os fundamentos ressaltados, há o descurtamento de outro aspecto, qual seja, essa análise célere pode consubstanciar em uma alegação final defeituosa.

O advogado, aparentemente, enfrenta um dilema na solução da causa. Ou busca a rapidez na análise das provas e se atém, sobretudo, aos relatórios que a autoridade policial enaltece como relevantes para a investigação, ou realiza a audição de cada diálogo envolvendo o investigado com vistas a, por exemplo, demonstrar que a conclusão da autoridade policial, em outro contexto interpretativo da ligação, não apresenta indício de cometimento de infração penal.

Essa circunstância pode ser amenizada no momento em que se decide sobre a decretação da prisão preventiva. O magistrado, ao analisar a representação pela medida cautelar com fundamento na conveniência da instrução, deverá apontar, de forma precisa, qual prova está sob o risco da ingerência do réu.

Logo, se as provas oriundas da interceptação não contêm o risco de perda por interferência ilícita do réu, mais coerente seria a estratificação da instrução. Ou seja, em uma primeira audiência de instrução seriam postas ao contraditório as provas que sustentam o decreto prisional e, em um segundo momento, analisar-se-iam as provas provenientes da interceptação telefônica. Da mesma forma, se o arrimo para a prisão é a proteção das provas oriundas da interceptação, primeiro se faria a instrução desta, e, posteriormente, a instrução das outras.

Desta forma, o advogado poderia analisar toda a prova produzida pela interceptação telefônica com o réu solto. Assim, garantiria uma verificação pormenorizada dos diálogos realizados por seu cliente e haveria paridade com o Ministério Público, uma vez que este, desde o início da operacionalização da interceptação, teve acesso a todos os diálogos do réu e aos relatórios produzidos pela autoridade policial.

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento tecnológico reverberou em uma adequação natural da evolução da convivência humana. Por meio de algumas ferramentas provenientes dessa evolução, a sociedade encontrou um meio mais eficaz e célere de comunicação.

Por outro lado, em função da facilidade na comunicação, organizações criminosas encontraram um meio mais seguro e efetivo de encaminhar os comandos entre seus componentes: ligações telefônicas.

Acompanhando essa evolução e em função dos efeitos que ela produz, o direito processual penal promanhou diversos institutos e meios jurídicos para a produção probatória que ampararão a propositura da ação penal. Dentre esses meios jurídicos destaca-se a medida cautelar de interceptação telefônica.

Em uma realidade em que há uma comunicação intensa por meio telefônico e em função da possibilidade de sucessivas renovações amparadas pelo entendimento dos tribunais superiores, há inquéritos policiais que amesalham uma grande quantidade de horas de ligações gravadas e desgravadas que são juntadas posteriormente, com o oferecimento da denúncia, nos autos do processo.

Conquanto produzida durante a investigação policial, a análise de toda essa prova, em função do que preconiza o contraditório diferido ou postergado, será realizada durante a instrução processual.

Há cenários em que, somado a isso, o réu encontra-se preso preventivamente para a garantia da instrução. Tal fato reverbera em uma rápida ação do advogado, pois finda a instrução não mais subsistirá os fundamentos que amparam a decretação da prisão preventiva.

Tal circunstância irradia efeitos de forma considerável na potencialização do cerceamento de defesa, uma vez que a análise dos documentos cotejados nos autos do processo terá por razão imediata a revogação da prisão preventiva, o que enteverará na apresentação de alegações finais muitas vezes defeituosas, com a consequente condenação do acusado.

Com base nisso, imprescindível se verifica a hígida observância da proporcionalidade no que toca ao deferimento das renovações das interceptações telefônicas, o franqueamento amplo da prova produzida ao advogado do réu a partir do oferecimento da denúncia e uma escurreita fundamentação da medida cautelar de prisão, apontando o magistrado o objetivo concreto e a individualização da prova que se pretende garantir na instrução por meio da prisão.



REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em 05 de mar. 2017.

_____. Resolução Conjunta FMERJ/PCERJ/SESEG/MP/TJ n. 01, de 06 de maio de 2014. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, RJ, 14 mai. 2014, p. 8.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: Jus Podivm, 2014.

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

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual do processo penal e execução penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.



A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Caroline Rocha Freitas

Graduada pela Universidade
Estácio de Sá, Advogada.

Resumo – a atuação do Delegado de Polícia no Estado Democrático de Direito requer mais do que a apuração das práticas delituosas que chegam ao seu conhecimento, indo além para também exercer outras importantíssimas funções como a de proteger os bens jurídicos mais importantes, tal como baseada a função do Direito Penal, e a de proteger o investigado dos excessos e arbítrios do próprio Estado, diante da sua peculiar condição de ser humano titular dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave – Direito Penal e Processual Penal. Princípio da Insignificância. Delegado de Polícia. Investigação criminal.

Sumário – Introdução. 1. O Delegado de Polícia como o primeiro garantidor dos direitos fundamentais. 2. O Princípio da Insignificância e sua aplicabilidade. 3. A aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o controvertido tema da aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela pelo Delegado de Polícia, apresentando as correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

A doutrina moderna vem entendendo pela aplicabilidade do princípio da insignificância pela Autoridade Policial, desde que seja de forma fundamentada, em razão da sua análise técnico-jurídica sobre os fatos, confirmada pela novel Lei n. 12.830/13, na fase preliminar de investigação.

A discussão sobre o tema envolve a análise formal pela Autoridade Policial das hipóteses ensejadoras da aplicação do princípio bagatelar, desde que cumpridos todos os



requisitos que serão analisados durante a exposição deste trabalho, bem como a garantia dos direitos fundamentais, desde a fase de investigação ao suposto autor do fato infracional.

O tema é controverso entre os operadores do direito e merece atenção especial, uma vez que sempre é delicada a atuação do Estado na interferência do direito de liberdade de um cidadão.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando a análise do papel que o Delegado de Polícia atualmente desempenha no ordenamento jurídico pátrio, principalmente pelo fato de ser ele o primeiro garantidor dos direitos fundamentais. Dentro deste capítulo será abordada ainda a análise fático-jurídica dos fatos que são apresentados à Autoridade Policial, bem como a mudança de paradigma do inquérito policial, como um instrumento de promoção dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, será abordado o princípio da insignificância ou da bagatela no direito brasileiro, traçando críticas sobre os pressupostos enunciados pelo Supremo Tribunal Federal para a sua aplicação nos casos concretos, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Além da crítica citada, também será realizada uma análise jurisprudencial que retrata os casos em que os Tribunais Superiores vêm entendendo ser possível ou não a aplicação do princípio da insignificância.

O terceiro capítulo destina-se a examinar como o Delegado de Polícia pode, em sede de investigação criminal, proporcionar ao cidadão a aplicação imediata dos direitos fundamentais proclamados pela República Federativa do Brasil, sem, contudo, invadir a competência ministerial à luz do Sistema Acusatório, consagrado em nosso ordenamento jurídico.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.



1. O DELEGADO DE POLÍCIA COMO O PRIMEIRO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais proclamados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornou-se necessária a adoção do sistema acusatório, que se releva como uma garantia constitucional do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. “*A contrario sensu*, no Estado totalitário, em que a repressão é mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida”¹.

O ultrapassado sistema inquisitivo, que possuía como características a concentração das funções de acusar, julgar e defender em uma só pessoa, bem como a sigilosidade, revela-se como incompatível diante das garantias constitucionais previstas na CRFB/88 e, por isso, toda e qualquer investigação que reúna duas ou mais funções deve ser banida do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, desde os mais primórdios tempos, nos idos dos anos de 1808, o delegado, pessoa autorizada pelo Intendente Geral de Polícia para representá-lo nas províncias, exercia simultaneamente as funções típicas de autoridade policial e de autoridade judicial.

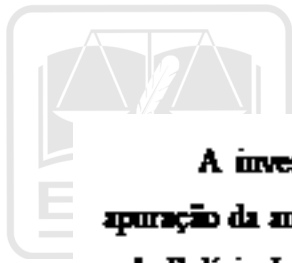
Com o sistema acusatório, adotado no Brasil, que possui como característica principal a nítida separação de funções entre acusação, julgamento e defesa, a função da autoridade policial, por muitas vezes é pouco conhecida e difundida, não apenas para a sociedade como um todo, mas inclusive no ambiente jurídico.

“A falta de conhecimento e do papel desempenhado pela Polícia Judiciária fez com que, equivocadamente, o Delegado de Polícia seja simplesmente enxergado como o dirigente de uma unidade policial, equivalente ao “*sheriff*” norte americano”².

Hodiernamente, a atuação do Delegado de Polícia encontra guarida na Constituição Federal e é marcada pela equidistância entre acusação e defesa em sede inquisitorial, ofertando possibilidades idênticas para ambas as partes interessadas.

¹ RANGHEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47.

² PERAZZONI, Franco. *Suplente policial: doutrina e prática (a visão do delegado de polícia)*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016, p. 23.



A investigação criminal, entendida como o conjunto de atos do Estado voltados à apuração da autoria delitiva e da materialidade do fato criminoso, é em regra, desempenhada pela Polícia Judiciária, através do inquérito policial. Contudo, verifica-se que a investigação criminal não é uma exclusividade da Polícia Judiciária, dispondo o ordenamento jurídico de outros meios de investigação, como a investigação realizada pelos membros do Ministério Público, as Comissões Parlamentares de Inquérito e a investigação dos Tribunais pelos atos infracionais cometidos pelos magistrados.

O inquérito policial é hoje um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que é conduzido pelo Delegado de Polícia, que detém atribuição eminentemente jurídica, que deve assegurar uma investigação imparcial e garantista. Dentre todos os modelos de investigação possíveis, é o inquérito policial aquele que mais se aproxima da isenta apuração dos fatos, por estar desvinculado das pretensões de ambas as partes interessadas, a defesa e a acusação.

A investigação criminal não busca tão somente a adequação do fato à norma, tampouco a comprovação da infração penal. Com o inquérito policial, consequentemente conduzido pela autoridade policial competente, pode-se dizer que este instrumento investigatório pode servir até mesmo para a aferição das imputações atribuídas ao indivíduo, evitando-se a propositura de ações penais temerárias, que causariam constrangimentos ao investigado, bem como o sobrecarregamento de demandas ajuizadas perante o Poder Judiciário.

Carnelutti³ afirma que “a investigação criminal não se volta mais à comprovação de um delito, do que para excluir imputações descabidas e aventuradas”.

“Acusar um indivíduo, imputando-lhe a autoria pela realização de um fato típico, ilícito e culpável, de forma despida de elementos mínimos de prova, é a mais chocante e nefasta violação ao senso moral da humanidade civilizada”⁴.

A concepção que desvaloriza o indivíduo em detrimento de interesses da sociedade não serve ao propósito que pretende a CRFB/88. Inicialmente, devem ser proporcionadas todas as garantias do indivíduo para, posteriormente, as garantias estatais, com a consequente satisfação social.

³ CARNELUTTI apud PERAZZONI, Franco. *Inquérito policial: doutrina e prática (a visão do delegado de polícia)*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016, p.33.

⁴ VELLOSO, Fernando. *O inquérito policial como instrumento de garantia*. Disponível em: <<http://www.editerjur.com.br/2015/03/o-inquerito-policial-como-instrumento-de-garantia/>>. Acesso em: 09 out. 2016.



A finalidade do inquérito policial será atingida quer se encontrem elementos hábeis para a propositura da ação penal pelo Ministério Público, quer concluindo pela inocência do investigado.

O Delegado de Polícia no atual Estado Democrático de Direito possui as funções de proteger os bens jurídicos mais importantes, escolhidos pelo legislador ordinário ao elaborar as normas penais; apurar as supostas práticas delitivas que lhe são submetidas, devendo atuar com imparcialidade e equidistância dos interessados, bem como proteger o investigado dos arbítrios cometidos pelo próprio Estado, diante das garantias fundamentais proclamadas pela Constituição.

A persecução criminal deve caminhar lado a lado com as garantias do indivíduo, com o escopo de preservar o princípio reitor de todo o ordenamento jurídico que é o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil. Assim, “pode-se afirmar que o Estado-investigação nada mais é do que um meio cuja finalidade consiste na garantia dos direitos fundamentais”⁵.

Com efeito, a investigação criminal bem sucedida é aquela que atende ao interesse do Estado na elucidação do autor da infração penal para, no futuro, havendo justa causa, submetê-lo ao processo criminal e que ao mesmo tempo, garanta ao investigado uma investigação justa, imparcial, comprometida com os direitos fundamentais, em especial a aplicação do princípio da presunção de inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana.

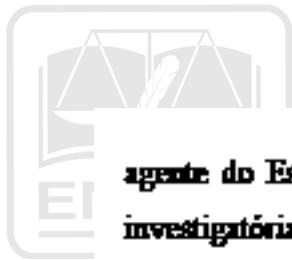
Daí a importância da Polícia Judiciária, a cargo do Delegado de Polícia de carreira, privativo de bacharel em Direito, que revela-se como função essencial à justiça, prevista no artigo 144 da CRFB/88⁶, bem como a sua condução pelos procedimentos policiais reconhecidos pela novel Lei n. 12.830/13, fortalecendo com isso, o sistema acusatório.

No julgamento do HC 84.548/SP⁷ pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello reconheceu que o Delegado de Polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça. Mais uma vez, projeta-se a figura da autoridade policial como sendo o primeiro representante estatal a preservar os direitos fundamentais proclamados pela CRFB/88, não apenas das vítimas, mas também dos investigados. Sem dúvidas, é o Delegado de Polícia o

⁵ BORRHO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e razão*. São Paulo: RT, 2002, p. 48.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC n. 84548. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>>. Acesso em: 09 out. 2016.



agente do Estado-investigador que possui o mais íntimo contato com os institutos da fase investigatória.

Apesar de parcela da doutrina processual penal afirmar que inquérito policial tem por única função subsidiar o Ministério Público na propositura das ações penais, tendo um caráter unidirecional, a doutrina contemporânea entende que a finalidade do inquérito policial deve ser vista “à luz de uma barreira contra acusações infundadas e temerárias, além de um mecanismo de salvaguarda da sociedade, assegurando a paz e a tranquilidade sociais”⁸.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE

O princípio da insignificância, também conhecido pelo brocardo latino *minimis non curat praetor*, segundo Capez⁹, tem suas origens no Direito Romano e no ano de 1964 foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através de Claus Roxin, para o qual condutas insignificantes deveriam ser excluídas da seara do Direito Penal.

A conduta até pode ser adequada ao tipo penal, mas não chega a causar ao bem jurídico, uma lesão significativa, a ponto de justificar a intervenção do Direito Penal. Hoje, a jurisprudência e a doutrina são pacíficas em reconhecer a sua aplicação, como será visto adiante.

O referido princípio é um princípio limitador e orientador do Direito Penal, que, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, decorre do Estado Democrático de Direito.

Embora sem previsão legal expressa, o princípio da insignificância é reconhecido pela doutrina brasileira¹⁰ e pelos Tribunais Superiores, tendo o Supremo Tribunal Federal, inclusive, traçado vetores para a sua aplicação, conforme será visto no momento oportuno.

Pelo princípio da insignificância, o Direito Penal só deve se preocupar com as condutas mais relevantes e não condutas bagatelares, ínfimas, ou seja, aquelas condutas incapazes de causar qualquer afetação a bem jurídico protegido por lei.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.50.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 19. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27.

¹⁰ GRIBCO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 18. ed. V. 1. Niterói: Impetus, 2016, p. 111.

“A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido”¹¹.

Sendo certo que o objetivo dos tipos penais incriminadores é de proteger um bem jurídico, quando determinado fato for insignificante ou irrelevante, a conduta não deve ser tida como típica.

“Adotada a teoria da imputação objetiva, que concede relevância à afetação jurídica como resultado normativo do crime, esse princípio apresenta enorme importância, permitindo que não ingressem no campo penal fatos de ofensividade mínima”¹².

É de bom alvitre ressaltar que não se deve confundir o referido princípio com aquele denominado de bagatela impropria, pois aquele possui a natureza jurídica de exclusão da tipicidade material da conduta, enquanto este exclui a culpabilidade no comportamento praticado pelo agente.

Para o Ministro Celso de Mello, “o princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal”¹³.

Também não deve ser confundido com os crimes de menor potencial ofensivo. Estes são tratados pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95¹⁴ como sendo os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos e estão submetidos ao regramento dos Juizados Especiais Criminais. Embora os crimes de menor potencial ofensivo não sejam tratados com penas gravemente impostas pelo legislador, é certo que possuem ao menos uma gravidade perceptível no seio social.

“A insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida”¹⁵.

Para a sua aplicação, o princípio da insignificância deve ser analisado do ponto de vista concreto e de acordo com cada caso. Isso quer dizer que não basta que uma conduta possua pena ínfima ou de que seja de pequeno valor a coisa subtraída, por exemplo.

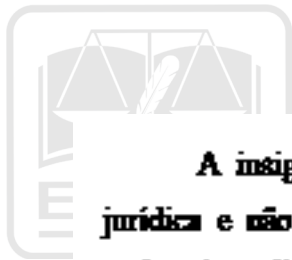
¹¹ CABEZ, op. cit., p. 27.

¹² IRSUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 32. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 92.461. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portals/procesos/verProcessoTextos.asp?id=3175861&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 02 mar. 2017.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 17. ed. V.1. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 49.



A insignificância deve ser valorada através de uma consideração global da ordem jurídica e não ser analisada isoladamente. Aspectos subjetivos do autor do fato também podem impedir a aplicação do princípio bagatelar, como por exemplo, a reiteração delitiva e os antecedentes.

A jurisprudência vem prestigiando o princípio da insignificância, já tendo sido acolhido em inúmeras decisões dos Tribunais Superiores, notadamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Como dito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu quatro vetores para sua aplicação, de tal modo que a apreciação concreta da insignificância do comportamento não fique adstrita tão somente à dimensão econômica do prejuízo sofrido pela vítima, mas que seja pautada por uma análise global da conduta e do agente.

São vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal: a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a mínima ofensividade da conduta; e, por fim, a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A doutrina faz uma crítica em relação a análise de tais vetores para orientar a aferição do relevo material do injusto penal, pois o Pretório Excelso assentou estas circunstâncias, mas deixou de defini-las, não sabendo o intérprete como diferenciá-las ou distingui-las.

“Se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação. Os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculos”¹⁶.

Tanto a doutrina como os Tribunais Superiores entendem ser possível ou não a aplicação do princípio da insignificância em determinados crimes, que, a título exemplificativo serão aqui citados.

Por exemplo, a jurisprudência¹⁷ é pacífica em não reconhecer a aplicação do princípio da insignificância ao delito de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal¹⁸, por se tratar de crime complexo, comportando a violência e a grave ameaça. Assim, nenhuma violência ou grave ameaça pode ser considerada insignificante ou de pequena monta.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo. *Cursos de Direito Penal. Parte Geral*. 11. ed. V.1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 90.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 1013602/BA. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1589212&num_registro=201602989640&data=20170216&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2017.

¹⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/lei02848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.



A jurisprudência majoritária diz que não se aplica o princípio bagatela aos crimes praticados contra a Administração Pública, porque o bem jurídico tutelado é a moralidade administrativa, descaracterizando o requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente.

Alguns julgados do Supremo Tribunal Federal¹⁹ reconhecem a sua aplicação em tais delitos, mas a orientação majoritária inclina-se pelo não reconhecimento para excluir a tipicidade material do delito.

Não se pode deixar de mencionar o delito de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal²⁰. Para este delito é certo que a jurisprudência reconhece a aplicação do princípio da insignificância. Todavia, há divergência quanto ao valor para fazer a sua aplicação.

O Supremo Tribunal Federal²¹ reconhece a incidência da insignificância no descaminho se o valor do tributo sonegado não ultrapassar o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme a Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda²².

Já o Superior Tribunal de Justiça²³ entende ser cabível a aplicação do princípio em estudo apenas se o valor do tributo sonegado não ultrapassar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos no art. 20 da Lei n. 10.522/02²⁴, ao argumento de que a portaria do Ministério da Fazenda é norma infra legal que não possui a força normativa capaz de alterar o patamar para a aplicação do princípio da bagatela.

No crime de posse de drogas praticado por militar, previsto no art. 290 do Código Penal Militar²⁵, a jurisprudência vem entendendo pela não aplicação do princípio da insignificância, em razão da hierarquia e disciplina que regem a vida militar.

Os Tribunais Superiores entendem pela não aplicação da insignificância ao crime de moeda falsa, em que objeto de tutela da norma é a fé pública e a credibilidade do sistema financeiro, não sendo determinante para a tipicidade o valor posto em circulação.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 104286/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623194>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²⁰ Vide nota 18.

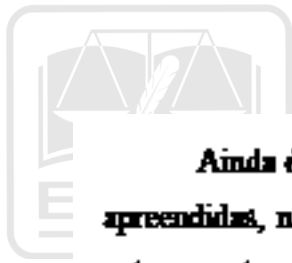
²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123861/PR. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045101>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²² BRASIL. Portaria n. 75, de 22 de março de 2012. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria75>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp n. 1348621/PR. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SOCEN/jurisprudencia/doc.jsp?id=1409931>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²⁴ BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²⁵ BRASIL. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.



Ainda é entendimento dos Tribunais que, independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06²⁶ e de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06²⁷, sob pena de se ter a própria revogação, *contra legem*, da norma penal incriminadora.

Vários outros exemplos podem ser encontrados na jurisprudência nacional sobre a aplicação ou não do princípio bagatela, como forma de excluir a tipicidade material da conduta do agente.

Por fim, é imprescindível que o aplicador do direito esteja sempre atento, a fim de não banalizar o princípio da insignificância, aplicando-o em qualquer caso, de modo a desvirtuar o seu objetivo.

3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Embora ainda cause perplexidade em alguns e discordância em outros, a aplicação do princípio da insignificância pela Autoridade Policial, é hoje uma realidade que vem aos poucos sendo difundida e reconhecida por aplicadores e estudiosos do direito.

Falar em aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia é nada mais nada menos, do que garantir a existência de uma investigação criminal justa, garantista, imparcial e pautada nos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Hodiernamente, o Delegado de Polícia desempenha um papel de extrema relevância na sociedade, sendo a sua atuação essencial e exclusiva ao Estado. Conforme dito alhures, é o Delegado de Polícia o primeiro garantidor dos direitos fundamentais, é aquele que primeiro toma conhecimento dos atos infracionais e o primeiro a estar em contato com as partes, seja a vítima, seja o autor do fato.

Também é a sua importância que no ano de 2013, o legislador ordinário editou a Lei n. 12.830/13²⁸, reforçando o entendimento de que ao Delegado de Polícia deve ser dispensado

²⁶BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²⁷ Vide nota 26.

²⁸BRASIL. Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.



o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

A controvérsia não cinge-se em saber se é possível a aplicação do princípio bagatelar em delitos de pequena monta, pois conforme explanado no capítulo anterior, ao referido princípio inclusive foram traçados vetores para sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim em saber se a Autoridade Policial pode ou não aplicá-lo durante a instauração de um inquérito policial ou antes de decretar a prisão em flagrante de algum indivíduo.

Há uma relutância por parte de instituições como o Ministério Público e a Magistratura em reconhecer tal possibilidade, pois agindo desta forma, estaria o Delegado de Polícia reivindicando uma função que não é sua e extrapolando suas prerrogativas.

Parece que a questão perpassa por questões políticas das instituições envolvidas e o fato de uma instituição se sobrepor a outra. É certo que a usurpações de funções e a confusão de papéis desenvolvida pelas instituições é uma atividade nociva ao Estado Democrático de Direito, até porque o ordenamento jurídico brasileiro é pautado pelo sistema acusatório, marcado pela nítida separação de funções.

Todavia, a discussão aqui travada vai além, pois o que se discute, na realidade, não é uma função que deveria ser um encargo do Delegado de Polícia, mas sim de reconhecer os direitos dos indivíduos consagrados constitucionalmente enquanto pessoa humana, garantindo a eles uma investigação justa e harmoniosa com o sistema de política criminal.

Como a investigação criminal é comandada pelo Delegado de Polícia, ele deve ter o contendor de uma aplicação da lei penal injustificada, trazendo à baila a noção de que condutas insignificantes não devem sofrer a aplicação do Direito Penal, mas sim a de outros ramos do direito, que se revelam suficientes para solução do caso concreto. Isso porque o Direito Penal deve ser tido como a *ultima ratio*, somente justificando a sua atuação quando outros ramos do direito não se mostram suficientes.

Uma notícia²⁹ veiculada nos meios de comunicações no ano de 2014 demonstrou que ainda há muita resistência em reconhecer a aplicação do princípio da insignificância pelos Delegados de Polícia, tendo inclusive, alguns deles tido processo disciplinar instaurado contra si para apurar a conduta. Tal fato fez com que muitas Autoridades Policiais pensassem duas vezes antes de aplicar o referido princípio, o que resultou na prisão de diversos indivíduos por delitos banais, tais como um furto de um salgadinho e refrigerante ou de um xampu.

²⁹ ANIBAL, Felipe. *Delegados são punidos por soltar ladrões "insignificantes"*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/delegados-sao-punidos-por-soltar-ladros-insignificantes-eg1yqtwpugy89vmsafqvi>>. Acesso em: 19 mar. 2017.



Em um caso como esse, por exemplo, o Estado gastaria mais suportando a prisão de um acusado do que o próprio valor da *res furtiva*.

Para sanar essa controvérsia devemos repensar a definição do papel desenvolvido pelo Delegado de Polícia na sociedade moderna, de acordo com as diretrizes constitucionais. Em casos como o acima citado não há dúvidas de que a Autoridade Policial tem a discricionariedade para aplicar o princípio bagatelar. É mais do que a discricionariedade, os Delegados de Polícia devem ser incentivados a aplicá-lo.

De fato, reconhecer a aplicação do princípio da insignificância em sede policial reduz de forma drástica os números de denúncias propostas perante o Judiciário, com a consequente redução da população carcerária.

Deve-se sempre projetar a figura do indivíduo como detentor de direitos fundamentais ao aplicar a lei penal. Por isso é importante reconhecer o princípio da insignificância em sede policial, pois desde o início da persecução penal se garante ao acusado um resultado que seria alcançado dentro de meses ou anos, mantendo-o acastelado desnecessariamente.

A aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia, para tanto, deve ser realizada de forma fundamentada, assim como deve ser toda e qualquer decisão judicial, expondo as razões pelas quais a Autoridade Policial entendeu ser cabível o afastamento da tipicidade material da conduta do acusado, com o consequente não indiciamento do indivíduo.

É importante ressaltar que ao encerrar a investigação, concluindo pelo não indiciamento do acusado, os autos do inquérito policial seguirão para o Ministério Público para formar a sua *opinio delicti*.

Em um caso paradigmático ocorrido no Estado do Rio de Janeiro³⁰, o Delegado de Polícia reconheceu a aplicação do princípio da insignificância, o membro do Ministério Público entendeu por oferecer a denúncia e o juiz absolveu sumariamente a acusada.

No caso exposto, o Delegado de Polícia entendeu por deixar de lavrar a prisão em flagrante de uma mulher que teria subtraído 13 (treze) bônus de produto para cabelos, que totalizavam o valor de R\$ 77,09 (setenta e sete reais e nove centavos), deixando, portanto, de indiciá-la.

³⁰ NICOLINI, André. *Delegado reconhece princípio da insignificância, Ministério Público denuncia e Juiz absolve sumariamente uma acusada de tentativa de furto de 13 bônus de cosmético, no RJ*. Disponível em: <<http://empuniciadodireito.com.br/juiz-reconhece-o-principio-da-insignificancia-e-absolve-sumariamente-uma-acusada-de-tentativa-de-furto-de-13-bonus-de-cosmetico/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

Não obstante, o Ministério Público indiciou a acusada, tendo, posteriormente, o juiz aplicado a absolvição sumária reconhecendo a tese do Delegado de Polícia, por tratar-se de fato desvestido de tipicidade material.

Tal fato só reforça o entendimento de que a Autoridade Policial não só deve como pode aplicar o Princípio da Insignificância nos casos em que for cabível a sua aplicação, principalmente pelo fato de proporcionar ao indivíduo a imediata aplicação dos direitos fundamentais, bem como pelo reconhecimento da análise técnico-jurídica que realiza sobre os fatos que lhes são apresentados.

Pode-se dizer que este entendimento reforça a transformação e o papel da Polícia Judiciária perante a sociedade moderna, que deve zelar pelo estrito cumprimento da lei penal, bem como pela sua correta aplicação.

CONCLUSÃO

Com o Estado Democrático de Direito e as garantias e os direitos fundamentais proclamados pela CRFB/88, o papel da Polícia Judiciária, em especial o papel da Autoridade Policial vem, ao longo dos tempos, ganhando destaque, já que o Delegado de Polícia é o primeiro agente representante do Estado a estar em contato com o investigado/acusado/indiciado ou com a vítima da infração penal.

Nesse contexto, desde o início da investigação criminal em sede de Polícia Judiciária, o Delegado de Polícia deve ter a sua atuação pautada na imparcialidade e no respeito às garantias constitucionais asseguradas aos indivíduos.

E é exatamente nesta circunstância que surgiu a polêmica sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia.

De um lado, por razões institucionais, entende-se pela impossibilidade da atuação do Delegado de Polícia em casos de mínima ofensividade, pois haveria supressão de uma atividade conferida apenas a outras carreiras jurídicas.

Por outro lado, entende-se pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pela Autoridade Policial, visando a adequação da sua função com as normas legais, bem como pela projeção que o indivíduo deve ter como o principal sujeito de direitos conferidos constitucionalmente.



Apesar das polêmicas sobre o tema, a doutrina mais moderna vem entendendo que a Autoridade Policial não só deve como pode aplicar o princípio da insignificância aos casos que lhes sejam apresentados, desde que, sejam verificados nos casos concretos, os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, como a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Além desses vetores, o próprio legislador ao editar a Lei n. 12.830/13 conferiu a isonômica posição do Delegado de Polícia com relação aos magistrados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e advogados.

É importante ressaltar que a adoção de tal posicionamento não prejudica o controle exercido pelo órgão ministerial, que, inclusive, pode adotar uma posição diversa daquela adotada pela Autoridade Policial. Também não se verifica prejuízos para o magistrado, pois o seu livre convencimento permanece intacto.

Importante destacar que o Delegado de Polícia exerce uma análise jurídica sobre os fatos que lhes são apresentados, pois, para o exercício desse *ius iuris*, exige-se formação jurídica, além de possuir completa independência funcional na condução da investigação policial.

A independência do Delegado de Polícia deve ser vista mais do que uma prerrogativa inerente ao cargo, mas também como uma segurança do cidadão, que se verá livre de uma investigação pautada em arbitrariedades, além de ser tratado sem discriminações benéficas ou prejudiciais, em nada ferindo o sistema acusatório adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, não poderia ser outra a forma de conduzir a investigação criminal em um Estado Democrático de Direito, qual seja, como um agente que atua como um filtro de contenção da irracionalidade do sistema penal.

REFERÊNCIAS

ANÍBAL, Felipe. *Delegados são punidos por soltar ladrões "insignificantes"*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/delegados-sao-punidos-por-soltar-ladros-insignificantes-egl-yjqtvpugyt89curma6q6vi>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 17. ed. V.1. São Paulo. Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12830.htm>. Acesso em 19 mar. 2017.

_____. Portaria n. 75, de 22 de março de 2012. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria75>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp n. 1346621/PR. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1409931>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84548. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>>. Acesso em: 09 out. 2016.



_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 92.463. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?ml=3175861&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 1013662/BA. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=TTA&sequencial=1569212&num_registro=201602989640&data=20170216&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 104286/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623194>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123861/PR. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045101>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 19. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNELUTTI apud PERAZZONI, Franco. *Inquérito policial: doutrina e prática (a visão do delegado de polícia)*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 18. ed. V. 1. Niterói: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Parte Geral. 32. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NICOLITT, André. *Delegado reconhece princípio da Insignificância, Ministério Público denuncia e Juiz absolve sumariamente uma acusada de tentativa de furto de 13 bisnagas de cosmética, no RJ*. Disponível em: <<http://empuriododireito.com.br/juiz-reconhece-o-principio-da-insignificancia-e-absolve-sumariamente-uma-acusada-de-tentativa-de-furto-de-13-bisnagas-de-cosmetica/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

PERAZZONI, Franco. *Inquérito policial: doutrina e prática (a visão do delegado de polícia)*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 11. ed. V.1. Salvador: Juspodivm, 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VELOSO, Fernando. *O inquérito policial como instrumento de garantia*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2015/03/o-inquerito-policial-como-instrumento-de-garantia/>>. Acesso em: 09 out. 2016.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO E O FEMINICÍDIO: A NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO

Caroline Rodrigues Serafim

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo – a violência contra a mulher se apresenta em diversas formas e em diferentes tipos familiares. O surgimento da Lei nº 11.340/06 evidenciou um grande avanço no combate a esse problema. Entretanto Lei nº 11.340/06 não trata da forma mais grave de violência, a morte da mulher, em razão de ser mulher, isto é, o crime de feminicídio. O trabalho objetiva abordar a necessidade de tipificação do feminicídio como tipo penal autônomo para entender melhor a violência praticada contra a mulher.

Palavras-chave – Direito Penal. Feminicídio. Violência Doméstica. Efetividade. Direito e Gênero.

Sumário – Introdução. 1. Ordenamento Jurídico e a Proteção à Mulher. 2. Feminicídio: abordagem conceitual e tipologias. 3. Necessidade de tipificação do crime de Feminicídio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Esse artigo se propõe a discutir a violência de gênero contra mulher, retratando a efetividade da proteção contra esse tipo de violência no ordenamento jurídico e a necessidade de tipificação do crime de feminicídio.

Mostra-se necessário analisar a importância da proteção a mulher e ao combate a violência de gênero. Em virtude da grande desigualdade de gênero presente na sociedade brasileira precisa-se debater a tipificação das condutas relacionadas as diversas formas de violência de gênero que culminam com o grau máximo, que é o feminicídio.

Uma das principais causas de morte de mulheres é a violência praticada por seus parceiros. Muitas vezes esse homicídio não é um ato isolado ou uma conduta única, mas o resultado de uma vida de humilhação e violência. A Lei Maria da Penha prevê apenas os delitos



de lesão corporal relacionados à violência de gênero, mas é omissa quanto ao tratamento sobre o desdobraimento mais grave, isto é, a morte.

A tipificação do feminicídio com a Lei nº 13.104 mostra-se necessária no reconhecimento da motivação dos crimes. As mulheres, muitas vezes, são mortas apenas pela razão de serem mulheres, evidenciando a desigualdade de gênero presente na sociedade.

Com a Constituição Federal de 1988 é possível observar avanços no que tange as ações afirmativas governamentais, assim como a busca por mecanismos mais eficazes de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher; entretanto o ordenamento jurídico, em especial a Lei nº 11.340, dão proteção integral a mulher vítima?

Essa questão merece atenção já que a violência contra mulher se apresenta de diversas formas, como sexual, psicológica, patrimonial, intelectual etc. A forma mais grave de violência é o homicídio da mulher, motivado por questão de gênero. Trata-se de uma violação aos direitos humanos das mulheres, incompatível com o estado democrático de direito. Atualmente há uma tipificação específica para o autor de crime doloso contra a vida praticado contra a mulher apenas pela condição de ser mulher?

Com a tipificação de homicídio no Código Penal, é necessário a criação de um tipo penal próprio como Feminicídio para esclarecer a real causa de morte das mulheres.

A Constituição da República Federativa do Brasil 1988 (CRFB/88) busca a valorização da mulher. No âmbito das relações de gênero e das relações familiares. A CRFB/88 foi positiva ao prever a igualdade entre homens e mulheres, assim como a valorização da família (art. 226 da CRFB/88) e também o repúdio a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 226, §8º, CRFB/88).

Em que pese a existência de uma igualdade formal entre homens e mulheres previstas no ordenamento jurídico, a mulher ainda é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Com o advento da Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), a questão da violência de gênero ganhou destaque, tornando-se mais conhecida pela população.

A Lei nº 13.104/2015, tipificou o feminicídio no Brasil. E por isso ainda mostra-se necessário debater a evolução da tutela estatal aos direitos da mulher e o avanço dos mecanismos de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. Discutindo a efetividade dos institutos trazidos pela Lei nº 11.340, discutindo as diversas formas de prevenção e controle. Discutir a necessidade de combater a impunidade das mortes de mulheres em situações de violência de gênero.



Para isso, no primeiro capítulo discutir-se-á a importância da Lei nº 11.340, demonstrando os mecanismos existente na legislação atual e as ações afirmativas desempenhadas pelo Estado a fim de combater a violência de gênero contra a mulher.

No segundo capítulo problematizar-se-á a efetividade da proteção oriunda da Lei nº 11.340 como forma efetiva de combate, prevenção da violência, analisando a proteção dada a vida da mulher em condição de violência doméstica. E no terceiro capítulo analisar-se-á a necessidade de tipificação do feminicídio, relatando a sua importância como grau máximo da violência de gênero contra a mulher.

Inicialmente será desenvolvida uma pesquisa bibliográfica, com a análise de livros, periódicos e legislação para reunir maior conhecimento sobre a tese sustentada e definir os objetivos de investigação. A pesquisa seguinte seguirá será explicativa, através da abordagem da causa e consequência do assunto abordado.

1. ORDENAMENTO JURÍDICO E A PROTEÇÃO À MULHER

O presente capítulo visa analisar as formas de proteção à mulher existentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os documentos internacionais mais importantes e promulgados pelo Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil¹ promulgada em 1988, é um documento importante para os direitos das mulheres. A grande foi a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

A igualdade entre homens e mulheres somente tem efetividade quando é reconhecida a posição jurídica de cada um, assim como é necessário a presença de instrumentos de tutela que permitam a realização prática dessa igualdade.

Até pouco tempo vigorava nos Tribunais do Júri a tese legítima defesa da honra. Assim como, no mesmo Tribunal do Júri, a mulher era dispensada do serviço do Júri, em face dos afazeres domésticos.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.



Desta forma, a CRFB² trouxe alguns dispositivos versando sobre a proteção da mulher. O novo diploma dispõe sobre o direito da população encarcerada, evidenciando a garantia do respeito à integridade física e moral dos presos e presas, destacando o tratamento sem qualquer distinção. A Constituição³ também disciplina o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos. Todavia, este direito é objeto de muita discriminação e normalmente é exercido apenas por homens. Sob a alegação de que a visita íntima concorre apenas para o aumento do número de mulheres presas grávidas, privando-as deste direito.

A Constituição⁴ especifica ainda a condição da maternidade das presidiárias, assim como a necessidade de recolhimento separado e estabelecimento próprio e adequado a condição da mulher.

Ainda dispõe sobre o planejamento familiar em seu art. 226, §7º da CRFB/88. Para a Constituição⁵ de 1988 o planejamento familiar é uma decisão livre do casal e não só do homem, cabendo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o seu exercício, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Sobre o direito ao trabalho das mulheres, a Constituição⁶ veda a discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil, e seu art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei 9.029⁷, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. E ainda determina a proteção especial da mulher do mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei 9.799⁸, de 26 de maio de 1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho).

Especificamente sobre a violência contra a mulher, a CRFB⁹ dispõe que cabe ao Estado assegurar a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, §8º). Foi a primeira vez que houve o reconhecimento do fenômeno da violência familiar e doméstica, que era sistematicamente denunciado pelos movimentos de mulheres desde os anos 70 e 80.

² Vide nota 1

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/LEIS/L9029.HTM>> Acesso em: 06 jun 2017.

⁸ BRASIL. Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9799.htm> Acesso em: 06 jun 2017.

⁹ Vide nota 1

Na esfera internacional, o movimento de proteção dos direitos humanos das mulheres, segundo Flávia Piovesan¹⁰ possui três questões centrais: a) a discriminação contra a mulher, b) a violência contra a mulher, e c) os direitos sexuais e reprodutivos.

Centrando a análise para a temática da violência contra a mulher, a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher¹¹, promulgada pelo Decreto nº 4.377¹², é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos das mulheres. São duas as frentes propostas: promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra as mulheres nos Estados parte.

Há ainda a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a mulher, aprovada pela ONU em 1993, bem como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher¹³ ("Convenção de Belém do Pará), aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 1994, reconhecendo que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente os exercícios dos demais direitos fundamentais.

Segundo estes documentos internacionais supramencionados a violência baseada no gênero ocorre quando um ato é dirigido contra uma mulher, apenas por ser mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional. Concluindo que a violência baseada no gênero reflete relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre homens e mulheres.

A convenção de Belém do Pará¹⁴ foi promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. É neste cenário internacional que surge a principal legislação sobre o tema da violência doméstica, a Lei nº 1.340/06¹⁵ – a Lei Maria da Penha.

Maria Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio cometidas por seu companheiro, que apesar de 15 anos após o crime ainda continuava em liberdade. Por meio de petição conjuntas de duas entidades: o Centro para a Justiça e o Direito Internacional e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, o caso foi apresentado à

¹⁰ PIOVESAN, Flávia; SILVIA, Pimentel. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de, et al. *Lei Maria da Penha – Comentários em suas perspectivas jurídicas-jurísticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377> Acesso em: 06 jun 2017.

¹² Vide nota 11

¹³ BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em <<http://legis.sesabn.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>> Acesso em: 06 jun 2017.

¹⁴ Vide nota 13

¹⁵ BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm> Acesso em: 12 set. 2016.



Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em 2001, depois de 18 anos do crime contra Maria da Penha, a Comissão condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica.

O caso da Maria da Penha demonstra como as relações sociais de afeto ou familiares são palco de abusos e inúmeras formas de violência. Por isso não podem ser reguladas unicamente por normas morais, sob pena de se perpetuar a violência em prol da manutenção da família.

A condenação da Comissão recomendou ao Brasil “perseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil”¹⁶. Afirmando ainda que:

Esta tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas uma pauta sistêmica. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher.¹⁷

Após a condenação, em 07 de agosto de 2006 foi adotada a Lei 11.340¹⁸ (denominada de Lei Maria da Penha), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres.

É importante destacar que até 2006 o Brasil não possuía legislação específica a respeito da violência contra a mulher. Mesmo após a previsão do art. 226, § 8º da CRFB¹⁹, que determina a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiar, nada tinha sido feito. Essa omissão estatal, muito além de negligenciar a proteção da mulher em situação de vulnerabilidade, também retrata a sensação de que a violência doméstica é um tema afeto à sociedade conjugal, relegando o problema ao ambiente privado, onde o estado não se deve ingerir.

A Lei Maria da Penha²⁰ é ainda o mais importante diploma legal sobre o tema, porque transpôs a violência contra a mulher do âmbito privado para o público, criando normas jurídicas dotadas de efetividade.

¹⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – OEA, Relatório nº 54/01, caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 04/04/01. Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/2000/port/12051.htm>>. Acesso em: 10 out 2016.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Vide nota 15

¹⁹ Vide nota 1

²⁰ Vide nota 15



Inicialmente a lei define a violência doméstica como a violência sexual como estupro, assédio, violência conjugal e familiar, e outras formas baseadas no gênero como a trabalhista, patrimonial, psicológica, intelectual, simbólica, linguística, econômica, jurídica e política.

A legislação busca mecanismos mais eficazes de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. Visa dar integral proteção à mulher vítima de violência doméstica, traz o aumento da pena nos casos de crime de lesão corporal praticado no âmbito da violência doméstica. Assim como dispõe sobre a possibilidade de prisão preventiva nos casos em que a pena seja inferior a dois anos de prisão.

A lei traz ainda o afastamento de institutos favoráveis ao réu, como composição civil dos danos, transação penal, representação, suspensão condicional do processo. Veda a aplicação de cestas básicas ou outras prestações pecuniárias.

Desta forma verifica-se que a lei obriga o Judiciário a punir de forma proporcional à gravidade crimes dessa natureza, levando em consideração a vítima, sua necessidade e coragem por ter denunciado o agressor.

Apesar dos avanços legislativos, o grande desafio para mulheres brasileiras ainda é o acesso à justiça por meio dos serviços necessários para esse fim. Diminuir a distância entre o importante avanço legislativo e o efetivo acesso à Justiça.

A Lei nº 11.340/06²¹ incentivou vítimas a denunciarem casos de agressões. O art. 8º, IV da Lei nº 11.340/06²² traz a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, com a criação da Delegacia da Mulher. Elas foram criadas para proporcionar um atendimento diferenciado às mulheres vítimas de violência. Em teoria, em unidades especiais da Polícia Civil criadas só para atender esses casos, a mulher poderia receber um acolhimento mais adequado. No entanto, essas delegacias especiais, em geral, funcionam somente no horário comercial. Aos finais de semana – quando ocorrências de estupro ou violência doméstica são mais frequentes –, as Delegacias da Mulher estão fechadas, o que obriga mulheres a esperarem alguns dias para fazer a denúncia ou então a recorrerem às delegacias tradicionais.

Coibir a violência contra mulheres é um dos maiores desafios impostos ao Estado Brasileiro contemporaneamente.

²¹ Vide nota 15

²² *Ibid.*



2. FEMINICÍDIO: ABORDAGEM CONCEITUAL E TIPOLOGIAS

O presente capítulo busca analisar a origem do termo feminicídio e como este conceito ganhou espaço no ordenamento jurídico brasileiro. A expressão feminicídio – ou *femicide* como formulada originalmente em inglês – é atribuída a Diana Russel. A autora americana teria utilizado a expressão pela primeira vez em 1976, no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas²³. O conceito de feminicídio foi desenvolvido a partir da expressão inglesa *femicide*. Diana Russel definiu a expressão como a morte de mulheres, por homens, simplesmente por serem mulheres, resultado de uma discriminação de gênero.

A expressão feminicídio busca evidenciar que a maioria dos assassinatos de mulheres, independente da classificação jurídica adotada, tem como autores seus parceiros íntimos, isso é, maridos, namorados, ex-maridos e ex-namorados, pai. Russell²⁴ defende ainda que essas mortes são causadas pelo sentimento de propriedade sobre as mulheres, possuindo um substrato sexista e misógino. Concluindo que o feminicídio é uma extensão do terror contínuo sofrido pelas mulheres que incluem estupro, tortura, assédio sexual, maus-tratos físicos e emocionais, maternidade forçada, esterilização forçada dentre outros. Quando essas formas de tortura se transformam em morte tem-se o feminicídio.

Russell²⁵ ainda apresenta o suicídio-femicídio, muito presente na Ásia. São os casos em que as mulheres são levadas ao suicídio em virtude das reiteradas violências sofridas.

As reflexões sobre o feminicídio de Russel possui como ponto comum o estudo dos *hate crimes* no Estados Unidos. O reconhecimento dos *hate crimes*, isso é, crimes de ódio como uma nova categoria criminal ganhava força desde 1985. Em 1990, os crimes de ódio foram tipificados no *Hate crimes Statistics Act*, mas sem incluir os crimes baseados na discriminação pelo gênero.

É possível inferir que a evolução do movimento feminista, a partir da década de noventa, está intimamente ligada à nova categoria em análise, isso é, com a tipificação do feminicídio. Na América Latina, a primeira menção a expressão veio associada a acontecimentos cruéis e específicos de assassinatos e desaparecimento de mulheres.

Os primeiros casos de destaque ocorreram na Ciudad Juárez, no México, entre 1993 a

²³ MELLO, Adriana Ramos de. *Femicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: LJ Mundo Jurídico, 2016, p. 19-21.

²⁴ RUSSEL apud TOLEDO VÁSQUEZ, Patelli. *Femicídio, feminicídio*. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Dídax, 2014, p. 86.

²⁵ *Ibid.*, p. 88.

2004. As autoridades da Ciudad Juárez apresentaram informações sobre o assassinato brutal de mais de 200 mulheres e meninas, além de diversos casos de violência sexual, tortura e mutilação. Os cadáveres foram deixados em terrenos baldios ou em desertos da cidade.

Os casos foram denunciados como feminicídio. Esses casos foram marcados pela impunidade e, por isso, a expressão feminicídio ficou fortemente associada a falta de apoio estatal do Estado na solução desses crimes. Em muitos casos os próprios familiares das vítimas se organizavam para procurar as vítimas, sem qualquer apoio estatal ou preparo, seguiam suas pistas até encontrar os corpos abandonados.

Dessa forma, as primeiras aparições da expressão feminicídio ficaram fortemente estigmatizados a impunidade dos crimes e a responsabilidade estatal por eles. Toledo Vásquez²⁶ afirma que grande parte dos casos de feminicídio internacionalmente denunciados estão associados aos altíssimos níveis de impunidade, relacionados especialmente com a corrupção que afetam de forma específica a investigação e sanção desses crimes. Afirma ainda que muitas vezes ocorre a omissão da punição estatal por discriminação de gêneros.

Objetivando diminuir a impunidade e a negligência na punição na América Latina, desenvolve-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulheres²⁷, a Convenção de Belém do Pará.

A Convenção²⁸ aborda de forma extensa e integrada os direitos humanos, visando à maior proteção às mulheres. Reconhece a violência contra as mulheres como um problema generalizado na sociedade. Trazendo definições importantes, tais como o que se entende por violência contra mulher e seu âmbito de incidência.

Traz ainda um rol de medidas que devem ser tomadas de maneira imediata, as quais submetem os Estados ao Sistema Interamericano de proteção, não pela violação aos direitos humanos das mulheres, mas pela falta de medidas estatais eficazes para garanti-las e promovê-las. Os signatários da Convenção²⁹ ficam duplamente obrigados a adotar as medidas previstas, superando, de vez, a concepção segundo a qual apenas os direitos civis e políticos são passíveis de judicialização.

Com o avanço dos estudos sobre a proteção da mulher, mas especificamente a proteção contra a violência de gênero contra a mulher, surge categorias para classificar o feminicídio. O feminicídio sexual pode ser definido como o assassinato de mulheres que são sequestradas,

²⁶ TOLEDO VÁSQUEZ, Patrici. *Femicídio, feminicídio*. — Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2014, p. 117-118.

²⁷ Vide nota 13.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*



torturadas e violadas. Esses assassinatos não precisam de motivação, a violência sexual, a tortura e mutilação e o extermínio apresentam o assassinato sexual como um assassinato político. São associados a impulsos sádicos sexuais.

Adriana Ramos de Mello³⁰ demonstra que essas vítimas sofrem diversos atos de violência e para facilitar a empreitada criminosa, são amarradas para facilitar a dominação demonstrando um *modus operandi* comum e cruel dos agentes.

Essa classificação de feminicídio sexual surge no México, após os assassinatos ocorridos na Ciudad Juárez. Segundo os estudos apresentados por Monárrez³¹, esses crimes ocorrem quando as vítimas fazem o trajeto do trabalho para casa, apresentam requintes de crueldades, torturas e fortalecem as relações sociais discriminatórias de gênero. Os assassinatos são precedidos de uma gratificação sexual anterior ao próprio ato de violência.

Monárrez ainda conceitua o feminicídio íntimo onde o assassinato de uma mulher é cometido por um homem o qual a vítima tem uma relação íntima de convivência, amizade ou relações de trabalho. O feminicídio familiar íntimo onde a o assassinato é cometido por cônjuge, descendentes ou ascendente em linha reta ou colateral até quarta grau, e parentes por afinidade. O feminicídio infantil que são os assassinatos de meninas menores de idade que são vítimas de descendentes, ascendentes, colaterais, ou pessoas que possuam alguma relação de afeto, onde crime está relacionado a responsabilidade e confiança que o agente possui sobre a vítima.

Há ainda o feminicídio sexual sistêmico em que as mulheres são mortas por um homem, em uma relação em que se encontram os elementos de uma relação desigual de gênero, a superioridade genérica do homem frente à subordinação sobre a mulher, evidenciado o controle e a misoginia. O assassinato ocorre não só pelo controle sobre a mulher, mas também em consequência da criação de um estado totalmente masculinizado.

Tem-se ainda outra conceituação sobre o feminicídio, a classificação entre feminicídio íntimo, não íntimo e por conexão. O conceito foi desenvolvido por Ana Carcedo e Montserrat Cabanés³², que definem o feminicídio como

Toda morte derivada da subordinação feminina, abrangendo tanto o homicídio como o suicídio originado da violência ou das condições de discriminação, assim como as ações e omissões que, tendo esta mesma origem, terminam provocando a morte e alguma mulher ou menina.

³⁰ RAMOS, *op. cit.*, p. 25.

³¹ MONÁRREZ FRAGOSO, Julia Estela. *Tresno de uma injustiça: feminicídio sistêmico em Ciudad de Juárez*. Tijuana, Baja, Califórnia: El Colegio de La Frontera Norte, México, D.F: Miguel Ángel Porraí, 2009, p. 79.

³² RAMOS, *op. cit.*, p. 27.



O feminicídio íntimo, definido pelas autoras, seria aquele em que havia uma relação afetiva entre a vítima mulher e o agente, homem. Diferenciando do feminicídio não íntimo onde não há essa relação. Há ainda o conceito de feminicídio por conexão, que ocorre quando se atinge vítima mulher diversa da pretendida pelo agente, homem, morrendo a vítima que não possuía, necessariamente, vínculo com o agente, uma firma de erro na execução.

A antropóloga Rita Laura Segato, também analisando os assassinatos cometidos em Ciudad Juarez, defende que estes crimes não seriam crimes comuns de gênero, mas sim crimes corporativos, mais especificamente relacionados ao estado paralelo. Assemelhando-se a crimes cometidos por regimes autoritários, prevalecendo a características genocida do crime.

A autora cria uma expressão: *femigstocídio*, em que os crimes praticados contra a mulheres teriam uma natureza sistemática e impessoal, não tendo relação com os casos de assassinatos domésticos, não seriam crimes comuns, crimes de gênero ou sexuais, mas sim crimes que lesam toda a humanidade.

Em que pese a existência de diversas concepções, o Direito Penal busca uma configuração única do delito, mas que possa abarcar diversas condutas comissivas. No Brasil adota-se a posição a qual o feminicídio é a morte violenta de mulheres, por sua condição de mulher, ou por razões associadas ao gênero. A violência é elementar do tipo, não incluindo desta forma a morte de mulheres sem o dolo de matar.

O conceito de feminicídio deve ser o mais restrito possível porque, para o Direito Penal, o crime deve respeitar o princípio da legalidade, a conduta deve estar devidamente descrita no tipo penal e o sujeito ativo tem que ser determinado pelo tipo descrito, de forma a não dar margem a interpretações ambíguas.

No Brasil, adotou-se a nomenclatura feminicídio. O crime foi incluído no Código Penal³³ através da Lei 13.104/15³⁴, que alterou o art. 121 do Código Penal³⁵ brasileiro, para prever, no inciso VI, o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei 8.072/90, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

³³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em: 06 jun 2017.

³⁴ BRASIL. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L12104.htm> Acesso em: 12 set. 2016.

³⁵ Vide nota 33.



3. NECESSIDADE DE TIFIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO

O presente capítulo abordará que se faz necessário reconhecer a classificação dos homicídios de mulheres como feminicídio para contribuir com o seu conhecimento e compreensão. O homicídio de mulheres muitas vezes é retratado na mídia como um crime passional, em que o homem, motivado pelo sentimento de propriedade ou ciúme, acaba assassinando a mulher. Observar-se que nunca destacam a questão de gênero nesses crimes.

Em 2011 foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a mulher. A primeira observação da Comissão³⁶ foi justamente a ausência de dados estatísticos confiáveis e comparáveis sobre o assunto em todos os Poderes constituídos e em todas as esferas de governo.

O relatório final³⁷ da Comissão apresenta que houve avanço desde a criação da Lei nº 11.340/06³⁸ em relação ao combate à violência contra a mulher, mas mesmo assim nas três últimas décadas, 92 mil mulheres foram assassinadas no Brasil. São 4,6 homicídios por 100 mil vítimas do sexo feminino, segundo o relatório da comissão.

O relatório da Comissão destaca ainda a necessidade de aprimorar em alguns pontos da Lei nº 11.340/06³⁹, a fim de garantir-lhe a máxima eficácia, com a tipificação do feminicídio como agravante do crime de homicídio.

A necessária tipificação do feminicídio, conforme as conclusões do relatório da Comissão, evidenciam a importância de reconhecer, legalmente, que mulheres são mortas pela razão de serem mulheres, expondo a grande desigualdade de gênero na sociedade brasileira.

Os problemas com os crimes praticados contra a mulher iniciam-se nas instituições do sistema de justiça. A **naturalização da violência, além do medo e da insegurança das vítimas, colabora para que em boa parte dos casos, embora haja histórico de violência, as vítimas não busquem as instituições do sistema de justiça.** Muitas vezes motivadas pela cultura disseminada na sociedade brasileira. Não é difícil encontrar mulheres que traçam como objetivo de vida o casamento, a família corrobora esta cultura demonstrando que um casamento feliz é o sinônimo

³⁶ RITA, Ana. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito: relatório final: violência doméstica*. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/handle/fid/496481>. Acesso em 03 mar 2017.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Vide nota 15.

³⁹ *Ibid.*



de conquista. Dessa forma, a mulher, criada nessa cultura, abre mão da proteção conferida pela legislação, para manter o *status* de esposa respeitada na comunidade em que vive, apesar da violência sofrida.

Mas mesmo quando a mulher consegue vencer os obstáculos da comunicação e recorre aos órgãos públicos, o processo se encerra na lavratura do boletim de ocorrência na delegacia de polícia. Ou seja, as medidas protetivas da Lei nº 11.340/06⁴⁰ não chegam a ser aplicadas.

Além disso, a persistência de preconceitos e estereótipos na prática dos operadores judiciais, somado com os impactos da ideologia machista no desfecho dos casos são responsáveis ainda mais pelo aumento da negligência em relação a esses crimes.

Estes elementos atuam para compor um infeliz cenário, em que o sistema de justiça apenas chegou a atuar no conflito após a morte da mulher. Com isso são necessários avanços na proteção da mulher, sobretudo para a implementação dos serviços de atendimento e das medidas protetivas de urgência efetivas, que podem evitar que mortes anunciadas se concretizem. É necessário que os procedimentos de solicitação de medidas de urgência possuam prioridades, para que as medidas não se tornem inócuas, isso é, seu deferimento ocorra quando não houver nenhuma efetividade.

Nesse sentido, a discussão acerca da criação de um tipo penal específico para o feminicídio, fortemente marcada pelos aspectos de gênero que envolvem tal fenômeno, podem contribuir para a disputa ideológica no interior do sistema de justiça. Se, até agora, o viés de gênero captado nos processos aparece de forma discreta no reforço dos estereótipos, sua visibilização e problematização pode ser fundamental para reverter os padrões tradicionais de desigualdade e dominação.

Por um conjunto de características que compõem o senso comum e os discursos de justificação do direito criminal, cristalizou-se um modelo de pensamento que relaciona diretamente o grau de reprovabilidade de determinadas condutas e a estima social em relação ao objeto de proteção à gravidade da sanção penal. Se do ponto de vista da distorção pairam muitas dúvidas sobre a eficácia da criminalização de determinado comportamento, a criminalização, nesse contexto, vem exercendo um papel simbólico relevante na comunicação de que determinada conduta é reprovável. É esse enquadramento dos discursos sobre o crime e a pena, sedimentado em um contexto punitivista como a sociedade brasileira, que ajuda a

⁴⁰ *Ibid.*



explicar a estratégia de criminalização de condutas ou agravamento de penas quando se trata de sinalizar para a importância de determinada questão.

A tipificação do feminicídio trata-se de um gesto para dar mais visibilidade e reconhecimento do que o simples punitivismo. Não há dúvidas de que a previsão do racismo como crime inafiançável na Constituição Federal de 1988, por exemplo, foi um marco importante na luta do movimento negro. Da mesma forma, o caráter punitivo da Lei nº 11.340/06⁴¹ foi fundamental para sua popularidade e é até hoje sua faceta mais conhecida. Porém, há uma série de questões cruciais envolvidas na sua aplicação, que devem ser levadas em consideração na avaliação de performance dessa estratégia.

O medo da prisão do companheiro e a falta de controle sobre o futuro do processo, por exemplo, podem ter um papel na explicação dos comportamentos das vítimas que jamais recorreram ao sistema de justiça para fazer cessar as agressões a que estavam submetidas ou para usufruir da rede de atendimento.

O direito penal, por sua própria forma de funcionar, individualiza o conflito e o recorta em uma única ação típica, um autor culpável e uma vítima. Dessa forma, seus próprios pressupostos de funcionamento tendem a desconsiderar a complexidade da violência de gênero. Além disso, trata-se de um campo em que as respostas estatais estão bastante consolidadas em torno da punição aflictiva, mais especificamente a pena prisão, cujo potencial transformador, de realidades e condutas, é bastante questionável.

CONCLUSÃO

No Brasil é possível observar grande avanço no que tange à busca pela igualdade entre homens e mulheres. A igualdade entre homens e mulheres somente tem efetividade quando é reconhecida a posição jurídica de cada um, assim como é necessário a presença de instrumentos de tutela que permitam a realização prática dessa igualdade. A CRFB/88 traz uma série de dispositivos que destacam a igualdade formal entre o homem e a mulher.

Na esfera internacional, o Brasil adotou dois tratados sobre o tema, a Convenção sobre eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher, também chamada de Convenção

⁴¹ *Ibid.*

de Belém do Pará. Ambos os dispositivos internacionais visam a tutela dos direitos das mulheres, reconhecendo que a violência contra a mulher, no ambiente público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais.

Até 2006, o Brasil não possuía legislação interna específica visando a proteção da mulher contra a violência doméstica e familiar. Apenas com a Lei nº 11.340/06 que se criou mecanismos para proteger a mulher.

A Lei nº 11.340/06 gerou um avanço no combate à violência doméstica. Trouxe novas formas de tutela da proteção da mulher como a implementação da Delegacia da Mulher, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e ainda estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Apesar disso inúmeras formas de violência ainda são praticadas no interior de lares contra mulher. Desde agressões verbais, ofensas a honra subjetiva e objetiva das pessoas, passando por ameaças, lesões corporais, crimes contra o patrimônio, violências sexuais que muitas vezes resultam na mais grave forma de violência: a morte, que não foi tratada pela Lei nº 11.340/06.

O feminicídio é morte de mulheres, simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino. A Lei nº 13.104/15 criou a circunstância qualificadora do feminicídio no Código penal. A criação dessa qualificadora é reflexo da grande proteção dada a mulheres em toda a América Latina, com a tipificação desse crime em diversos países vizinhos. Ressalta-se que não é apenas o fato de uma mulher figurar como sujeito passivo do delito do art. 121 do Código Penal, que já estará caracterizado o delito na forma qualificada. Deve ser praticado por razões de condição de sexo feminino, quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A tipificação se mostra importante para analisar a violência contra a mulher. A tendência da sociedade brasileira é tratar o assassinato de mulheres como crimes passionais. É preciso diferenciar o feminicídio dos crimes passionais para criar uma análise da violência contra mulher e tentar romper este ciclo de violência.

Poucas vezes a mulher é vista com vítima do crime, existe uma criação social no qual a mulher sempre tem alguma participação no crime, com alguma provocação prévia que levou a prática do crime pelo agente. Diz-se que a mulher estava à noite na rua, ou usando determinado tipo de roupa tem responsabilidade pela violência sofrida.

Muitas vezes o próprio Poder Judiciário e as demais instituições públicas que deveriam ajudar a mulher vítima, mostram-se invisíveis. Para que uma mulher procure ajuda do estado, é



preciso que tenha muita confiança e certeza das consequências daquele ato. O Estado precisa mostrar-se confiável à mulher vítima e tratá-la como tal.

Nesse sentido, a discussão acerca da criação de um tipo penal específico para o feminicídio, fortemente marcada pelos aspectos de gênero que envolvem tal fenômeno, podem contribuir para a disputa ideológica no interior do sistema de justiça. Se, até agora, o viés de gênero captado nos processos aparece de forma discreta no reforço dos estereótipos, sua visibilização e problematização pode ser fundamental para reverter os padrões tradicionais de desigualdade e dominação.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em: 06 jun 2017.

_____. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>> Acesso em: 06 jun 2017.

_____. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377> Acesso em: 06 jun 2017.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM> Acesso em: 06 jun 2017.

_____. Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9799.htm> Acesso em: 06 jun 2017.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm> Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L12104.htm> Acesso em: 12 set. 2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, Relatório nº 54/01, caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 04/04/01. Disponível em <<http://www.cidh.org/manualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 10 out 2016.

FERNANDES, Valéria Diez Scarnace. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui a Lei de Femicídio)*. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lj Mundo Jurídico, 2016.

MONÁRREZ FRAGOSO, Julia Estela. *Trama de uma injustiça: feminicídio sistêmico em Ciudad de Juárez*. Tijuana, Baja, Califórnia: El Colegio de La Frontera Norte, México, D.F: Miguel Ángel Porrás, 2009.



PIOVESAN, Flávia; SILVA, Pimentel. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: **CAMPOS, Carmen Hein de, et al.** *Lei Maria da Penha – Comentada em uma perspectiva jurídica-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011,

RITA, Ana. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito: relatório final: violência doméstica*. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496481>. Acesso em 03 mar 2017.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Femicídio, feminicídio*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2014.

A PRESUNÇÃO RELATIVA DA RECUSA NA REALIZAÇÃO DO TESTE DE DNA NAS AÇÕES INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE

Christiane Elisabeth de Menezes Santos

Graduada em Direito pela Universidade
Candido Mendes de Ipanema. Advogada.

Resumo – o artigo enfoca a presunção relativa de paternidade advinda da negativa do réu em submeter-se ao exame de DNA. No passado, em razão da incerteza do contexto probatório, a presunção relativa mostrou-se a melhor opção para o deslinde da demanda. A evolução científica, contudo, firmou métodos mais precisos de detecção do vínculo biológico, culminando na descoberta do DNA. Amparando-se nesta descoberta e em princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, faz-se mister analisar o cabimento da mudança de tal presunção para absoluta, quando da recusa do suposto pai na realização do aludido exame.

Palavras-chave– Direito de Família. Investigação de Paternidade. DNA. Presunção *juris tantum*.

Sinário– Introdução. 1. Os hodiernos fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da ação investigatória e a sua presunção relativa no ordenamento jurídico nacional. 2. A revolução do DNA nas provas da ação investigatória e a permanência da presunção relativa de paternidade. 3. Da necessidade da presunção absoluta de paternidade quando da recusa na realização do teste de DNA. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho focaliza a temática da investigação de paternidade, no que tange à presunção relativa da recusa na realização do teste de DNA pelo investigado, a qual não proporciona a melhor solução para a demanda, pois caracteriza um desrespeito ao direito do investigante de ter reconhecida sua origem biológica.

A figura paterna assume, inclusive hodiernamente, um essencial papel na sociedade, de forma que a sua ausência impossibilita ao filho usufruir de um dos mais preciosos aspectos da dignidade da pessoa humana, qual seja, o reconhecimento da sua filiação.

Desta forma, o não reconhecimento espontâneo da paternidade carece de especial atenção no Direito pátrio. Diversas saídas foram elaboradas para resolver a questão, não só pela ação de investigação de paternidade em si, como, também, por adoção de novos meios probatórios, mormente, o exame de DNA, a fim de esclarecer a origem biológica do investigante.

Destarte, para pacificar os conflitos sociais provocados pela ausência da figura paterna, adveio a figura da presunção relativa de paternidade, quando da recusa do investigado a ser



submetido ao supracitado exame de DNA.

Contudo, tal solução se mostra polêmica, porquanto não permite que diversos casos investigatórios sejam corretamente solucionados, ao ensejar uma suposta segurança jurídica em detrimento de uma paternidade responsável.

Objetiva-se, então, discutir a ação investigatória de paternidade no atual ordenamento jurídico pátrio, bem como os meios probatórios utilizados, com foco no exame de DNA e na recusa de sua realização pelo investigado, a qual enseja presunção relativa de paternidade. Consta-se que tal presunção não é a mais adequada para efetivar o direito à filiação do investigante.

O primeiro capítulo comprova que a ação investigatória, no atual ordenamento jurídico pátrio, vem efetivar o direito ao reconhecimento da filiação biológica, um dos relevantes aspectos da dignidade do investigante como ser humano.

O segundo capítulo analisa os meios probatórios a serem utilizados na solução da demanda investigatória, com enfoque na realização do teste de DNA e na presunção relativa de sua recusa pelo investigado.

O terceiro capítulo defende a necessidade de mudança na presunção relativa de paternidade, advinda da recusa pelo investigado a submeter-se ao exame em apreço, figurando a presunção absoluta como a melhor saída para o destino da demanda.

Inquestionavelmente, a evolução de qualquer conhecimento é descontínua. Faz-se mister, entretanto, estabelecer um recorte epistemológico, que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, com a finalidade de assegurar que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

Assim, a pesquisa será desenvolvida pelo método descritivo e explicativo, vez que pretende apontar diversos doutrinadores, bem como jurisprudências e, ao final, será explanado o pensamento da pesquisadora a respeito do tema em apreço.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende valer-se da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), acrescida à pesquisa de campo em entrevista com desembargadora.

1. OS HODIERNOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA E A SUA PRESUNÇÃO RELATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.

Com o advento da Constituição de 1988¹, houve verdadeira revolução no ordenamento jurídico pátrio, num fenômeno que, inclusive, ensejou a constitucionalização de todos os ramos do Direito. No tocante ao Direito de Família, as relações jurídicas foram significativamente transformadas.

A família passou a ser vista como multifacetada e complexa, protegida sob a égide dos diversos princípios constitucionais e direitos fundamentais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 1º, III, CRFB/88², em respeito aos novos arranjos familiares, o que ensejou uma mudança de paradigmas.

A legislação infraconstitucional, guiada pelos valores da Carta Magna e pela constante evolução social, amparou ainda mais a família moderna brasileira, a exemplo do Código Civil.

A visão hierarquizada transformou-se, e as relações passaram a ser focadas na igualdade, respeito e lealdade entre seus membros.

No âmbito à prole, designações discriminatórias foram expressamente vedadas, consoante o artigo 227, § 6º, CRFB/88³. Todas as formas de filiação permaneceram protegidas, fossem elas oriundas, ou não, de casamento, adotivas ou, até mesmo, socioafetivas.

O único diferencial remanescente é que a prole extramatrimonial deve ser reconhecida de forma voluntária ou judicial; e a matrimonial possui a presunção legal de paternidade, bem como a forma de impugná-la. Lembrando, no entanto, não haver, por proibição constitucional e infraconstitucional, diferença de direitos.

Percebe-se que a filiação com origem no casamento possui a mencionada presunção de paternidade, chamada de presunção *patris est est*, pois deduz-se que o filho concebido por mulher casada é de seu marido, em razão do dever de fidelidade conjugal.

¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dubus. *Novas modalidades de família no país-modernidade*. 2010. 347 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

³Vide nota 2.



Tal entendimento encontra-se positivado nos incisos do artigo 1597 do Código Civil, bem como nos artigos 1598, 1599, 1600 e 1602, todos do mesmo diploma legal⁴.

Em decorrência da inexistência de um meio preciso para detectar o vínculo paterno, vez que os exames, até então, serviam apenas para excluir a paternidade, fez-se necessária a mencionada criação legal para a resolução da situação.

Esta presunção preza pela estabilidade do núcleo familiar, porém, tem natureza de presunção relativa, *juris tantum*, porquanto admite prova em contrário, devido a, historicamente, não haver meios precisos de confirmação da paternidade.

Todavia, justamente por ser relativa, pode o marido afastá-la, utilizando-se da ação negatória, conforme o artigo 1.601 do Código Civil⁵. No tocante à prole havida fora do casamento inexistente a mencionada presunção legal embora já seja aceita para a advinda de união estável.

Constata-se que a perquirição da paternidade sempre merece importante papel na sociedade, havendo, inclusive hodiernamente, embasamento jurídico para sua propositura. Tal embasamento figura na Carta Magna e na legislação infraconstitucional, tendo o legislador vedado qualquer discriminação atinente aos diversos tipos de arranjos familiares e de filiação.

A família, na modernidade, não foca apenas no aspecto genético, mas também na solidariedade e nos laços de afeto, sendo imperativo seu estudo por meio de uma visão ampla.

Assim, a demanda investigatória, nos dias que correm, não é parçada simplesmente na descoberta do verdadeiro linhe biológico do indivíduo.

Tem-se o seu atual fundamento em valores constitucionalmente protegidos, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de personalidade e o princípio do melhor interesse do filho.

Soma-se ao anteriormente elencado a paternidade responsável e a não discriminação da prole. Por conseguinte, é assegurado ao investigante o direito à convivência familiar e ao conhecimento da própria origem, em livre propositura, não importando o estado civil do pretense genitor.

Ademais, a investigação de paternidade pode ser calcada em diferentes e importantes fatores, tais como, pesquisa de doenças hereditárias, necessidade de um doador compatível.

⁴ BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

⁵Vide nota 4.

A filiação, conforme reza o artigo 1.603 do Código Civil⁶, é comprovada pelo registro de nascimento. Ausente o nome do genitor, inexistindo o reconhecimento voluntário e sendo a filiação extramatrimonial, poderá o pretense filho ajuizar ação investigatória, haja vista não haver a presunção legal de paternidade. Acrescenta, Maria Berenice Dias⁷:

o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (RCA 27). O fato de esse dispositivo se encontrar em lei que rege direito de crianças e adolescentes não significa que não se estenda a todos, quer por se tratar de direito fundamental à identidade, quer por não ser admissível tratamento discriminatório com relação a filhos (CF 227§8º)

A concepção, nas ações que envolvem a investigação da paternidade biológica, é a causa de pedir, a qual ocorre, corriqueiramente, sem observadores. A comprovação do direito afirmado torna-se espinhosa, existindo apenas as alegações da genitora e, quiçá, provas circunstanciais.

As demandas investigatórias, tendo em vista esta peculiaridade, não seguem a usual distribuição processual de encargos probatórios, havendo a inversão dinâmica do ônus da prova, decorrente da mencionada dificuldade da parte autora em comprovar o alegado.

Por ser demanda de família, a ação investigatória é ação de estado, envolve direitos indisponíveis. Busca-se, a fim de embasar da melhor forma possível a solução, a chamada verdade real. Conseqüentemente, pode o magistrado determinar a produção probatória, de modo a esclarecer a questão, utilizando-se de todos os meios legais de provas, bem como os moralmente legítimos.

Contudo, mais uma dificuldade se apresenta no tocante a tal produção de provas: no que pese o dever das partes em colaborar com a justiça, não se pode constranger o investigado à realizá-las, mormente as genéticas, tendo o mesmo que colaborar de livre vontade. A integridade física é amparada na Constituição, tratando-se, igualmente, de direito da personalidade do suposto genitor.

A presunção advinda da negativa do réu, em submeter-se à perícia médica, está expressa nos artigos 231 e 232, do Código Civil⁸. Em sendo o direito indisponível, todavia, não ocorrem os efeitos da revelia, ou seja, não são consideradas verdadeiras as alegações autônomas, caso o réu quede silente e não colabore com o juízo.

A supracitada recusa, nas ações investigatórias, pode chegar a ser interpretada em favor do suposto filho; porém, deve analisada como um todo, na demanda. Isto porquanto, pela

⁶Vide nota 4.

⁷DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.425.

⁸Vide nota 4.



imprecisão da perícia, esta não seria prova irrefutável e, tampouco, seria traduzida em confissão do investigado, pela mencionada incoerência dos efeitos da revelia.

Por todo o anteriormente exposto, percebe-se que, para o julgamento da ação investigatória, o Judiciário brasileiro adotou a presunção relativa de paternidade.

Tal partiu-se na dificuldade da parte autora em comprovar o alegado, bem como na omissão do investigado em colaborar com o processo, sendo a melhor solução para tempos passados, quando não existia, ou era de difícil acesso, o exame de DNA.

Acerca do tema, elucida Mônica de Faria Sardas⁹: "o direito à filiação é um dos atributos da dignidade humana assegurado constitucionalmente; toda pessoa tem o direito de buscar sua paternidade, daí a relevância em ter meio de prová-la e não ser impedido por uma recusa não fundamentada".

A presunção relativa não se mostra a melhor solução para o deslinde da demanda, devido à descoberta do DNA. O desrespeito ao físico do investigado não mais se sustenta, pois uma mera amostra de saliva é o suficiente à produção de prova genética. Inclusive, o mencionado exame, por sua eficácia, traz prova cabal do direito do investigante.

2. A REVOLUÇÃO DO DNA NAS PROVAS DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA E A PERMANÊNCIA DA PRESUNÇÃO RELATIVA DE PATERNIDADE

No que tange às ações investigatórias, o Direito apoiava-se na criação de presunções legais, as quais eram relativas, para solucionar a questão, a qual permaneceu mesmo após a revolucionária descoberta do exame de DNA, conforme ver-se-á adiante.

A perícia médica, em tempos passados, era considerada como meio probatório subsidiário, pois não havia maneira efetiva de esclarecer o vínculo com o investigado. Buscou-se respaldo em características transmitidas hereditariamente, tais como a coloração da íris, redemoinhos dos cabelos, dentre outros aspectos físicos. A semelhança isoladamente, todavia, não era admitida.

O exame hematológico foi também utilizado. Inicialmente, contudo, era eficaz apenas para excluir a paternidade, no caso em que o filho e o suposto genitor não se encaixassem no

⁹ SARDAS, Desembargadora Mônica de Faria. Entrevista manuscrita concedida na 20ª Câmara Cível, TJRJ, em 31 de agosto de 2016.

mesmo grupo sanguíneo. Os tipos e caracteres sanguíneos, bem como o fator Rh, são passados de geração para geração e a evolução de tais métodos desembocaram na descoberta do sistema de histocompatibilidade humana, dotando a perícia de maior precisão.

Os avanços científicos continuaram, tendo seu ápice na Universidade de Cambridge, em 1953, com a descoberta estrutural do ácido desoxirribonucleico, o DNA. Este trata-se de um conjunto molecular cujo conteúdo possui as informações necessárias para constituição e manutenção dos organismos e, em parte, é transmitido aos descendentes¹⁰.

Em 1985 foi aprimorado o estudo do DNA, o que permitiu identificar o indivíduo por meio da carga genética com precisão praticamente absoluta, porquanto as suas sequências de recombinações químicas são únicas. Tal demonstrou enorme valia nas demandas investigatórias.

A prova da origem biológica, antes tão discutível, tornou-se precisa, seja para afastar, como para confirmar a paternidade, colocando em plano subsidiário as demais provas.

O Judiciário brasileiro, para lidar com essa descoberta científica e incorporá-la aos processos de investigação de paternidade, aplicou, também, ao caso de recusa em realização do teste de DNA, a presunção relativa de paternidade.

A negativa do réu sempre prejudicou a produção de provas, o que culminava na improcedência da demanda. No presente, o ordenamento jurídico reza que a omissão do suposto pai a submeter-se ao exame, induz à presunção relativa de paternidade, a qual enseja a procedência da ação, devendo, então, ser analisado com todo o contexto probatório.

A visão que manteve a presunção relativa, quanto à recusa em realizar o exame de DNA, seria justificada pela dignidade da pessoa humana do investigado. Caso contrário, desrespeitar-se-iam seus direitos fundamentais, em seu viés intimidade e integridade física.

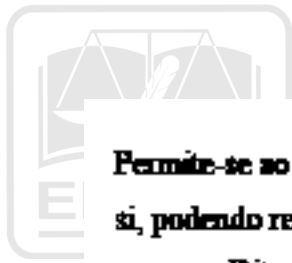
Acerca desta polêmica, questiona Paulo Lôbo¹¹:

o STF fundamentou-se em garantias constitucionais do indivíduo (princípios e direitos de personalidade), para inibir-lhe do exame de DNA, determinado por ordem judicial (...) Abstraindo-se do resultado pretendido em ação de investigação de paternidade, ou de eventual interesse patrimonial, deve ser considerado o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana com relação àquele que busca conhecer sua origem genética (...) Se há colisão de direitos, com base no mesmo princípio constitucional, os critérios hermenêuticos do balancamento ou ponderação dos interesses não recomendam que um seja totalmente sacrificado em benefício do outro.

A ideia da presunção relativa também estaria amparada pelo devido processo legal, o qual é desdobrado em ampla defesa, sendo que esta abarca o direito de não autoincriminação.

¹⁰ MARCHI, Guellity. *Ácido desoxirribonucleico*. Disponível em: <<http://www.esquerobiologia.com.br/2014/04/o-que-e-dna.html>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

¹¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Família*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231.



Permite-se ao réu o direito de não colaborar com a investigação e não apresentar provas contra si, podendo recusar-se a ceder seu patrimônio genético.

Dito pensamento encontraria respaldo positivado no art. 5º, LIV, LV, LVI, LXIII, CRFB/88 e no art. 8º, 2, "g" da Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica¹². Frise-se que a garantia da não autoincriminação é igualmente adotada pela jurisprudência pátria.

Cabal seria esse direito do réu, de modo que o silêncio não poderia ser usado em seu prejuízo. Os direitos e garantias fundamentais, além de vinculantes, possuem aplicação direta, podendo sofrer limitação somente por outras regras na Carta Magna.

Desta forma, eventual norma infraconstitucional, trazendo presunção diversa da relativa sobre o direito do réu, quanto à produção de prova, estaria, então, violando uma regra de status constitucional.

Frise-se vozes discordantes, explana Mônica Sardas¹³: "a comparação com o Pacto de São José da Costa Rica é mais pelo aspecto patrimonial, quem é pai deve prestar alimentos. Há, porém, ponderação de direitos: a dignidade da pessoa humana do filho se sobrepõe à recusa, que tem aspecto meramente patrimonial".

Assim, no que concerne ao uso do exame de DNA, como prova nas ações investigatórias, a recusa em fazê-lo foi objeto de discussões. Embora o direito subjetivo à inviolabilidade corporal e à intimidade devesse ser mitigado em prol do direito à filiação, o STF sedimentou o entendimento de não ser possível a imposição ao investigado a coleta de amostra sanguínea. Demonstra o julgado¹⁴:

discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas-preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, considerando a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao destino das questões ligadas à prova dos fatos.

No entendimento esposado pelo STF, a condução "debaixo de vara" violaria garantias constitucionais implícitas e explícitas. Mesmo que o exame possa ser feito de maneira não invasiva, com tão somente um fio de cabelo do pretense pai ou amostra de saliva, não há como

¹² SILVA, Elvís Rossi da. *Presunção de paternidade: Há inconstitucionalidade na Lei 8.560/92?* Disponível em: <<http://investidora.com.br/ofic/358-direito-de-familia/334411-presuncao-de-paternidade-ha-inconstitucionalidade-na-lei-856092>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

¹³ Vide nota 9.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71373. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/126-artigos-str-2003/3499-exame-compulsorio-do-dna>>. Acesso em: 4 jun. 2016.



obrigá-lo.

O mencionado entendimento firmou, de forma polêmica, clamando basilamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que o preteso genitor poderia escusar-se em submeter-se ao exame genético. Este posicionamento, por outro lado, inviabilizaria, em diversos casos, o direito do investigante de descobrir sua verdadeira ascendência.

Persiste, então, a controvérsia na situação em que o suposto pai nega em colaborar com o juízo, pois a condução coercitiva auxiliaria para a satisfatória solução da demanda, conforme explanam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵:

registre-se, a propósito, a existência de posições doutrinárias recentes e arrojadas, analisando a recusa à perícia médica em ações filiatórias, à luz do balizamento constitucional. Assim, com esteio nos valores constitucionais, buscando prestigiar a dignidade humana, defende-se que o direito natural, constitucional, indisponível e absoluto à perfiliação suplanta valentemente o direito à intimidade, tornando indiscutível a indispensabilidade da prova pericial emanada do exame DNA, dada a sua precisão científica.

Assim é que, a supracitada visão, igualmente pautada nos valores da Carta Magna e na proteção da dignidade da pessoa humana, defende a imprescindibilidade da prova pericial do DNA.

A unanimidade da 4ª Turma do STJ admitiu não ser justificável ignorar a realização do exame de DNA, pela eficácia do mesmo. O mencionado Tribunal, por conseguinte, criou a Súmula 301¹⁶, entretanto, esta reza que a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA enseja presunção *juris tantum* de paternidade. Atesta extrato da jurisprudência da Corte¹⁷:

inexistindo a prova pericial capaz de purificar testes quase absolutos do vínculo de parentesco (exame de impressões do DNA), diante da recusa do investigado em submeter-se ao referido exame, comprova-se a paternidade mediante a análise dos indícios e presunções existentes nos autos, observada a presunção *juris tantum*, nos termos da Súmula 301 /STJ.

A Lei n. 8.560/92, a qual regulamentou a investigação de paternidade dos filhos nascidos fora do casamento, na nova redação dada ao § 2º do seu art. 2º¹⁸, também trouxe expressamente a presunção relativa, no caso de não colaboração do genitor, em consonância com a mencionada Súmula. Não é, contudo, a solução ideal, conforme explicita Maria Berenice

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 6- Família*. 7. ed. São Paulo: 2015, p.645.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 301. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?dt=SUMD&q=trueskl=10&ci=281>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1137425. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/truesca?q=RECDUSA+DO+EKAMB+DB+DNA>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 4 jan. 2016.



Dias¹⁹ sobre a não colaboração do réu:

o silêncio ou a ausência à perícia deveria autorizar a expedição do mandado de registro e a imposição do encargo alimentar. Caso queira alegar a inexistência do vínculo, ele que entre na Justiça buscando a desconstituição do registro. Até ser devidamente anulado ele é o pai, devendo assumir todos os encargos decorentes.

Conseqüentemente, a presunção relativa de paternidade é a adotada pelos Tribunais pátrios, caso se dê a recusa do investigado em colaborar com o juiz, tendo sido levada, conjuntamente, em consideração, todas as outras provas produzidas pela parte autora.

Será ao réu possível, justamente por ser relativa, comprovar que não é o pai, cabendo-lhe o ônus probatório. A comprovação em apreço será feita, portanto, por outros meios, tais como provas testemunhais e documentais. Caso o magistrado conclua que o investigado não se desincumbiu do ônus de forma satisfatória, dar-se-á como procedente o vínculo biológico.

3. DA NECESSIDADE DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE PATERNIDADE QUANDO DA RECUSA NA REALIZAÇÃO DO TESTE DE DNA

Anteriormente à propagação do exame de DNA, o vínculo biológico entre o filho e o suposto genitor, tanto na ação investigatória, quanto na ação negatória de paternidade, apoiava-se em presunções legais, as quais eram relativas.

Essas, hodiernamente, foram relegadas a um segundo plano, devido à descoberta de outros meios de comprovação da paternidade, trazendo a necessidade de mudança, conforme será explanado.

Note-se que, nas antigas demandas, não se conseguiam suficientes provas, pois a prova pericial, até então, não reconhecia cabalmente a paternidade. Com o passar do tempo, contudo, o aperfeiçoamento científico revolucionou a produção probatória por meios cada vez mais precisos de identificação genética, culminando no DNA.

A grande demanda pela realização do exame, que foi trazido ao território pátrio em 1988, confirmou o seu essencial papel em solucionar o real vínculo biológico das partes. O seu enorme percentual de certeza consagrou-o o mais confiável meio de prova nas ações investigatórias. Ademais, trouxe a clareza necessária para esvanecer quaisquer dúvidas, as quais

¹⁹ DIAS, *op. cit.*, p.455.

os métodos antigos não haviam conseguido dissipar.

Simplificaram-se os processos judiciais para a comprovação da paternidade, inclusive restringindo-se as teses defensivas a serem alegadas pelo suposto pai. Assim, a confirmação da paternidade possibilitada pelo progresso científico, também, inegavelmente, corroborou a paternidade responsável.

O investigado que recusa inotivadamente a colaborar com a feitura do teste de DNA, terá a presunção de ser o verdadeiro pai. Inclusive, o STJ veio annular este pensamento.

É de tal monta a utilização deste teste que sua feitura pode ser realizada em juízo, inclusive, depois de a sentença haver transitado em julgado, numa flexibilização da coisa julgada, pois esta não alcança a prova genética não realizada.

Efetiva-se o direito ao reconhecimento da filiação, em prestígio da verdade real, a qual está ligada ao direito à identidade.

A descoberta do DNA, juntamente aos princípios constitucionais, mormente ao princípio da dignidade da pessoa humana, levaram o Judiciário a tratar de forma peculiar as demandas investigatórias por meio de presunções legais e mitigando a coisa julgada.

Restalte-se que, em se tratando de presunção relativa, admite-se prova em contrário, o que não se mostra adequado na ação investigatória, pois, quanto à paternidade, o DNA é capaz de excluí-la totalmente, ou, então, de atestá-la com margem de erro inferior a um por cento. Confira-se explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁰:

a importância do exame DNA, deste, é indiscutível no âmbito da filiação, permitindo, com precisão científica, a determinação da origem. Efetivamente, o exame DNA consegue, praticamente sem margem de erro (certeza científica de 99,999%), determinar a paternidade.

A proteção da dignidade do investigante, então, não é devidamente garantida pela presunção relativa de paternidade, quando da recusa do investigado à submeter-se ao exame de DNA. O mencionado exame, por todo o anteriormente exposto, destaca-se como prova inequívoca para a resolução da questão.

Soma-se a isso que, o investigado, ao não colaborar com o exame genético, não comprovou o fato extintivo do direito natural, qual seja, de não ser o verdadeiro genitor. Ademais, o direito à identidade trata-se de uma matéria de ordem pública.

Outro fator que respalda a mudança é que os contestáveis meios probatórios usados, a exemplo de provas documentais ou testemunhais, os quais estejaram originalmente a presunção

²⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 538.



relativa, mostram-se, hoje em dia, desimportantes. Apenas voltam a figurar como enfoque principal na ação, quando não forem conseguidas amostras genéticas do suposto pai.

Faz-se mister rever o pensamento a respeito da aludida presunção, sendo o mais adequado a sua transformação em absoluta. A permanência como relativa, a qual exige análise do contexto probatório, é perversa pois, muitas vezes, inexistem outros meios de prova, impossibilitando atingir uma sentença de procedência.

O investigante, dessa forma, verá ceifado não só seu direito à identidade, mas também, o sustento financeiro. O genitor eximir-se-á de sua responsabilidade perante o filho, o qual já fora rejeitado desde o início, pelo não reconhecimento espontâneo e pela falta de colaboração com o juízo para o reconhecimento judicial.

Assim, não obstante a falta de elo emocional e o abandono afetivo, o qual por si só já acarreta diversos transtornos, tampouco terá o filho o suporte econômico ao qual faz jus, por meio de pensão alimentícia ou terá garantido o seu direito à herança. Apenas à genitora caberá a sua criação e sustento, numa conta desigual.

A despeito da corrente que sustenta ser a presunção relativa a melhor, ou até mesmo que não devesse existir presunção nenhuma, pois violar-se-iam preceitos constitucionais do investigado, tais como o direito à intimidade e à inviolabilidade física, tal mentalidade não é a mais correta.

A visão que traz o direito da não produção de provas contra si para a terra de Família, tampouco é adequada, porque não se trata de ato ilícito, e sim, de paternidade.

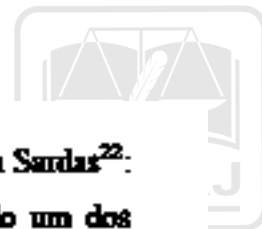
Ademais, é preciso dar efetividade ao princípio da paternidade responsável. Confira-se corroborar Maria Berenice Dias²¹ acerca da recusa do réu em colaborar com os procedimentos investigatórios:

não têm qualquer significado a palavra da mãe nem a do filho (...) Mais uma vez resta escancarado o exagerado protecionismo ao homem, que acaba sendo o grande beneficiado. Afinal, sempre teve direito ao livre exercício da sexualidade, como prova de virilidade, ato de admiração e da inveja de todos. A sociedade é conivente com sua postura irresponsável, pela qual paga, ou deveria pagar, o próprio Estado, que precisa cumprir o comando constitucional de assegurar a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes a cidadania.

O melhor interesse do filho deve sempre ser primado, permitindo-lhe o descobrimento de sua origem biológica, pela demanda investigatória, sendo-lhe assegurados todos os direitos que o reconhecimento judicial enseja.

Para tal ser concretizado, necessária é a transformação da obsoleta presunção relativa,

²¹ DIAS, op.cit., p.455.



quando da recusa na realização do DNA, em absoluta, conforme corrobora Mônica Sardas²²: "tal presunção deveria ser absoluta, é direito do investigador de ver reconhecido um dos aspectos da dignidade da pessoa humana, que é a filiação."

CONCLUSÃO

O Direito de Família abarcou as relações de parentesco entre seres humanos. Por conseguinte, tal ramo do Direito não se ateve somente às normas escritas, tendo sido, igualmente, moldado pelas transformações na sociedade e pelos princípios constitucionais.

A Constituição de 1988 revolucionou o tema pois trouxe visão ampla no que tange às entidades familiares, prezando pela dignidade da pessoa humana e tratou, sem discriminação, de todas as espécies de filiação.

A proteção à prole, contudo, era frequentemente desrespeitada pelo genitor, quando do nascimento de filho extramatrimonial, pois não realizava o reconhecimento espontâneo, restando a questão a ser resolvida pela via judicial.

No atinente às ações investigatórias de paternidade, notou-se que o contexto probatório, de início, era meramente composto por provas testemunhais ou documentais, sendo que a perícia médico-legal era subsidiária, pois faltava-lhe a precisão necessária para o deslinde do caso.

Os exames hematólogicos, até então existentes, tampouco eram dotados de eficácia necessária para a elucidação do vínculo de parentesco.

Assim sendo, devido à escassez de meios exatos para comprovar a paternidade, o legislador amparou-se em criações legais acerca da paternidade, as quais eram relativas, admitidas provas em contrário.

Tempos depois, a ciência progrediu a ponto do descobrimento do exame de DNA, o qual permitia comprovar a paternidade com precisão de praticamente cem por cento.

Tal exame ensejou transformação nas demandas investigatórias, pois flexibilizou a coisa julgada e culminou em nova produção legislativa e sumular sobre o tema, as quais, porém, mantiveram a presunção relativa quando da recusa do suposto pai na realização do exame.

²² Vide nota 9.



Faz-se, então, imprescindível outra inovação jurídica, de modo que seja transformada a mencionada presunção em absoluta, a fim de acompanhar o aperfeiçoamento científico e melhor atender à demanda existente no Judiciário para a correta elucidação da questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

_____. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 71373. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/126-aerigos-abr-2003/3499-exame-compulsorio-do-dna>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1137425. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RECUSA+DO+EXAME+DE+DNA>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 301. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&f=SUMU&p=true&l=10&i=281>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

CAVALCANTI, Laurival Silva. *União estável*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhcia. *Curso de Direito Civil 5 - Família e Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Benedita. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 6- Famílias*. 7. ed. São Paulo: 2015.

FUJITA, Jorge Signemitsu. *Filiação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; _____. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva*



constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil* 5. Direito de Família e Sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades da família na pós-modernidade*. 2010. 347 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

MARCEL, Guellity. *Ácido desoxirribonucleico*. Disponível em: <<http://www.euquetobiologia.com.br/2014/04/o-que-e-dna.html>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. V.5. Atualização Carlos Alberto Barbosa Moreira. São Paulo: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
_____. *Divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Princípios Fundamentais Norteadoras do Direito da Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito de Família*. 28. ed. V.6. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARDAS, Desembargadora Mônica de Faria. Entrevista manuscrita concedida na 20ª Câmara Cível, TJ/RJ, em 31 de agosto de 2016.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Coleção Prática do Direito 2: União Estável*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Elvis Rossi da. *Presunção de paternidade: Há inconstitucionalidade na Lei 8.560/92?* Disponível em: < <http://investidura.com.br/nfsc/358-direito-de-familia/334411-presuncao-de-paternidade-hainconstitucionalidade-na-lei-856092>> Acesso em: 03 jan. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. V.6. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. F. Côrrea da. *Direito Civil: Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



GRANDES DESASTRES NATURAIS E O LIMITE PUNITIVO PARA OS CRIMES AMBIENTAIS

Clara Alice Gonçalves de Almeida

Graduada pela Universidade Federal
Fluminense. Advogada.

Resumo: O Direito Ambiental vem sendo reafirmado cada vez mais como um direito fundamental merecedor de toda a proteção do Estado. Este ramo do Direito ganha relevo diante das grandes catástrofes ambientais que ocorrem no Brasil e o mundo, gerando danos de proporções incalculáveis, sendo os instrumentos jurídicos não são suficientes para protegê-lo, ocorrendo o dano. A essência do trabalho é abordar a dificuldade de valoração dos danos ambientais diante da magnitude e ausência de limites geográficos dos grandes desastres que vêm ocorrendo na sociedade do risco, indicando a necessidade de sistematização do tratamento normativo disposta sobre a responsabilização e valoração dos danos para contornar tais limitações e para que haja efetiva reparação.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Responsabilidade penal e civil. Valoração dos danos ambientais. Limite punitivo. Grandes desastres ambientais.

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade pelos danos ambientais: uma discussão quanto ao limite punitivo. 2. A expansão do direito penal como resposta aos desafios da sociedade do risco: uma das vertentes da proteção ambiental. 3. A incerteza quanto ao cálculo da reparação civil – como encontrar parâmetros? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica enfoca a temática dos grandes desastres naturais e o limite punitivo para os crimes ambientais, ou seja, como vem sendo a responsabilização, tanto penal quanto civil, pela degradação ambiental de proporção incalculável tendo em vista a necessidade de proteção do meio ambiente.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecido constitucionalmente como um direito do ser humano, essencial à sua sã qualidade de vida. Previsto no art. 225 da Constituição da República, constitui desdobramento indissociável do direito à saúde e à vida.

Reafirmado cada vez mais como um direito fundamental merecedor de toda a proteção do Estado, o direito ambiental ganha relevo diante das grandes catástrofes ambientais que ocorrem no Brasil e o mundo, gerando danos de magnitude inimagináveis, sendo que o Direito mostra que não possui, muitas vezes, instrumentos jurídicos eficazes para protegê-lo eficientemente.

Os limites das punições que podem ser impostas em virtude dos danos humanos e materiais causados pelas tragédias ambientais vêm sendo cada vez mais questionados, sobretudo diante da dispersão da poluição em níveis imprevisíveis.

A questão da responsabilização, apesar de ser um tema recorrente na serra da pesquisa jurídica, encontra novo olhar diante do reconhecimento da necessidade de proteção de direitos difusos e da sobrevivência e disseminação dos crimes macrosociais no cenário jurídico.

Dessa maneira, analisar como vem sendo aplicada a punição nos crimes ambientais, bem como de que modo vem sendo monetarizada a reparação cível, em virtude da necessidade de proteção aos bens mais importantes para o ser humano, é de vital relevo.

No primeiro capítulo, o trabalho busca abordar a questão do dano ambiental e da responsabilidade civil, penal e administrativa diante do mesmo, bem como os limites de tolerabilidade dos impactos ambientais diante dos interesses econômicos que se superpõem às tentativas de preservação da natureza e, assim, analisar como vêm sendo realizada a proteção do meio ambiente nos crimes envolvendo grandes desastres ambientais.

No segundo capítulo, pretende-se demonstrar que os dogmas tradicionais do direito penal foram insuficientes para garantir efetiva proteção ao meio ambiente. O modelo de organização paradoxal da sociedade gera riscos e, ao mesmo tempo, refuta-os. Para administrar tais riscos e fazer face aos desafios sociais surgiram novos institutos e novas estratégias de incriminação. Contudo, será analisado como isso afeta o princípio da legalidade e as barreiras existentes.

Por fim, no terceiro capítulo, objetiva-se discutir as técnicas de valoração dos danos ambientais, bem como a falta de parâmetro para indenizações diante das proporções que tais desastres alcançam. Pretende-se analisar como é o balizamento do valor econômico de um bem inestimável, demonstrando a incerteza existente em relação ao cálculo da reparação cível. Assim, será defendida a necessidade de uma sistematização do tratamento normativo que disponha sobre a responsabilização e valoração dos danos decorrentes de grandes desastres ambientais para que, deste modo, seja possível haver uma reparação efetiva do mesmo.

A pesquisa utilizará metodologia do tipo qualitativa, explicativa e bibliográfica e terá como fontes principais a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tendo em vista a necessidade de abordagem ampla do tema devido ao reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito de terceira geração e pelas repercussões jurídicas daí advindas.

1. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS AMBIENTAIS: UMA DISCUSSÃO QUANTO AO LIMITE PUNITIVO

Desastre é conceituado pela legislação brasileira como o resultado de eventos adversos sobre um ecossistema vulnerável causadores de danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais, que podem advir de eventos naturais ou podem ser provocados pelo homem¹.

A temática ambiental configura hoje verdadeira questão de sobrevivência e a busca pela preservação do meio ambiente é premente.

É cediço que a Constituição da República² determina que os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, estarão sujeitos a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, pelas condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente por eles praticadas, bem como que a defesa do meio ambiente constitui princípio da ordem econômica (arts. 170, inciso VI e 225, § 3º).

Tais dispositivos conjugados nos trazem a ideia de desenvolvimento sustentável, ou seja, a necessidade de conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação da natureza.

Segundo Bessa Antunes³, entretanto, a proteção integral do meio ambiente é uma exceção e há uma tensão entre diferentes valores extraídos da base constitucional e legal do Direito Ambiental. Conforme afirma o autor:

Tais valores, em linhas gerais, podem ser assim definidos: (a) proteção integral dos bens naturais; (b) proteção parcial dos bens naturais com ponderações de natureza econômica e social e (c) prevalência dos fatores de desenvolvimento econômico e social sobre a proteção dos bens naturais.

O cuidado com o meio ambiente, como aponta Bessa Antunes⁴, seria diretamente proporcional ao rigor da responsabilização dos causadores de danos, sendo o momento da reparação dos danos ambientais um momento crítico.

¹ BRASIL. Decreto n. 7.257, de 4 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. Dano ambiental – A manifestação da vontade de repará-lo como causa da suspensão de aplicação de penalidades administrativas. In: MILARÉ, Ródi; MACHADO, Paulo Afonso Leme (Org). *Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental* (Coleção doutrinas essenciais, v. 5). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 384.

⁴ *Ibidem*, p. 385.



Segundo Patrícia Faga³, “A verdade é que onde houver seres humanos haverá impacto ao meio ambiente. Trabalhamos, então, com o que chamamos de limites de tolerabilidade dos impactos, verificando se o meio ambiente tem condições de absorvê-los”.

Desse modo, que haverá dano ao meio ambiente quando for ultrapassado referido limite de tolerabilidade, ou seja, o prejuízo a ser reparado deve ser grave e anormal.

Nesse contexto de anormalidade, surgem os grandes desastres ecológicos. Um deles foi o rompimento da barragem no distrito de Bento Rodrigues, em Mariana, no dia 5 de novembro de 2015. É considerado o maior desastre natural do Brasil, os rejeitos atingiram mais de 40 cidades do leste de Minas Gerais e do Espírito Santo e dezenove pessoas foram mortas⁴.

No caso acima, vinte e duas pessoas e quatro empresas foram denunciadas pelo Ministério Público Federal, sendo que vinte e uma pessoas são acusadas de homicídio qualificado com dolo eventual.

Em situações como as tais, nota-se que os interesses econômicos se superpõem às tentativas de preservação da natureza, pois, apesar de toda a legislação preventiva, acaba ocorrendo burla à mesma, de modo que o desenvolvimento passa a ser, em realidade, insustentável.

Segundo Bessa Antunes⁵, até hoje não existe um critério para a fixação do que efetivamente se constitui o dano ambiental e como deva ser reparado. Entre os critérios adotados, estão o da reparaçãõ do ambiente agredido ao seu status quo ante e o critério da compensaçãõ.

Para o autor acima, entretanto, os critérios são sempre falhos e insuficientes. Deveria ocorrer, em verdade, a prevençãõ, a qual, contudo, atinge interesses econômicos. Defende, deste modo, um critério aberto para apuraçãõ dos danos ambientais, para que em cada caso seja possível estabelecer uma reparaçãõ adequada.

Temos três formas de tutela do meio ambiente: preventiva, cujo escopo é evitar a ocorrência do dano; repressiva, que tem por base a Lei nº 9.605/98⁶, que diz respeito à

³ LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. Responsabilidade civil e dano ao meio ambiente. *Novos Rumos*. In: MILARÉ e MACHADO, op. cit., p. 350.

⁴ SANTOS, Bárbara Ferreira. *MPF denuncia 4 empresas e 22 pessoas por desastre em Mariana*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/fatosil/mpf-denuncia-desastre-em-mariana/>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

⁵ ANTUNES, op. cit., p. 392-393.

⁶ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.



sanção penal e administrativa derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente; e a tutela reparadora, refletida da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.

Conforme dispõe Milare⁹, “[...] a danosidade ambiental tem repercussão jurídica tripla, certo que o poluidor, por um mesmo ato, pode ser responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, nas esferas penal, administrativa e civil”.

Assim, na seara da responsabilidade civil, predomina o entendimento de que a mesma é objetiva com risco integral, conforme art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81¹⁰.

De acordo com Nelson Nery Junior¹¹, as consequências da adoção da responsabilidade civil objetiva são: a prescindibilidade da culpa para o dever de reparar; a irrelevância da licitude da atividade; e a irrelevância do caso fortuito e da força maior como causas excludentes da responsabilidade.

Já na seara administrativa, há também divergências quanto à identificação da natureza jurídica da responsabilidade. Milare¹² entende que a melhor saída é considerar a teoria da culpa presumida, de modo que não se exigiria, já no auto de infração, a demonstração da ação culposa, ou seja, bastaria a presença de indícios da violação do dever de cuidado. Assim, caberia ao infrator a prova de que não havia elemento subjetivo ou invalidar o juízo indiciário da infração.

Em relação à responsabilização penal, ainda há discussões quanto à sua possibilidade de aplicação às pessoas jurídicas. Verifica-se que há intenso debate acerca da aplicação da teoria da pena e da teoria do delito.

Entretanto, diante da previsão na Constituição da República e na Lei dos Crimes Ambientais, deve ser superada a polêmica existente, de modo que a preocupação recaia na delimitação e nos parâmetros para apuração.

Enfim, verifica-se que o meio ambiente, como *res omnium*, ou seja, bem de toda a coletividade, tem no sistema positivo brasileiro uma variada proteção, a qual não impede, contudo, mesmo com toda precaução e prevenção, que grandes desastres provocados pela ação do homem venham a ocorrer.

Nesse sentido, necessário verificar quais as possibilidades e limites para punição e contenção de tais fatos.

⁹ MILARÉ, Rêis; COSTA JR, Paulo José da; COSTA, Fernando JOSÉ da. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 188.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade Civil por dano ecológico e ação civil pública. In: MILARÉ, Rêis; MACHADO, op. cit., p. 331.

¹² MILARÉ, op. cit., p. 178.

2. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO RESPOSTA AOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DO RISCO: UMA DAS VERTENTES DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

A questão do limite punitivo em relação aos crimes ambientais, considerando a grande área de abrangência dos danos, é questão não pacífica na doutrina.

O modelo de organização paradoxal da nossa sociedade, que necessita do risco para se desenvolver, mas também refuta este risco, procurando mecanismos de inibição de sua produção, é ressaltado por Cunha Costa¹³. Extrai tal pensamento com base na sociedade de risco abordada por Ulrich Bech.

Conforme afirma Cunha Costa¹⁴:

A sociedade, reconhecendo então que tais riscos são derivados de decisões humanas, passa a buscar sistemas capazes de gerenciar a periculosidade desses comportamentos, como a elaboração de leis que regulamentem o progresso tecnológico e científico, a preservação do meio ambiente, os mecanismos de comando e controle e de distribuição dos riscos, assim como, particularmente, a questão da eficiência ou ineficiência dos mecanismos atuais e busca de novas alternativas.

Afirmam Leite e Ayala¹⁵, o ingresso na sociedade de risco começa exatamente no momento em que as instituições não apenas produzem como também legitimam os perigos que já não podem controlar, justificando-os e ocultando informações, acabam por converter o mundo em um grande laboratório.

Assim, pode-se notar que a proteção ao meio ambiente é relativa, pois não visa propriamente à eliminação dos riscos derivados das atividades industriais, mas apenas a administrá-los, ou seja, busca-se atingir uma convivência razoável entre esses riscos e a sociedade pós-industrial em que vivemos.

Em busca da superação das barreiras do Direito Penal Clássico, novas estratégias de incriminação são apresentadas.

Destaca Elida Séguin¹⁶ que "tradicionalmente, a proteção no Direito Penal era individual, o que facilitava a determinação da vítima e a extensão do dano. O crime tinha um caráter microsocial."¹⁷

¹³ COSTA, Carlos Fernando da Cunha. *A tutela penal do meio ambiente: a conciliação entre dois sistemas de proteção*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 70.

¹⁴ *Ibidem*, p. 70.

¹⁵ LEITE e AYALA apud COSTA, *ibidem*, p. 69.

¹⁶ SÉGUIN, Elida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 419.



Entretanto, a sobrevivência dos direitos difusos e coletivos trouxe à baila crimes macrosociais e plurissubjetivos surgem no cenário jurídico.

Conforme anota Esteves¹⁷, “O Direito Penal Tradicional sintetiza e traduz inadequação para responder aos novos desafios da sociedade do risco, (...) exigindo com brevidade um novo olhar”.

Se por um lado há quem entenda pela necessidade de utilização do Direito Penal, por outro há quem apregoe o minimalismo.

Entre as técnicas legislativas utilizadas na tipificação penal de condutas lesivas ao meio ambiente, a mais representativa do paradoxo do risco, na atual sociedade, segundo Costa¹⁸, são as chamadas normas penais em branco. De acordo com tal autor¹⁹, “essa técnica encontra-se intrinsecamente ligada ao fenômeno da acessoriedade administrativa, pois facilita a coordenação entre as normas penais e as disposições administrativas.”

Nestes termos, destaca Costa²⁰ que o Direito penal ambiental contém em seu bojo um vasto número de dispositivos que não proíbem qualquer lesão ao bem ambiental protegido, mas apenas aquelas praticadas em contrariedade ao direito administrativo.

Nesse sentido, ficaria a cargo do Direito Administrativo determinar quais níveis de risco serão aceitáveis em determinadas atividades potencialmente poluidoras.

Assim, outros ramos do direito são importantes no enfrentamento do problema da preservação do meio ambiente.

Pode-se perceber que o autor acima citado entende como válidos o emprego de elementos normativos no tipo penal ou das chamadas normas penais em branco, pois apenas a administração, com seus mecanismos mais céleres, detém habilidade para fiscalizar e acompanhar as atividades particulares e sobre elas exercer seu poder de polícia.

Contudo, não deixa de haver críticas.

Em caso de infração às suas normas, o Direito Administrativo poderá apresentar a sua face sancionadora. Contudo, destaca Costa²¹ que a natureza pecuniária de suas sanções tem ensejado ponderações críticas, quer seja em face de sua baixa capacidade de intimidação, quer seja pela possibilidade de ser internalizada juntos aos custos de produção, repercutindo, assim, sobre os consumidores.

¹⁷ ESTEVES, Henrique Perez in Silva, Anderson Costa e Araújo, Edgar Luiz de. *Direito Ambiental: temas polêmicos*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 69.

¹⁸ COSTA, op. cit., p. 75

¹⁹ *Ibidem*, p. 75-76.

²⁰ *Ibidem*, p. 170.

²¹ *Ibidem*, p. 134.

Luís Greco²² identifica três diferentes maneiras pelas quais a vinculação entre o direito penal ambiental e o direito administrativo pode ser revelada pela legislação: acessoriedade conceitual, acessoriedade ao ato administrativo individual e acessoriedade ao ato administrativo geral.

Greco²³, então, questiona se não estaria o legislador, por meio de tais remissões, relegando à administração a competência para definir que comportamentos são puníveis, com isto furtando-se a seus deveres e violando o princípio da legalidade.

Assim, se a intervenção penal é a *última ratio* e se as demais barreiras protetoras não são suficientes, deve ser usada a tutela penal contra condutas socialmente tão gravosas.

O Direito Penal, conforme assinala Esteves²⁴, antecipa cada vez mais a punição de comportamentos que antes seriam considerados preparatórios ou absolutamente inofensivos com base na ideia de risco.

As técnicas legislativas de prevenção (norma penal em branco, crimes de perigo abstrato) têm ajudado os operadores do Direito na efetivação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Há quem entenda inclusive, que não há nada errado em compreender até mesmo um homicídio como crime ambiental, sem prejuízo da tutela da vida, à luz da sociedade de risco. Para Ribeiro e Rezende²⁵, o Direito Penal deve enfrentar as novas demandas sociais, inclusive no que se refere às regras acerca da imputação de crime doloso contra a vida à pessoa jurídica.

Como resume Costa²⁶, o Direito Penal não é uma panacéia para o modelo de desenvolvimento perseguido pela sociedade industrial avançada, entretanto se confirmará que a ele cabe um importante papel.

O que se percebe das notícias que vemos nos jornais, é que muitas vezes a reparação patrimonial não é o bastante, buscando as pessoas a reparação penal como verdadeiro simbolismo de vingança.

²² GRECO apud COSTA, *op. cit.*, p. 171-172.

²³ Greco apud COSTA, *op. cit.*, p. 17.

²⁴ ESTEVES, *op. cit.*, p. 75.

²⁵ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves e REZENDE, Elcio Nacar. *Além do Espetáculo: ressignificação de litúrgias. Homicídio como crime ambiental: uma terminológica escapatória do Direito Penal?*. Disponível em: <file:///C:/Users/Windows/Downloads/3420-14790-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²⁶ COSTA, *op. cit.*, p. 133.



3. A INCERTEZA QUANTO AO CÁLCULO DA REPARAÇÃO CÍVEL – COMO ENCONTRAR PARÂMETROS?

A adoção de um aparato legislativo de controle ambiental não vem impedindo a proliferação dos danos ambientais, de modo que, como acima destacado, os riscos dos perigos industriais são cada vez maiores e o dano ambiental inevitável.

Sabe-se que aquele que causar prejuízo a outrem é obrigado a reparar o dano. Na esfera do direito ambiental, leva-se em conta que o dano pode atingir diretamente alguns cidadãos em particular, porém toda a coletividade acaba sendo prejudicada de forma indireta.

Como resalta Ségur²⁷, “a verdadeira dimensão dos desastres ambientais é minimizada tanto pela mídia quanto pelo Poder Público”.

Nesse sentido, o legislador estabeleceu ao que o degradador tem a obrigação de restaurar e/ou indenizar os prejuízos ambientais, conforme art. 4º, VII da Lei 6.938/1981.

O meio ambiente lesado, contudo, muitas vezes torna-se impossível de ser recuperado ou recomposto. A indenização pecuniária, por sua vez, funciona como uma forma de compensação ecológica.

Segundo Leite e Ayala²⁸,

Pelo sistema reparatório do dano ambiental, via ação civil pública, os valores pecuniários arrecadados em função da lesão ao meio ambiente ficam depositados em um fundo denominado fundo para reconstituição dos bens lesados, e são destinados, em última análise, à compensação ecológica. Assim, a ideia que paira neste fundo reparatório do dano é sempre buscar a reintegração do bem ambiental, pois os valores arrecadados em indenização, via de regra, servem para a execução de obras de reintegração do bem ambiental, objetivando substituir este bem por outro equivalente.

Pode-se perceber que, embora tenha caráter subsidiário, a indenização em dinheiro é a mais frequente, dadas as dificuldades postas, na prática, à reparação natural.

Os problemas quanto à reparação pecuniária são marcantes em virtude das dificuldades de conversão monetária para o cálculo indenizatório. Sendim²⁹ afirma,

²⁷ SÉGUIN, op. cit., p. 408.

²⁸ LEITE, José Rubens Mourão; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 223.

²⁹ SENDIM, José de Souza Castel apud LEITE; AYALA, op. cit., p. 230.

entretanto, que, apesar das dificuldades, os elementos do patrimônio natural são suscetíveis de avaliação econômica.

Leite e Ayala³⁰ ressaltam que a avaliação econômica do bem ambiental se restringe à capacidade de uso humano do mesmo dentro de uma sociedade capitalista, na qual os recursos naturais são bens de consumo.

Como se depreende da análise da doutrina, vários autores buscam trabalhar metodologias aplicáveis para valoração do dano ambiental e, assim, garantir a reparabilidade do dano, sem não transformá-lo em um produto de mercado.

Não há um padrão universalmente aceito sobre os métodos de valoração existentes, de modo que cada método apresenta suas limitações de acordo com o grau de sofisticação - metodológica e de base de dados - existente na hipótese. Contudo, tais métodos são relevantes para que as agressões não fiquem sem a devida resposta, conforme afirma Betiol³¹.

Assim, para desestimular a continuidade da atividade danosa pelo degradador-poluidor, Betiol aponta a existência de dois grandes grupos de métodos de avaliação: o método da função de produção e o método da função de demanda.

Segundo Betiol³², “dentro do primeiro método de avaliação encontra-se os custos de reposição do bem: os custos com os gastos defensivos e os custos de controle.” Esse seria o método mais simples e o mais utilizado pelos economistas, tendo em vista que são os elementos que circundam o bem ambiental e que têm valor de mercado que são avaliados.

Dentro do segundo método mencionado por Betiol, estão três categorias de avaliação, quais sejam: a hedonista, a contingente e a técnica de custo de viagem.

Já Sendim³³ destaca os métodos direto e indireto de avaliação. O primeiro consistiria na análise de mercado de bens que estão relacionados com o bem ambiental a avaliar. Já a avaliação direta seria baseada nas preferências expressas pelos consumidores sobre seu valor.

Há ainda propostas de tarifação da indenização, ou seja, de definição prévia de valores a serem atribuídos a certos tipos de lesão ambiental.

³⁰ LEITE; AYALA, *op. cit.*, p. 231.

³¹ BETIOL, Luciana Streck. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

³² *Ibidem*, p. 170.

³³ SENDIM, José de Souza Carvalho *apud* LEITE; AYALA, *op. cit.*, p. 232.



Com tais propostas metodológicas de avaliação, a decisão sobre seu uso caberá ao julgador, “que será quem, aplicando o direito ao caso concreto, definirá qual dos métodos é o mais apto para o deslinde da demanda, sempre tendo por objetivo privilegiar as capacidades e funções ecológicas”³⁴.

Destacam Lunelli e Poletto³⁵ que deve haver juízes “que pensem no meio ambiente, que vejam no meio ambiente a vida real das presentes gerações para que possam viver (e até mesmo nascer) as futuras”, de modo que as leis e demais formas instrumentais de proteção do meio ambiente possam ter eficácia prática.

Lunelli e Poletto³⁶ anotam ainda que “a situação atual força o surgimento do juiz ideologicamente comprometido com a salvaguarda da Natureza”, tendo em vista que não se confunde jurisdição inerte com jurisdição inócua.

Conforme afirmam Leite e Ayala³⁷, a jurisprudência vem fixando somas em dinheiro de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Concluem que

os intérpretes do direito optaram por usar métodos alternativos para avaliação do dano, com vistas ao ressarcimento pecuniário e, numa visão objetiva, optaram pela dedução concreta, pois não é permitido ao magistrado deixar de examinar o caso concreto. Além do que, solucionando o caso concreto, agiram em favor da sociedade que teve seus bens ambientais lesados, ou seja, aplicaram a tese do *in dubio pro ambiente*.

Mais especificamente em relação aos desastres ecológicos, os impactos causados não têm fronteiras, de modo que os efeitos dos danos não ficam restritos a um único Município ou Estado, pois o meio ambiente não tem fronteiras.

O que se pode verificar, na verdade, são tentativas de balizar o valor econômico do prejuízo a um bem inestimável, e os operadores do direito buscam resolver esta equação do modo que melhor se encaixa ao caso concreto. Assim, mecanismos econômicos são utilizados para valoração com fim de monetarizar as perdas ambientais.

Não há, de fato, uma sistematização na legislação brasileira a respeito do tema. Conforme Bobbio³⁸, “uma coisa é falar dos novos direitos cada vez mais extensos, e

³⁴ BERTOL, *op. cit.*, p. 173.

³⁵ LUNELLI, Carlos Alberto; POLETTI, Leonardo Augusto. O direito fundamental da proteção do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro e o protagonismo do direito em matéria ambiental. In LUNELLI, Carlos Alberto. *Direito, ambiente e políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 18.

³⁶ *Ibidem*, p. 20-22.

³⁷ LEITE; AYALA, *op. cit.*, p. 229.

³⁸ BOBBIO *apud* *Ibidem*, p. 39-40.

justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.”

Pode-se citar a notícia de que o impacto socioeconômico direto das 35 cidades mineiras atingidas pela lama vazada do rompimento da barragem de Mariana, na Região Central de Minas, seria de R\$ 1,212 bilhão, conforme relatório do governo de Minas Gerais³⁹.

Inicialmente foi feito um acordo de R\$ 20 bilhões para revitalização do Rio Doce assinado entre União, estados e empresas, entretanto o Ministério Público Federal (MPF) considerou que tal acordo não contemplava os efeitos e o tamanho da tragédia.

Posteriormente, o Ministério Público Federal pediu R\$ 155 bilhões em reparação aos danos sociais, econômicos e ambientais causados pelo rompimento da barragem⁴⁰.

Nota-se, assim, a disparidade dos valores e a dificuldade de se mensurar os danos causados, de modo que se está longe de obter uma resposta consensual e simples para sua apuração.

Necessária, deste modo, uma sistematização do tratamento normativo quanto à valoração de tais danos, de modo a superar a distância entre os mandamentos do Direito Ambiental e a realidade cotidiana para a efetivação prática dos objetivos primordiais de proteção.

CONCLUSÃO

A relação do homem com a natureza começou a se mostrar mais preocupante em tempos relativamente recentes, a partir de vários desastres relacionados de alguma forma à poluição.

Nesse sentido, a proteção do meio ambiente foi incorporada ao texto da Constituição, de modo que os autores falam do Estado de Direito Socioambiental para representar tal comprometimento da teoria constitucional.

³⁹ PREJUÍZO com lama de barragem é de R\$ 1,2 bi para 35 cidades, diz MG. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/02/prejuizo-com-lama-de-barragem-e-de-r-12-bi-para-35-cidades-diz-mg.html>>. Acesso em: 22 abr. 2017

⁴⁰ PIMENTEL, Thais. *MPF pede R\$ 155 bilhões em ação civil contra Samarco, Vale e BHP*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/05/mpf-pede-r-155-bilhoes-em-acao-civil-contrasamarco-vale-e-bhp.html>>. Acesso em: 22 abr. 2017.



Na seara penal, novos institutos vêm sendo idealizados e aplicados no intuito de oferecimento da proteção exigida. A efetivação do novo valor constitucional acarretou o incremento de figuras delitivas e sua modificação estrutural.

Contudo, ainda não há consenso entre os estudiosos quanto ao à sua legalidade, de modo que ainda há muitos pensamentos contrapostos no que tange à tutela penal do meio ambiente.

No campo da responsabilidade civil, ainda não há sistematização adequada acerca do tema da apuração do valor do dano ambiental, mormente nos casos dos grandes desastres que ultrapassam lindes e barreiras geográficas.

Na sociedade do risco, os interesses econômicos são dominantes e a degradação da natureza é tida como inevitável, ou seja, há limites de tolerabilidade estabelecidos pelos próprios governos.

Os elementos constitutivos do meio ambiente não são bens que se encontram disponíveis no mercado, portanto não há como serem traduzidos em parâmetros econômicos. Entretanto, para que haja efetiva reparação dos danos, é fundamental encontrar uma técnica ou método capaz de parametrizar as balizas de uma verdadeira reparação.

São muitas as questões ainda em aberto no campo da valoração ambiental. Contudo, são necessários métodos de valoração, para contornar tais limitações e para que os danos possam ser integralmente reparados.

Urge sistematizar o tratamento normativo que disponha sobre a responsabilização e valoração dos danos em virtude de grandes desastres ambientais para que haja uma adequada tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Decreto n. 7.257, de 4 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ata2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

COSTA, Carlos Fernando da Cunha. *A tutela penal do meio ambiente: a conciliação entre dois sistemas de proteção*. Curitiba: Juruá, 2013.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dois ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LUNELLI, Carlos Alberto (Coord.). *Dirêito, ambiente e políticas públicas*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Dirêito ambiental brasileiro*. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Malheiros, 2015.

MILARÉ, Édia; COSTA JR, Paula José da; COSTA, Fernando JOSÉ da. *Dirêito penal ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MILARÉ, Édia; MACHADO, Paulo Afonso Leme (Org). *Dirêito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. Coleção doutrinas essenciais. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIMENTEL, Thais. *MPF pede R\$ 155 bilhões em ação civil contra Samarco, Vale e BHP*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/05/mpf-pede-r-155-bilhoes-em-acao-civil-contrasamarco-vale-e-bhp.html>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

PREJUÍZO com lama de barragem é de R\$ 1,2 bi para 35 cidades, diz MG. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/02/prejuizo-com-lama-de-barragem-e-de-r-12-bi-para-35-cidades-diz-mg.html>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves e REZENDE, Elcio Nacar. *Mina do Engenho: rompimento de barragem. Homicídio como crime ambiental: uma teratológica acepção do Direito Penal?* Disponível em: <<file:///C:/Users/Windows/Downloads/3420-14790-1-FB.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SANTOS, Bárbara Ferreira. *MPF denuncia 4 empresas e 22 pessoas por desastre em Mariana*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/mpf-denuncia-desastre-em-mariana/>>. Acesso em: 27 mar. 2017.



SÉGUIN, Elida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Anderson Costa; ARAÚJO, Edgar Luiz de. *Direito Ambiental: temas polêmicos*. Curitiba: Juruá, 2015.



A IMPORTÂNCIA DAS ELEIÇÕES PARA O PROVIMENTO DOS CARGOS DE DIREÇÃO NAS ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS DO RIO DE JANEIRO

Cristiane Rodrigues

Graduada pela Faculdade de Direito da UERJ.
Professora de história da SEEDUC/RJ e SME/RJ.
Mestre em História Social pela UFRJ.

Resumo – O provimento para os cargos de direção das escolas públicas estaduais do Rio de Janeiro era feito com base nas eleições que ocorriam nas unidades escolares entre os anos de 1984 e 2003. No entanto, à luz da Separação dos Poderes, o Supremo Tribunal Federal, na Adm n. 2.997, entendeu serem inconstitucionais as leis estaduais que se utilizavam do processo consultivo para o provimento de tais cargos. Recentemente, atendendo a uma das reivindicações do Movimento “Ocupa” foi editada a Lei estadual n.7299/2016 que restabelece o processo consultivo para o provimento dos cargos à direção, indo ao encontro do princípio constitucional da gestão democrática da escola. Dessa forma, busca-se discutir a constitucionalidade da nova lei e a necessidade de o Supremo Tribunal Federal rever o seu posicionamento, uma vez que o direito administrativo, atualmente mais democrático, deve criar mecanismos que viabilizem a participação popular.

Palavras-chave – Movimento Ocupa. Nomeação de cargos em confiança. (In) constitucionalidade do processo consultivo. Gestão Democrática das escolas estaduais. Separação dos Poderes.

Sumário – Introdução. 1. A greve dos professores estaduais, o fenômeno da ocupação e a judicialização do movimento ocupa. 2. A questão da eleição para o provimento de cargos à direção no âmbito das escolas públicas estaduais à luz da separação dos poderes: tendências dos julgados do STF. 3. As inovações da Lei estadual n. 7.299/2016 e os princípios constitucionais dela emanados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema explorado no presente estudo busca revisitar um fato histórico e social ocorrido no Brasil no ano de 2016, qual seja a ocupação de algumas escolas públicas ocorridas nos estados de São Paulo, Paraná e Rio de Janeiro.

O fenômeno da ocupação que já tinha ocorrido nas universidades públicas, causou espanto ao ter sido apropriado por alunos adolescentes, que tão jovens começaram a exercer sua cidadania pela via da ocupação.

No Rio de Janeiro, objeto do estudo, a ocupação trouxe como principal contribuição a Lei estadual nº 7.299/16 que disciplina o processo consultivo para a indicação de diretores e



de diretores adjuntos das instituições de ensino integrantes da rede da Secretaria de Estado de Educação - SEEDUC-RJ e da Fundação de Apoio à Escola Técnica - FAETEC.

Apesar de a rede municipal de ensino do Rio de Janeiro, SME-RJ, já aplicar o processo consultivo na escolha dos diretores das suas escolas, na esfera estadual havia e, ainda há uma resistência em consultar a comunidade escolar para que o poder público e a comunidade escolham em acordo, o gestor que irá administrar a escola com base nos princípios constitucionais e administrativos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

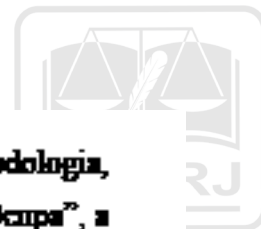
Assim, é causa de estranheza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade das leis que tinham por objeto as eleições diretas para provimento de cargos comissionados nas diretorias de escolas públicas, uma vez que a comunidade escolar tem almejado o processo consultivo, na esperança que as escolas possam ser administradas com maior transparência e, que sejam elaborados projetos políticos pedagógicos que visem acombater as peculiaridades das comunidades em que estão inseridas.

No primeiro capítulo, faz-se um breve histórico do Movimento "Ocupa", bem como de sua judicialização pelo judiciário carioca, que teve papel fundamental para que a Lei Estadual n.º 7.299/16, fosse elaborada com base na participação dos interessados em fazer da escola um lugar de acolhimento da comunidade em que está inserida.

No segundo capítulo, procura-se destacar o equívoco das decisões do Supremo relacionadas ao tema, que não ponderaram o princípio da separação dos poderes, aqui reconhecido no poder discricionário do Executivo em nomear e exonerar os escolhidos para exercer os cargos de direção das escolas públicas estaduais, com o princípio da supremacia do interesse público, já que muitas vezes estes cargos preenchidos com fins políticos têm levado a corrupção para dentro das escolas e impedido que a gestão escolar seja exercida de forma transparente, democrática e inclusiva.

No último capítulo, pretende-se analisar a Lei Estadual n.º 7.299/16, sua importância para o restabelecimento da gestão democrática nas escolas públicas estaduais, bem como discutir com base na referida lei, a necessidade de a administração pública se apropriar dos princípios constitucionais que conduzam a uma administração participativa.

A pesquisa foi fundamentada numa interpretação sistemática da Lei Estadual n.º 7.299/16, confrontando-a com a Adin n.º 2.997, a fim de discutir a sua compatibilidade com os princípios constitucionais da administração pública.



Além da análise da legislação pertinente ao tema, utilizar-se-á como metodologia, pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e fontes de jornal referentes ao Movimento “Ocupa”, a fim de viabilizar a proposta em questão e, auxiliar a compreensão da problemática aqui discutida.

Para tratar da necessidade de o Supremo Tribunal Federal rever o entendimento a respeito do tema, utiliza-se a técnica da ponderação de interesses na constituição, defendida por Daniel Sarmento, que permite ponderar a norma jurídica com princípios constitucionais.

1. A GREVE DOS PROFESSORES ESTADUAIS, O FENÔMENO DA OCUPAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DO MOVIMENTO “OCUPA”

Os profissionais da educação do estado do Rio de Janeiro entraram em greve em 02 de março de 2016, a fim de reivindicar 30% de aumento de salários, calendário de pagamento cumprimento da carga horária para planejamento, eleições para diretores da escola e melhor qualidade de trabalho e ensino na rede estadual de educação.

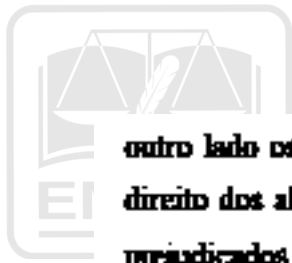
Apesar da pauta da greve ter se mostrado legítima, o governo do estado do Rio de Janeiro não atendeu a maior parte das reivindicações, mas houve vitórias parciais como: a possibilidade de escolha do diretor de escola pelo voto, objeto do nosso estudo.

A greve da educação estadual que se estendeu por quatro meses, também teve como saldo positivo o fato de ter impedido que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro- ALERJ votasse o aumento de 11% para 14% a contribuição previdenciária dos servidores estaduais.¹

No entanto, não deturpando o movimento da greve, o que mais chamou a atenção dos governantes foram as ocupações, uma vez que sessenta e oito escolas estaduais do Rio de Janeiro, foram ocupadas durante a greve de professores e funcionaram como força motriz do movimento, especialmente no momento em que a cidade do Rio de Janeiro seria palco dos Jogos Olímpicos e, que as autoridades buscavam mostrar ao mundo que as instituições estavam fortes e bastante capazes de solucionar seus problemas.

As ocupações dividiram opiniões de educadores, de um lado, havia o grupo dos que defendiam a legitimidade e a importância do movimento não apenas estadual, mas nacional, já que também ocorreram em outros estados como: São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná e, do

¹Do G1 Rio. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/apos-quase-5-meses-professores-decidem-suspender-greve-no-rj.html>>. Acesso em: 29 abr. 2017.



outro lado os que eram contrários à ocupação por acreditar que representava um entrave ao direito dos alunos que queriam estudar, especialmente os que iriam fazer o ENEM e seriam prejudicados.

No Rio de Janeiro, objeto do nosso estudo, a juíza Glória Heloíza Lima da Silva, titular da 2ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso do Rio de Janeiro que atuou na ação civil pública que tinha por objeto da lide, a ocupação do Colégio Estadual Prefeito Mendes de Moraes, agiu de forma republicana ao determinar a coexistência pacífica e harmônica entre os alunos responsáveis pela ocupação com os demais alunos nas escolas ocupadas.

Em uma das decisões, a fundamentação do juízo foi no sentido de garantir o direito à livre manifestação dos adolescentes disponibilizando as instalações em setores distintos dos já ocupados pelos alunos manifestantes, a fim de que fosse restabelecido o direito dos demais ao acesso à escola e à educação. Destaca-se abaixo, trecho da referida decisão:

Nesse sentido, posturamos, que a presente demanda visa garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, dentre eles, aquele que se refere à Educação em sua toda a sua plenitude, bem como, ao direito à liberdade de manifestação. É preciso mencionar que a nos termos da Carta Magna Vigente, a Educação é direito de Todos e dever do Estado, que por sua vez deve prestá-lo gratuitamente de maneira inclusiva e com padrão de qualidade aceitável, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, neste caso, crianças e adolescentes, para o preparo do exercício da cidadania e qualificação profissional (artigo 205 c/c artigo 206, incisos I, VI e VII)².

Ao ser judicializado, o movimento “ocupa”, nos faz alertar, especialmente, com base nessa decisão, que a educação ainda não tinha sido usada como forma de apropriação pelo aluno brasileiro, especialmente pelos alunos da rede pública.

Ainda quando se fala em educação nos baseamos na educação escolástica, professor de um lado, alunos de outro, pouco diálogo, muito conteúdo e pouco aprendido.

Ao enxergar a educação como um direito constitucional, que assegura ao aluno adolescente, o direito à liberdade e ao livre exercício manifestação de pensamento, a decisão citada nos faz perceber o quanto a educação perdeu ao não permitir que os alunos se apropriassem dela como um todo.

Nesse sentido, a decisão serviu também para abrir uma caixa de diálogo entre a sociedade, aqui representada pelo grupo de estudantes e o Judiciário, uma vez que aproximou

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n. 0105730-36.2016.8.19.0001. Magistrada: Glória Heloíza Lima da Silva. Disponível em: <<http://www4.tjrr.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOMB=&back=1&tipoConsulta=publicadomemProcesso=2016.001.029424-3>>. Acesso em: 29 abr 2017.



este último da classe de estudantes, que passou a enxergar o Judiciário não como aparelho repressor do Estado, mas como garantidor dos princípios constitucionais.

Dessa forma, o Judiciário, no caso em tela, atuou não apenas por trabalhar a ocupação como movimento social, ou seja, como um instrumento utilizado pelos jovens para lutar pelo direito à educação e à cidadania, mas também atuou no sentido de delimitar espaços de convivência entre alunos a favor e contra a ocupação das escolas públicas.

Ao judicializar a questão, o Terceiro Poder passou a ocupar o espaço que a própria secretaria de educação, órgão do Poder Executivo, deixou de ocupar, quando tentou solucionar a questão, como se fosse questão de polícia, tendo sido o ativismo judicial importantíssimo à resolução do conflito. Neste sentido, destaco o pensamento de Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há conflito, mas mera ocupação dos espaços vazios.³

Assim, é possível perceber que o movimento “ocupa” teve como ponto principal, o direito de resistência, uma vez que os estudantes se viram no direito de resistir às ordens de um estado negligente, que não demonstra importância para com a educação da classe menos favorecida e, que acima de tudo usa a não-educação como mecanismo de manipulação das classes populares.

Destaca-se que a resistência passiva, não violenta, aqui representada pela ocupação dos estudantes de suas escolas, não é ineficaz, ao contrário, no dizer de Bobbio, “visa geralmente a mudança”⁴. Neste caso, como principal mudança, fruto da reivindicação do movimento ocupa, foi elaborada a Lei estadual n. 7.299/16⁵, que passa a disciplinar o processo consultivo para o cargo de direção no âmbito das escolas públicas estaduais.

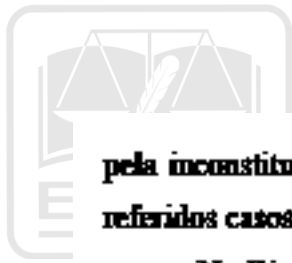
2. A QUESTÃO DA ELEIÇÃO PARA O PROVIMENTO DOS CARGOS À DIREÇÃO DAS ESCOLAS ESTADUAIS À LUZ DA SEPARAÇÃO DE PODERES: TENDÊNCIAS DOS JULGADOS DO STF

O Supremo Tribunal Federal ao julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade sobre a realização de eleições nas escolas públicas para provimento dos cargos à direção tem decidido

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 441-442.

⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004, p.165-166.

⁵ MENASCE, Márcio. *Governo publica lei aprovando eleições para diretores de escolas*. Disponível em: <<http://globo.globo.com/rio/governo-publica-lei-aprovando-eleicoes-para-diretores-de-escolas-19445870>> Acesso em: 29 abr. 2017.



pela inconstitucionalidade das leis que preveem o processo consultivo para a ocupação dos referidos cargos.

No Rio de Janeiro, as eleições para o cargo de direção nas escolas públicas estaduais começaram a ocorrer em 1984 e foram interrompidas em 2003, quando a governadora Rosinha Garotinho propôs uma ação de inconstitucionalidade no Supremo sobre as leis estaduais que regem o processo eleitoral para o provimento de tais cargos.

A alegação do governo para a inconstitucionalidade das leis se baseou no fato de que a livre nomeação para o cargo em comissão não pode se sujeitar por expressa determinação constitucional, ao pré-requisito de eleição⁶.

Assim, com base na alegação, na Adm n. 2.997-MC/RJ, apenas os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, decidiram pela constitucionalidade do art.308 da Constituição⁷ do Estado do Rio de Janeiro, da Lei n. 2.518/96 e do art.5º, I e III da Lei 3.067/98 que tratam da eleição para diretores das escolas estaduais do Rio de Janeiro.

Em seu voto, o ministro Sepúlveda Pertence⁸ destacou que as leis estaduais que preveem as eleições para o cargo de direção não ferem à Constituição Federal, uma vez que a própria Constituição no art. 206, VI, prevê “a gestão democrática do ensino público, na forma da lei”.

No entanto, o entendimento que prevalece é que há incompatibilidade material em relação aos artigos 2, 25, 37, II e XXV e, 206, VI, da CRFB/88, uma vez que o art.206, VI não pode ser tratado isoladamente, mas sim dentro de um outro conjunto de normas que tratam da discricionariedade do chefe do poder executivo em escolher os ocupantes dos cargos comissionados.

Ainda pelo entendimento do Supremo⁹, há uma inconstitucionalidade formal, decorrente do vício de iniciativa, pois é prerrogativa do Executivo, determinar a realização de processo eleitoral para o preenchimento dos cargos em comissão dos diretores de escolas.

Apesar do entendimento do Supremo, acredito que para o provimento de cargos em comissão de diretores de escolas estaduais, deveria ser aplicada a tese defendida pelo professor Daniel Sarmento para quem as normas jurídicas precisam ser ponderadas de acordo com os princípios constitucionais, uma vez que em uma democracia, deve prevalecer a

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.997- MC/RJ. Relator. Min.César Pezoso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%2BAIX+2997%29&base=baseAcorda es&url=http://tinyurl.com/hjxtotf>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

⁷ *Ibid*.

⁸ *Ibid*.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.997- MC/RJ. Relator. Min.César Pezoso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%2BAIX+2997%29&base=baseAcorda es&url=http://tinyurl.com/hjxtotf>>. Acesso em: 29 abr. 2017.



vontade do legislador, cuja legitimidade advém do voto popular. Ainda para Sarmento, o Judiciário tem que:

acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desrazoáveis ou quando contrariarem a ponta axiológica subjacente ao texto constitucional.¹⁰

Dessa forma, acredito ser necessário que o Supremo Tribunal Federal reveja a jurisprudência relativa ao tema, uma vez que o movimento das ocupações aponta que o mais acertado para a educação é que a gestão democrática da escola prevista no art.206, VI, da Constituição Federal seja tratada de forma isolada, a fim de evitar que cargos tão importantes para a educação pública sejam usados por mans políticos. Assim, destacamos o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

a regra geral da competência do Chefe do Poder Executivo para prover os cargos públicos e, de modo especial, para prover livremente os cargos em comissão, se antepõe, no caso uma regra especial, a do art.206, VI, da Constituição, a prever 'a gestão democrática do ensino público, na forma da lei'. Creio que esse dispositivo permite ao legislador início experimental formas de participação da comunidade escolar na escolha da direção dos estabelecimentos.¹¹

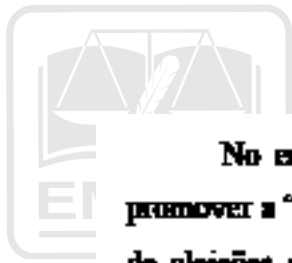
Destaca-se ainda que, no caso brasileiro, o poder discricionário do Poder Executivo em nomear cargos comissionados não apenas no âmbito das escolas, mas também no âmbito dos ministérios, secretarias e empresas públicas tem se mostrado bastante predador, uma vez que a discricionariedade abre portas à corrupção e faz com que cargos sejam ocupados não com base na capacidade dos gestores, mas na capacidade e poder político que os partidos têm de pressionar o Executivo para nomear este ou aquele apadrinhado.

Assim, os cargos comissionados incham a máquina pública, oneram o Estado e acirram as intrigas partidárias e as disputas pelo poder, já que quem pode mais geralmente fica com os cargos mais cobigados.

Dessa forma, para impedir que a corrupção chegue às escolas através de indicações de empresas responsáveis pela limpeza, fornecedores de merenda e pela manutenção das escolas, a eleição para o cargo de direção se mostra como um passo importante na transparência desse serviço público, pois uma pessoa indicada pela comunidade escolar deve atender os interesses desse grupo de alunos e não aos interesses políticos locais que manipulam as verbas, através desse ou daquele fornecedor.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 114.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.997- MC/RI. Relator: Min. César Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2EADI+2997%2D&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hjxtent>>. Acesso em: 29 abr. 2017.



No entanto, apesar de o Supremo entender que há outros instrumentos capazes de promover a “gestão democrática do ensino público”, desde que não relacionados à realização de eleições diretas para os cargos de direção, não há melhor instrumento para trabalhar a cidadania que envolver o alumnado na escolha dos seus diretores, afinal para os estudantes, a escola é depois da família, a instituição social mais importante.

Assim, o processo participativo da comunidade escolar na escolha do seu gestor é fundamental para a aproximação desta comunidade com a escola.

Tal processo é muito importante para que os alunos que hoje estão dissociados do processo de aprendizagem vejam a escola como algo que lhes pertence. É uma forma, de torná-los responsáveis pela escola e de prepará-los para o pleno exercício da cidadania.

A ocupação foi um passo importante no processo da gestão democrática, mas é crucial que as reivindicações feitas pelos estudantes não caiam no vazio, a fim de que estes estudantes possam valorizar a sua ação frente ao Estado.

A educação deve ser buscada em sua plenitude, as instituições de ensino sejam públicas ou privadas têm muita dificuldade em garantir ao alumnado, a liberdade de escolha e de manifestação de pensamento.

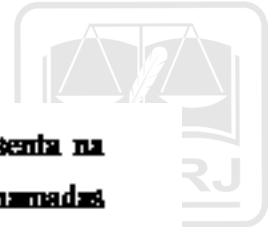
Ainda precisamos discutir em pleno século XXI se a questão de gênero deve ou não ser discutida dentro das escolas, se o bullying prática comum deve ser punido ou varrido para debaixo do tapete, até chegarmos ao absurdo de acreditar que pode haver escolas sem partido.

Assim, são colocados em *stand by*, questões cruciais para o desenvolvimento da nossa sociedade que precisam ser discutidas no âmbito escolar, mas parece que a escola está afastada das pautas da sociedade. Há um número elevado de adolescentes grávidas e ainda assim, não se tem discutido a importância do planejamento familiar ou do uso de preservativos.

A escola tem sido vista como o lugar onde o aluno recebe a instrução, e esse lugar não tem se demonstrado atrativo para o aluno, ao contrário, tem-no afastado. O índice de evasão escolar nas escolas da rede estadual, durante o ensino médio é bastante alto, e ainda assim as escolas não têm trabalhado para resolver este problema.

As secretarias de educação estão mais interessadas em números que no aprendizado e na formação humanística e cidadã do alumnado, por isso a participação dos estudantes no processo consultivo é tão importante.

Ao dispor que existem outros instrumentos pelos quais se pode buscar a gestão democrática, o Supremo Tribunal Federal não apontou quais serão, nem poderia, uma vez que há limites a Judicialização.



Há uma desvinculação muito grande entre o que se julga e o que se apresenta na realidade. A realidade da grande maioria das escolas é que a intervenção das chamadas Metropolitanas na gestão escolar não têm sido positiva, ao contrário têm afastado os alunos que não compreendem qual o seu papel dentro da comunidade escolar.

3. AS INOVAÇÕES DA LEI ESTADUAL Nº 7.299/2016 E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DELA EMANADOS

Maria Sylvia Di Pietro, crítica autores, como Gustavo Binchenbojm, Humberto Ávila e Marçal Justen Filho que defendem a ideia de que o direito administrativo tem na origem um viés autoritário. Para a autora, a direito administrativo tem buscado recentemente se apropriar dos fundamentos filosóficos e constitucionais, uma vez que não cabe ao Estado o autoritarismo, mas a defesa dos interesses da coletividade¹². Assim para DI PIETRO:

O Direito Administrativo se constitucionalizou, se humanizou, se democratizou. Este, desde as origens, encontrou fundamento no Estado de Direito e acompanhou a sua evolução nas várias fases (Liberal, Social e Democrática). Mais recentemente, a ligação com os princípios do Estado de Direito ainda mais se acentuou com a constitucionalização do Direito Administrativo¹³.

Percebe-se que o Direito Administrativo hoje passa por um processo de evolução em que não é mais possível e tampouco aceitável que o Estado administrar esteja no comando de um lado e, os súditos estejam do outro lado, apenas assistindo bestializados¹⁴ as regras impostas pelos governantes.

Hoje, segundo DI PIETRO, o Direito Administrativo, cuja base é essencialmente constitucional foi enriquecido pelos ideais de centralidade e dignidade da pessoa humana, de participação, de transparência e de exigência de motivação¹⁵.

Recentemente, a sanção da Lei estadual n.7.299/2016 é uma evidência de que o Estado, pela via do Direito Administrativo pode fazer com que a participação, a transparência e a cidadania sejam efetivadas pela administração pública.

A referida lei derivou de um processo participativo em que o Judiciário, através do trabalho efetivo da juíza Heloíza Lima da Silva, atuou em conjunto com a Secretaria Estadual

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.9.

¹³ *Ibid.*, p. 9

¹⁴ Expressão utilizada pelo historiador José Murilo de Carvalho in *Os Bastardos: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

¹⁵ DI PIETRO, *op.cit.* p.9.



de Educação, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, a fim de atender aos anseios dos estudantes que participaram do movimento ocupa¹⁶.

Tal busca pela democratização do ato administrativo, pode ser observada logo no art. 1º, da Lei n. 7.299/2016¹⁷ que dispõe sobre a competência do Poder Executivo em nomear e exonerar diretores e diretores adjuntos das unidades escolares e, que este Poder promoverá processos consultivos para a indicação de membros do magistério para estes cargos, de acordo com o disposto na presente lei.

Do referido artigo, entende-se que pelo fato do estado do Rio de Janeiro, já ter tido duas leis consideradas inconstitucionais, a redação da Lei n. 7.299/2016, teve o cuidado de trazer de forma bastante didática a questão da competência do Poder Executivo em nomear e exonerar os cargos de diretores das escolas públicas estaduais.

Outro ponto importante a ser destacado ainda no primeiro artigo da Lei n. 7.299/2016 é o fato do processo consultivo prever que ainda que haja processo consultivo para os cargos à direção serão nomeados membros do magistério. Tal norma vai ao encontro do entendimento do Supremo Tribunal Federal que rechaça o nepotismo e busca atender aos princípios da moralidade e impessoalidade, dispostos no art.37 da CRFB/88 para a nomeação dos cargos em comissão.

Para o STF, a súmula vinculante n. 13¹⁸ que proíbe o nepotismo contempla três vedações distintas relativamente à nomeação para cargo em comissão, de confiança ou função gratificada em qualquer dos Poderes de todos os entes integrantes da Federação, assim de acordo com o ministro Marco Aurélio:

A primeira diz respeito à proibição de designar parente da autoridade nomeante. A segunda se refere a parente de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento. A terceira refere-se ao nepotismo cruzado, mediante designações recíprocas.¹⁹

Já o art. 2º, da Lei n.7.299/2016 dispõe sobre as exigências necessárias ao candidato ao cargo de diretor escolar, como: possuir três anos de experiência no magistério escolar, ser

¹⁶ MENASCHE, Mirciel. *Governo publica lei aprovando eleições para diretores de escolas*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/governo-publica-lei-aprovando-eleicoes-para-diretores-de-escolas-19449870>> Acesso em: 29 abr. 2017.

¹⁷ BRASIL. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Lei n.7.299, de 03 de junho de 2016. Disponível em: <<http://alerj.jl.alerj.rj.gov.br/CONTLEI/NSP/rls/0900025f6e48032564ec0680d6f6f6a481bd18c5c3e583257f6b0061ea02?OpenDocument>> Acesso em: 29 abr. 2017.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rec.1.26303/RI. Relator: Ministro: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/wcProcessoAndamento.asp?incidente=5125486>. 2017. /> Acesso em: 01 mai 2017.

¹⁹ *Ibid.*

membro efetivo do magistério público estadual, não ter tido participação comprovada em irregularidade escolar, apresentar o plano de gestão, entre outras.

A apresentação do plano de gestão está ligada ao princípio constitucional da eficiência que foi acrescentado ao caput do art. 37 da CF/88²⁰ pela Emenda Constitucional nº19/98 e está relacionado à qualidade dos serviços prestados pela administração pública.²¹

Assim, ao exigir que o candidato apresente o plano de gestão, a norma busca fazer com que apenas se apresente para disputar o cargo, servidores qualificados que não busquem interesses políticos, mas que estejam dispostos a prestar um serviço administrativo com qualidade e eficiência. Desta forma, para Carvalho Filho, observar o princípio da eficiência, significa que:

A administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las.²²

Outra inovação da Lei n. 7.299/2016²³ é a participação do Conselho Escolar (CEC) na coordenação do processo consultivo. O Conselho Escolar que é um órgão colegiado com representatividade da comunidade escolar: diretores da escola, professores, funcionários administrativos, alunos e responsáveis.

O CEC tem função consultiva, propositiva, mobilizadora e fiscalizadora no âmbito da gestão escolar²⁴, assume um papel fundamental no processo consultivo, traçando regras, evitando excessos dos candidatos e, principalmente evitando que interesses políticos prevaleçam na escola.

Ainda de acordo com o art. 6º, da Lei nº 7.299/2016²⁵ são eleitores: professores, servidores públicos com funções administrativas, alunos devidamente matriculados na

²⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.> Acesso em: 14 mar. 2017.

²¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.27.

²²Ibid., p.28-29.

²³BRASIL. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Lei n.7.299, de 03 de junho de 2016. Disponível em: <<http://alerjnl.alerj.rj.gov.br/CONTROLENSP/rf?as=0900025f6ef8012564ecD060d8ff6a481bd118c5c3e581257fcb0061ea02?OpenDocument>> Acesso em: 29 abr.2017.

²⁴BRASIL. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Resolução SERDDC N. 5109, de 30 de maio de 2014. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2939981/12LFB-86636.pdf#PORTARIASERDDCSIDGENNVAISDE3D.07.2014DO31.D7.2014RSTAHELBCIPROCEDIMENTOS REALIZACAOCONSULTACOMUNIDADEESCOLARMEBROSOSCONSELHOSBSCOLARES.pdf>> Acesso em 29 abr.2017.

²⁵BRASIL. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Lei n.7.299, de 03 de junho de 2016. Disponível em: <<http://alerjnl.alerj.rj.gov.br/CONTROLENSP/rf?as=0900025f6ef8012564ecD060d8ff6a481bd118c5c3e581257fcb0061ea02?OpenDocument>> Acesso em: 29 abr.2017.



unidade escolar e responsáveis por alunos menores de doze anos. Daí decorre, o ponto principal da lei que é abrir aos alunos a possibilidade do voto.

A CRFB/88 define a cidadania como um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito e o direito ao voto como cláusula pétrea. No entanto, ainda se discute se o cargo de direção das escolas públicas deve ser ocupado por eleição, concurso ou indicação?²⁶

Acredito que neste ponto, o legislador ao elaborar a Lei n.7.299/2016, tenha ido além, ao estabelecer o mesmo peso para votos de professores, funcionários e alunos, que geralmente é feito com sistema de peso, onde os votos de professores e funcionários têm um peso maior.

A CRFB/88 dispõe no art. 206, VI, que o ensino será ministrado com base no princípio da gestão democrática da escola, dentre outros. A norma constitucional é de 1988, passados quase trinta anos não é mais possível que se questione se deva ou não haver processo eletivo para o cargo de direção, sendo necessário que a lei fosse elaborada por força da ocupação e de toda a repercussão que a mesma alcançou nos meios de comunicação.

Segundo Ângelo Ricardo Souza²⁷, pesquisador do núcleo de políticas educacionais da Universidade Federal do Paraná, o fato de existir eleição para o cargo de diretor nas escolas públicas, por si só, não enseja garantia de democratização, mas abre caminho para que a democracia nas escolas e nos sistemas de ensino seja ampliada²⁸.

Interessante, que o educador fala da ampliação da democracia não apenas no interior das escolas, mas de todo o sistema de ensino. Não adianta, a lei alterar a forma de provimento de cargos à direção escolar se o sistema educacional não for transformado e, se as secretarias de educação continuarem a ditar regras e metas sem respeitar as peculiaridades das unidades educacionais.

O art. 8º, da Lei n.7.299/2016²⁹ estabelece um prazo para que o processo consultivo volte a acontecer, estabelecendo um prazo de três anos, determinando ainda que os diretores em exercício podem ser nomeados por mais um período.

Há educadores como Heloisa Lück que criticam o mandato curto, uma vez que quem for escolhido para o cargo dificilmente planejará mudanças profundas, com receio de não conseguir concretizá-las³⁰.

²⁶ OLIVEIRA, Tony. *Escolha do diretor: eleição, concurso ou indicação?* Disponível em: <<http://www.casabeducacao.com.br/reportagens/escolha-do-diretor-eleicao-concurso-indicacao/>> Acesso em: 29 abr. 2017.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ BRASIL. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Lei n.7.299, de 03 de junho de 2016. Disponível em: <<http://alerj.jl.alerj.rj.gov.br/CONTLEILNSR/rf/ass0900025f6ef8032564ec0060d8ff7ea481bd11c5c3e583257fcb0061ea02?OpenDocument>> Acesso em: 29 abr. 2017.



A crítica que se faz ao disposto no artigo é o fato de que o período de três anos é um período curto para se efetivar um plano de gestão. Muitos diretores da rede estadual vão receber escolas que foram profundamente sucateadas ao longo dos quatorze anos³¹ em que o Estado do Rio de Janeiro deixou de realizar eleição para o provimento de cargo à direção.

Já o art. 9º, da Lei n. 7.299/2016 é claro em estabelecer que caso a unidade escolar não apresente candidaturas para ocupar o cargo, a direção será nomeada pela Secretaria de Estado de Educação, uma forma clara de fazer entender que a nomeação é ato discricionário do Poder Executivo e, que este está facultando à comunidade escolar a participação por meio do processo consultivo.

O referido artigo é o principal entrave enfrentado pela efetivação da Lei n.7.299/2016, uma vez que a pesquisa *Práticas de Seleção e Capacitação de Diretores Escolares*, encomendada pela Fundação Victor Civita, demonstra que poucos educadores querem ocupar a cadeira de gestor por fatores relacionados à baixa remuneração e ao excesso de responsabilidade³².

O art.13, da Lei n.7.299/2016³³ é o corolário do princípio da gestão democrática da escola, disposto no art. 206, VI, da CRFB/88³⁴, uma vez que dispõe que o processo consultivo para a escolha de diretores das escolas estaduais, poderá no mesmo pleito realizar outras consultas à comunidade escolar, como plebiscitos e referendos sobre assuntos de grande relevância e interesse de cada unidade escolar.

Aqui reside a grande importância da lei que é fazer com que os adolescentes passem a vivenciar no micro mundo da escola sua primeira experiência democrática e aprendam a construir a cidadania com base na responsabilidade, uma vez que parte da qualidade da educação empregada em sua unidade escolar estará diretamente ligada a boa escolha do seu diretor.

³⁰ LÜCK, Heléna. *Tempo X qualidade*. Disponível em: < <http://gestoescolar.org.br/conteudo/512/para-guarir-a-bom-escolha-de-um-diretor>> Acesso em: 04 abr.2017.

³¹ ALFANO, Bruno. *Cochilo de aluno levou à primeira eleição de diretor na história do Rio*. Disponível em: < <http://extra.globo.com/noticias/educacao/cochilo-de-aluno-levou-primeira-eleicao-de-diretor-na-historia-do-rio-20740872.html>> Acesso em: 29 abr.2017.

³² FRAINDERAKH, Verônica. *Para garantir a (boa) escolha de um diretor*. Disponível em: < <https://BRASIL.Governo.do.Estado.do.Rio.de.Janeiro.Lei.n.7.299,de.03.de.junho.de.2016>. Disponível em: < <http://alerj.inl.alerj.rj.gov.br/CONTLELNRS?file=0900025feef8012564ec0060d8ff5a481bd11c5c3e583257fb0061e02?OpenDocument>> Acesso em: 29 abr.2017. < <http://gestoescolar.org.br/conteudo/512/para-guarir-a-bom-escolha-de-um-diretor>> Acesso em: 04 abr.2017.

³³ BRASIL. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Lei n.7.299, de 03 de junho de 2016. Disponível em: < <http://alerj.inl.alerj.rj.gov.br/CONTLELNRS?file=0900025feef8012564ec0060d8ff5a481bd11c5c3e583257fb0061e02?OpenDocument>> Acesso em: 29 abr.2017.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaocompilado.htm.> Acesso em: 14 mar. 2017.



CONCLUSÃO

O movimento “Ocupa” orquestrado por estudantes da rede estadual de educação do Rio de Janeiro trouxe de volta a possibilidade de haver no âmbito das escolas estaduais processo consultivo para o provimento dos cargos de diretor geral e diretores adjuntos das unidades escolares estaduais.

Historicamente, não havia processo consultivo na rede estadual desde o governo Rosinha Garotinho, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, na Ação n. 2.997, requerida pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, julgou inconstitucionais as Leis Estaduais n. 2.518/1996 e n.3.067/1998 que tinham como matéria as eleições para o cargo à direção por considerar que o Legislativo usurpou a discricionariedade do Executivo de nomear cargos de confiança.

No entanto, está na hora de o Supremo rever tal posicionamento, a fim de que o constitucionalismo democrático seja efetivado para os estudantes que buscam iniciar o processo de construção de sua cidadania pela via da escola.

Tal entendimento do Supremo Tribunal Federal não está alinhado à ideia do ativismo judicial que tem sido utilizada para defender interesses não apenas coletivos, mas de grupos sociais, que, sem voz, não podem ser abafados pela ditadura das maiorias.

O ponto principal trazido por este artigo é definir se deve prevalecer a vontade do Poder Executivo em nomear os cargos à direção ou se a comunidade escolar deve participar da escolha.

Ora, dificilmente o governador ou o secretário de educação terão disponibilidade para conhecer a realidade das 1.646 unidades escolares que firmam a rede estadual. É impossível se comparar uma escola da zona sul, com uma da zona oeste ou ainda com outra unidade escolar da Baixada e interior do estado, por isso a indicação a nosso ver se mostra ineficaz.

Por outro lado, o processo consultivo além de permitir que os alunos tenham sua primeira experiência com um processo democrático, a eleição afasta o nepotismo e a indicação política que parece ser um problema histórico que temos tido muita dificuldade de enfrentar e vencer.

Além disso, o processo consultivo pode aproximar o diretor do ajudado, que através da empatia tem grandes chances de se apropriar mais da escola, por acreditar fazer parte da gestão que este ajudou a escolher.

Espera-se que a porta que foi aberta pela Lei n. 7.299/2016 possa contribuir para que os alunos, especialmente os do ensino médio, estreitem seus laços de amizade para com a escola,



se tornem menos indiferentes, mais participativos, e, que esta aproximação possa reduzir a evasão escolar no âmbito das escolas estaduais, um dos maiores problemas enfrentado pela rede.

REFERÊNCIAS

ALFANO, Bruno. *Cochilo de aluno levou à primeira eleição de diretor na história do Rio*. Disponível em: < <http://extra.globo.com/noticias/educacao/cochilo-de-aluno-levou-primeira-eleicao-de-diretor-na-historia-do-rio-20740872.html>> Acesso em: 29 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.> Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2.997- MC/RJ. Relato: Ministro César Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+2997%2&base=baseAcordans&url=http://tinyurl.com/hjxtmf>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recl. 26303/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5125486>.> 2017. /<. Acesso em: 01 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n.0105730-36.2016.8.19.0001. Disponível em: <<http://www4.tj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.001.089424-3>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. *Os Bastiandados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRAINDEIRAICH, Verônica. *Para garantir a (boa) escolha de um diretor*. Disponível em: <<https://gestaoescolar.org.br/contendo/512/para-garantir-a-bou-escolha-de-um-diretor>>. Acesso em: 04 abr. 2017.



JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LÜCK, Helnisa. *Tempo X qualidade*. Disponível em: <<http://gestaoescolar.org.br/conteudo/512/para-garantir-a-bou-escolha-de-um-diretor>>. Acesso em: 04 abr.2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENASCE, Márcio. *Governo publica lei aprovando eleições para diretoras de escolas*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/governo-publica-lei-aprovando-eleicoes-para-diretores-de-escolas-19449870>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

OLIVEIRA, Tony. *Escolha do diretor: eleição, concurso ou indicação?* Disponível em: <<http://www.cartaeducao.com.br/reportagens/escolha-do-diretor-eleicao-concurso-indicacao/>>. Acesso em: 29 abr.2017.

RIO DE JANEIRO. Resolução SEEDUC N. 5109, de 30 de maio de 2014. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2939981/DLFE89636.pdf/PORTARIASEEDUCSUGENNA48SDE30.07.2014DO31.07.2014ESTABELECEPROCEDIMENTOSREALIZACAOCONSULTACOMUNIDADEESCOLARMEBROSCONSELHOSESCOLARES.pdf>>. Acesso em: 29 abr.2017.

RIO DE JANEIRO. Lei n.7.299, de 03 de junho de 2016. Disponível em: <<http://alerj.la1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI/NSF/c8aa0900025fee65032564ec0060dfff/aa481bd18c5c3e583257fb0061ea02?OpenDocument>>. Acesso em: 29 abr.2017.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA LEGITIMIDADE SOCIAL

Daniel Emiliano Saramago Fernandes

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – O julgamento pelo Tribunal do Júri é um dos mais tradicionais em todo o mundo, e parte da história jurídica do país. Com a evolução do direito processual penal, o rito procedimental do júri necessita de uma criteriosa revisão, de modo a dar maior legitimidade democrática aos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. O sistema da íntima convicção deve ser eliminado (ou ao menos mitigado) do nosso sistema jurídico. Ademais, a heterogeneidade da sociedade deve ser espelhada na composição dos membros do júri. A essência do trabalho é tratar dessas questões, com forte apoio estatístico, de modo a incitar o debate sobre a necessária evolução do processo penal brasileiro.

Palavras-chave - Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Sistema da Íntima convicção.

Sumário - Introdução. 1. Histórico da Instituição do Tribunal do Júri no Brasil 2. Dos sistemas de apreciação de provas – resquícios da íntima convicção 3. Influências externas no Júri: preconceitos capazes de alterar o julgamento. Conclusão. Referências.

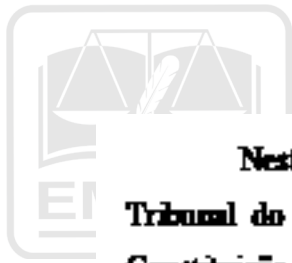
INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tradicional Tribunal do Júri no país, e como esse instituto se relaciona com a sociedade, a partir de um ponto de vista antropológico.

Busca, em seu primeiro capítulo, traçar um paralelo histórico entre a fase da instituição do Tribunal do Júri no Brasil e o atual cenário existente no país, onde se busca incessantemente dar voz a camadas periféricas e marginalizadas da sociedade, que não participaram do movimento de criação de tal competência especial, onde os acusados seriam julgados por seus pares.

A pesquisa analisará no segundo capítulo os sistemas de apreciação de provas existentes em nosso ordenamento jurídico e no direito estrangeiro, e as críticas mundiais ao sistema da íntima convicção, que seria contrário à ampla defesa, por não dar ao réu e à sociedade a motivação da decisão judicial.

Desse modo, condena-se no Brasil sem se explicar o porquê, baseando-se apenas na própria convicção de julgadores leigos, em um espetáculo sensacionalista onde defesa e acusação podem alegar todo o tipo de argumento, rompendo-se a boa técnica jurídica em razão de uma suposta plenitude de defesa, que seria benéfica ao acusado.



Neste momento, destrinchar-se-á a natureza jurídica de garantia individual do Tribunal do Júri, o que a consubstanciará em cláusula pétrea, imutável dentro da atual Constituição da República, e sua legitimidade social a partir de sua composição homogênea.

No último capítulo do artigo será formulado um cotejo analítico entre estudos realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quanto à composição de seus jurados e o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, de dezembro de 2014.

Tal comparação demonstrará o caráter elitista da composição do Tribunal do Júri, frente aos cidadãos marginalizados da sociedade, principal objeto da persecução penal, que jamais tiveram oportunidades de se desenvolver sem o caminho da violência e da criminalidade.

Intenciona-se demonstrar a impropriedade da lógica do julgamento pelos seus próprios pares aduzida na doutrina clássica, revelando-se a verdadeira face do Tribunal do Júri, o encarceramento de pessoas desajustadas à sociedade tradicional, que por ter seus próprios membros decidindo o destino desses delinquentes, que vivem à margem desse setor, careçam tanto de conteúdo técnico quanto de legitimidade social para determinar a culpabilidade de um acusado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, porquanto o pesquisador pretende formular hipóteses a serem testadas com vistas a procurar evidências empíricas para rechaçá-las.

Dessearte, o objeto da pesquisa debruçar-se-á sobre uma abordagem qualitativa, uma vez que se busca explicar o porquê do objeto da pesquisa, apontando, com base nisso, o que convém a ser feito, preocupando-se na compreensão da dinâmica das relações processuais.

1 – HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Como é sabido, o Tribunal do Júri é um órgão de julgamento com tradição milenar, enraizado em quase todos os ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

A história jurídica demonstra que o Tribunal do Júri começou a ser desenvolvido timidamente na Grécia Antiga, para julgar os delitos de natureza privada, os quais dispensariam tal procedimento especial¹.

¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. *História do Tribunal do Júri: Origem e Evolução No Sistema Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.tjrrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=0377b58b-39ec-4648-85ed-837e155b76f8&groupId=10138>. Acesso em: 24 out. 2016.



Como os delitos públicos seriam de interesse da coletividade, era formado um conselho com representantes do povo que decidiriam o destino de seus iguais, atuando como jurados.

Em Roma, pouco tempo depois, também se desenvolveu um sistema de julgamento bem semelhante ao grego, com a criação das chamadas *quaestiones perpetuas*, onde havia um corpo de jurados composto apenas de patrícios, a aristocracia da sociedade da época, excluídos os plebeus.

A escolha dos “jurados” se dava por meio de eleição, como narra Franklyn Roger Alves Silva²: “a eleição dos membros do tribunal (*judices jurati*) se dava por meio dos Senadores, Cavaleiros e depois dentre os cidadãos, observadas as condições morais, sociais e econômicas, podendo haver recusas inmotivadas pelas partes”.

Apesar do desenvolvimento dessa espécie de decisão no direito grego e romano, a formação do Júri como se vê hoje diz muito respeito ao Direito Inglês, mesmo antes da outorga da Magna Carta de 1215 pelo Rei João Sem-Terra.

Como explicita o professor Antonio Scaranze Fernandes³ com propriedade:

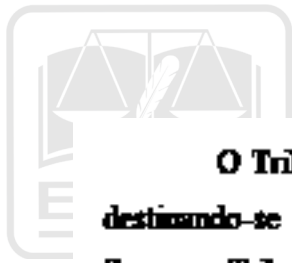
lembra Greco Filho que, antes de João Sem Terra, no tempo de Henrique I, este “outorgara uma Carta que prometeu cumprir, e se desenvolveu a instituição do júri, composto de pessoas do local, convocadas para apreciar a matéria de fato nos processos criminais, o que representava uma garantia de justiça.” Salienda que o “crime passou a ser considerado um atentado à paz real e foi avocado para as cortes oficiais, primitivamente presididas pelos *sheriff* e, posteriormente, pelos juizes vindos da Corte Real, assistidos pelos júris locais. Dada a seriedade do julgamento, particulares passaram a pedir para usar do júri real para a solução de suas pendências, o que foi admitido mediante pagamento”. Representa “enorme evolução dos *ordalios* ou juizes divinos”, e assim, “todo indivíduo passou a preferir ser julgado por ele, porque composto de vizinhos que apreciavam a informação de testemunhas”. É, assim, o júri na Inglaterra anterior à Magna Carta. Com esta, o júri é mantido e reforçado, figurando como garantia do indivíduo: “Nenhum homem livre será encarcerado ou exilado, ou de qualquer forma destruído, a não ser pelo julgamento legal de seus pares e por lei do país”.

Como demonstrado na passagem, o aspecto garantidor do Tribunal do Júri inglês fez com que os réus desejassem ser julgados sob esse sistema, já que o fato de ser julgado por seus pares garantiria uma maior atenção e cuidado na apreciação da tese defensiva.

Desse momento que se passou a encarar o Tribunal do Júri como verdadeira garantia dos acusados, sendo um órgão que priorizaria as absolvições e permitiria a formulação de defesas mais abrangentes e plenas, diferenciando-se da simples defesa técnica-jurídica aplicada nas demais cortes.

² *Ibid.*

³ FERNANDES apud *Ibid.*



O Tribunal do Júri surgiu no Brasil apenas em 1822, por meio de decreto imperial, destinando-se primeiramente aos crimes de imprensa, como esclarece o Exmo. Min. Do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes.⁴

Desde então, passou por diversas modificações em suas competências, mas jamais fora extinto, constando desde a Constituição de 1891⁵ como uma garantia individual, dentro da Seção II, que tratava da Declaração de Direitos, nos seguintes termos:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

§ 31. É mantida a instituição do júri. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

Desse modo, percebe-se a tradição que possui o instituto em nosso ordenamento jurídico pátrio, sendo sempre visto como garantia individual benéfica aos acusados e, portanto, cláusula pétra inetocável na Constituição de 1988.

Após a evolução do instituto em todas as cartas constitucionais seguintes (não tendo sido prevista apenas na Constituição de 1937, apesar de ter sido mantido de forma infraconstitucional), a Constituição de 1988⁶ não só previu a existência do Tribunal, como lhe garantiu algumas características inafastáveis pelo legislador infraconstitucional, quais sejam, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A partir do sigilo das votações, observa-se uma garantia individual, que supostamente age em proteção ao acusado, podendo garantir um reprovável e atrasado sistema penal da íntima convicção, onde não há a justa e necessária motivação das decisões.

Da mesma forma, uma garantia individual que acabaria com o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto no art. 7º, 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁷ (Pacto de São José da Costa Rica), já que a soberania dos veredictos somente permite o recurso de apelação em casos deveras restritos, previstos na legislação infraconstitucional.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 493.

⁵ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/decreto/1990-1994/area/und678-92.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.



Por fim, o pressuposto que gerou a expansão do Tribunal do Júri na Inglaterra, o julgamento por seus próprios pares, perde cada vez mais força simbólica quando a sociedade se torna cada vez mais desigual, gerando intenso desgram socioeconômico entre os jurados e os acusados.

Nessa monta, a legitimação social do Tribunal do Júri como garantia individual vem perdendo força, aproximando-se dos seus primórdios no Direito Romano onde os patrícios julgavam os plebeus, em claro contrassenso com o seu papel previsto na Constituição da República.

2 - DOS SISTEMAS DE APRECIÇÃO DE PROVAS – RESQUÍCIOS DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

Como é sabido, a doutrina processual penal⁸ identifica três principais sistemas de apreciação ou avaliação das provas: o sistema da prova tarifada, o sistema da íntima convicção e o sistema do convencimento motivado do juiz.

No primeiro sistema, o da prova tarifada, é apresentado previamente ao julgador o valor de cada meio de prova, fixado abstratamente pelo legislador, devendo haver simplesmente a subordinação dos fatos à norma para a apreciação e julgamento.

Esse tradicional sistema de apreciação de provas gera o conhecimento de que a confissão seria a “rainha das provas”, o que é refletido pelo ordenamento jurídico pátrio, e cria uma artificialidade no processo como se fosse possível abstratamente compreender as nuances que cercam cada caso concreto alvo de persecução penal pelo Estado-juiz.

Apesar disso, tal sistema ainda guarda poucos resquícios na legislação brasileira, como no caso de provas sobre o estado das pessoas (art. 155, p.ú., do CPP) ou quando a infração deixar vestígios, onde se torna imprescindível o exame de corpo de delito (art. 158, do CPP).⁹

O segundo sistema, o da íntima convicção do magistrado, também guarda ligação com um sistema processual inquisitivo, como o anterior, e determina que o magistrado é livre para valorar as provas, não sendo obrigado a fundamentar sua decisão.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 352.

⁹ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1609/Compilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.



Destarte, tal sistema choca-se com o princípio da publicidade do processo penal e impede o acusado de entender as razões nas quais foi condenado, prejudicando inclusive seu direito a recorrer da decisão.

Como contraponto aos dois sistemas anteriores, firmou-se o sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, que prevê a liberdade do magistrado para avaliar as provas careadas aos autos, devendo, não obstante tal liberdade, motivar todas as suas decisões.

Segundo o Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁰:

a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável.

A partir da utilização do sistema da livre persuasão racional do juiz, como salienta Renato Brasileiro de Lima¹¹, explicita-se três efeitos principais sobre a persecução penal, que se revestiriam de verdadeira garantia ao acusado de uma apreciação da prova individualizada, motivada e transparente.

Como primeiro efeito, retira-se qualquer hierarquia entre as provas, já que nenhuma seria de caráter absoluto, devendo ser cotejadas conforme o caso concreto impõe, ultrapassando o antigo sistema da prova tarifada.

Além disso, o magistrado deverá analisar todas as provas produzidas no processo, justificando a sua utilização ou não para a formação de seu conhecimento. Isto é, mesmo que refute a prova apresentada, deverá o julgador explicitar as razões para fazê-lo, de modo que permita ao acusado e à sociedade compreender o caminho argumentativo seguido pelo magistrado.

Por fim, sustenta-se que o magistrado só poderá utilizar as provas devidamente presentes nos autos. Deste modo, não pode o julgador decidir conforme conhecimentos privados cuja prova não foi produzida no processo.

É certo que a Constituição da República e o Código de Processo Penal adotaram expressamente o sistema do convencimento motivado do magistrado, em seus arts. 93, IX e 155, *caput*, respectivamente.

¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 249.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 606.



Entretanto, como já dito em relação ao sistema da prova tarifada, o constituinte originário optou por manter resquícios do sistema da íntima convicção na ordem constitucional brasileira, ao prever como garantia do tribunal do júri o sigilo das votações.

Sendo assim, o crime considerado mais gravoso no sistema penal brasileiro é aquele com rito processual mais sigiloso, em que o acusado não sabe o porquê de ter sido condenado e só pode apelar no caso de nulidade após a pronúncia, sentença contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, erro na aplicação da pena ou se a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.

Como a decisão dos jurados carece de motivação, é extremamente complexo provar-se o veredito manifestamente contrário à prova dos autos. Caso haja qualquer prova, mesmo que indiciária, que possa sustentar tese favorável à condenação, não se pode alegar decisão manifestamente contrária.

Entretanto, pela falta de motivação, nunca será sabido se os jurados condenaram o réu por conta dessa prova em questão ou simplesmente por razões de foro íntimo, como ele ser um conhecido criminoso, um cidadão odiado na região ou um acusado de crime com fortes repercussões midiáticas.

Logo, a garantia individual do júri se mostra extremamente perniciosa nesses casos, afastando completamente a tecnicidade do julgamento e possibilitando uma vingança da comunidade contra o acusado do crime, que responderá não pelos fatos supostamente praticados, mas por sua conduta social, recaindo no combatido direito penal do autor.

Como sustenta o renomado doutrinador Eugênio Raúl Zaffaroni¹²:

o direito penal do autor, podemos dizer que, no menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma "forma de ser" do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva.

Vale salientar que ainda caberá ao acusado a via da revisão criminal, em que o Tribunal de Justiça poderá absolver diretamente o condenado se entender que o júri o condenou em decisão proferida de forma contrária à evidência dos autos, conforme já entendeu o STJ no julgamento do HC 137.504/BA¹³.

¹² ZAFFARONI apud KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Violação crítica (guarantista) acerca do tribunal do júri*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/arquivos/13674-13675-1-PE.pdf>> Acesso em: 27 set. 2016.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 137.504/BA. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/procesos/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19362534&num_registro=200901022620&data=20120905&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 07 jun. 2017.



Pelo exposto, o que o legislador infraconstitucional pode fazer, tendo em vista o caráter de cláusula pétra das previsões constitucionais sobre o Tribunal do Júri, é adequá-las a um rito mais moderno da processualística penal, respeitando os ditames constitucionais ao mesmo tempo que celebra as garantias processuais dos acusados.

No direito norte-americano a regra é a comunicabilidade entre os jurados, que deverão formar uma decisão, via de regra unânime, onde é determinado se o acusado é culpado ou não.

Roberto Kant de Lima¹⁴ é cirúrgico ao traçar as diferenças nos ritos do Tribunal do Júri norte-americano para o brasileiro, como se observa na seguinte passagem:

Após este verdadeiro espetáculo quase teatral, sem que lhes tenham sido esclarecidos oficialmente quais os fatos efetivamente provados do processo, nem as suas implicações legais, como é obrigatório nos EUA, os jurados se recolhem a uma sala secreta, sem a presença do réu, na companhia do juiz, de um serventim da justiça — que os acompanhou todo o tempo do julgamento para que não se comunicassem entre si nem com o público —, de representantes da defesa e da acusação — o que difere da reunião secreta para discussão do processo e negociação do veredicto dos onze jurados nos EUA, à qual ninguém pode assistir. Aí, novamente proibidos de discutir entre si, votam, secretamente, de acordo com sua consciência, colocando cédulas marcadas com sim ou não em uma urna em resposta a uma série de perguntas extremamente técnicas, que incluem o exame de agravantes e atenuantes, formuladas pelo juiz, com a assistência da acusação e da defesa (a questionação), diferentemente do *guilty/not guilty* da arbitragem dos EUA.

O que se sugere é a manutenção do sigilo das votações fora da sala secreta, entretanto que eles possam se comunicar neste momento para firmar uma motivação de sua decisão, por meio de um jurado relator previamente designado, de modo a aumentar as possibilidades de recurso do acusado.

Desse modo, mera alteração infraconstitucional permitiria uma guizada radical na processualística do Júri, já que se permitiria ao acusado e à toda sociedade saber as razões de decidir dos jurados, e os motivos determinantes de sua condenação ou absolvição.

Mister ressaltar que tal documento não conteria eventuais discordâncias ou nominaria o voto de cada jurado, tampouco retiraria do juiz-presidente a competência de formular a sentença condenatória e realizar a dosimetria da pena.

Segundo tal modelo, seria possível ao acusado recorrer de uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos mesmo se existissem provas que levassem à sua condenação, caso os jurados tenham se guiado unicamente por tese estranha aos autos, bem como por prova nula ou patentemente refutada pela defesa.

¹⁴ KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, p. 34, nov. 1999.



Busca-se um modelo que aumente as garantias dos acusados no Tribunal do Júri sem incorrer em inconstitucionalidade, interpretando as normas de forma a aperfeiçoar o sistema processual penal brasileiro sem abrir mão da tradicional participação da sociedade no Poder Judiciário.

3 - INFLUÊNCIAS EXTERNAS NO JÚRI: PRECONCEITOS CAPAZES DE ALTERAR O JULGAMENTO

Passada a análise sobre os sistemas de apreciação de provas, com a manutenção do sistema da íntima convicção, cumpre analisar como se dá a composição do corpo de jurados e traçar um perfil desses julgadores, traçando um paralelo com as características da população carcerária brasileira.

Primeiramente, cumpre registrar que o presente capítulo se baseia no estudo promovido pelo Departamento de Gestão da Memória do Judiciário (Museu da Justiça), de autoria de Gilmar de Almeida Sá¹³, intitulado “O que pensa... Tribunal do Júri”, onde foi realizado intensa pesquisa sobre como são e o que pensam os jurados do Estado do Rio de Janeiro.

Apesar do estudo ter sido formulado em 2009, não houve alterações na forma de designação ou escolha do corpo do júri, que manteve a mesma estrutura.

Já o levantamento dos presos se deu por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), promovido pelo Ministério da Justiça¹⁶ em todos os Estados da Federação, relativo ao mês de dezembro de 2014.

O INFOPEN¹⁷ aponta que 10% da população carcerária brasileira está presa por ter cometido ou estar sendo acusada do delito de homicídio, de competência privativa do Tribunal do Júri. É o quarto delito que mais restringe a liberdade no país, perdendo somente para o tráfico de drogas e para o roubo e o furto. Juntos, os quatro delitos motivam 76% das prisões no país.

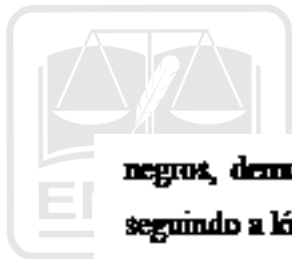
O levantamento¹⁸ do Ministério da Justiça ainda traçou que 52,29% da população do Estado do Rio de Janeiro é negra, conforme dados do IBGE, porém 72,57% dos presos são

¹³ SÁ, Gilmar de Almeida. *O que pensa... Tribunal do Júri*. Disponível em <<http://www.tjri.jus.br/documentos/10136/19406/artigo.pdf>> Acesso em: 06 abr. 2017.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgou-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira/relatorio-depen-verbo-weh.pdf>> Acesso em: 07 abr. 2017.

¹⁷ *Ibid.*, p. 34.

¹⁸ *Ibid.*, p. 37.



negros, demonstrando uma imensa maioria de negros no sistema penitenciário fluminense, seguindo a lógica de desigualdade racial facilmente observada no Estado.

O mesmo estudo¹⁹ aponta que 58,35% da população carcerária fluminense é composta por indivíduos entre 18 e 29 anos, enquanto que compõem apenas 18,90% da população brasileira em geral.

Quanto à escolaridade, o estudo²⁰ aponta que 73,32% dos presos fluminenses possuem como escolaridade máxima o ensino fundamental incompleto.

Destarte, conforme o amplo estudo realizado pelo Ministério da Justiça²¹, conclui-se que o perfil médio do presidiário fluminense é um homem negro, jovem e sem escolaridade, preso provavelmente por tráfico de drogas, delito que muitas vezes se relaciona com os crimes dolosos contra a vida, por seus enfrentamentos armados e guerras.

Por outro lado, o estudo promovido pelo Departamento de Gestão da Memória do Judiciário²² (Museu da Justiça) do Rio de Janeiro demonstra que 63,2% do corpo de jurados no Estado é composto por indivíduos com mais de 41 anos.

Em relação à escolaridade, a pesquisa²³ aponta que 51,1% dos jurados possuem ao menos nível superior, e 37,1% possuem nível médio completo, o que denota um alto nível de instrução dos jurados. Ademais, 33,1% dos jurados são funcionários públicos.

Não foram coletadas informações sobre o sexo e a cor dos jurados. Sendo assim, com as informações existentes, pode ser traçado o perfil médio do jurado como um servidor público, de idade avançada e escolaridade superior, com relevante experiência na função judicante, sendo convocado regularmente para cumprir tal função.

A partir dessa análise dos perfis tanto da população carcerária quanto dos jurados, denota-se que fazem parte de parcela completamente distinta da sociedade, derrubando por terra o pressuposto de julgamento pelos próprios pares afeito ao Tribunal do Juri.

Percebe-se a necessidade de criação de uma nova forma de composição do corpo de jurados, que reflita as especificidades de cada região do Estado, representando todas as camadas sociais e garantindo a plenitude de defesa prevista constitucionalmente de modo efetivo, e não apenas no campo teórico.

¹⁹ *Ibid.*, p. 44.

²⁰ *Ibid.*, p. 47.

²¹ *Ibid.*

²² SA, *op. cit.*, p. 16.

²³ *Ibid.*, p. 19.



A falta de representatividade do corpo de jurados é patente, e prejudica a sua legitimidade democrático-social. José Frederico Marques²⁴ ignora a condição de representante do povo pelo jurado, reputando-a inexistente:

Escolhido pela sorte, numa lista onde os nomes são lançados segundo o critério do magistrado profissional incumbido dessa função, o jurado não é representante do povo, nem recebe incumbência alguma da sociedade para o exercício da sua missão. (...) Dizer que os sete cidadãos escolhidos pela sorte, para decidir sobre a responsabilidade de um réu em relação a determinado crime, representam o povo, é banalizar demais o conceito de representação.

Como a pertinente crítica acima aduz, é certo que nenhum sorteio de jurados conseguirá representar a sociedade no julgamento. No entanto, é possível mitigar tais efeitos se os cidadãos elegíveis para o sorteio representarem diferentes setores da sociedade, inclusive tendo aqueles com semelhanças socioeconômicas com o próprio acusado.

O grande Desembargador e Professor Álvaro Mayrink²⁵ já se posicionou neste sentido, trazendo à tona a importância da legitimidade democrática do Tribunal do Júri e como deve ser sua composição:

Como é que se democratiza o júri? Sabendo escolher os jurados. Então, o corpo de jurados deve representar todos os segmentos da comunidade. Deve ter o negro, deve ter o homossexual, a empregada, a dona de casa, deve ter um engenheiro, um funcionário público, etc. O que o júri não pode é ser um corpo elitizado. Nem tampouco um corpo de funcionários públicos que tem no júri apenas momentos para o seu descanso, que pedem para ser jurados para ficarem, pelo menos, vinte dias descansando.

Em ordenamentos jurídicos alienígenas observa-se uma maior capacidade de escolha do júri pela própria defesa, que busca aproximar as características dos jurados às do próprio acusado, intencionando a absolvição.

No premiado filme *O.J.: Made in America*²⁶, vencedor do Oscar de 2017 por melhor documentário, é narrada a história real do julgamento de Oresthal James Simpson, astro da Liga de Futebol Americano (NFL), acusado pelo assassinato de sua ex-mulher, Nicole Brown Simpson, e de um amigo, Ron Goldman, em 1995.

²⁴ MARQUES apud LOREA, Roberto Ariada. *Os jurados "amigos": Uma antropologia do Tribunal do Júri*. Disponível em: <http://www.kome.ufpa.br/bitstream/handle/101183/3730/000403645.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 set. 2016.

²⁵ COSTA, Álvaro José P. M. *Depoimento Proferido no Programa de História Oral & Visual do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Museu da Justiça, 05 de nov. 1998. Entrevista n° 34.

²⁶ *O.J.: Made in America*. Direção e Produção: Ezra Edelman. Estados Unidos da América, ESPN, 2016, 1 filme (467 minutos).



O caso à época ficou conhecido como “O julgamento do século”, onde os advogados de defesa conseguiram montar um júri composto predominantemente por pessoas negras, em época de grande agitação racial nos Estados Unidos.

Resumidamente, a defesa montou um corpo de jurados que sofria as inúmeras agressões que a comunidade negra passava por conta do Departamento de Polícia de Los Angeles, conseguindo gerar uma dúvida razoável no júri quanto à veracidade das provas apresentadas pela acusação, o que ocasionou um veredito final de absolvição para a estrela da NFL.

É certo que a formação do corpo do júri neste caso foi primordial para a absolvição do acusado. Caso fosse no Brasil, a defesa de O.J. Simpson provavelmente não conseguiria convencer o júri de sua tese de nulidade das provas, já que os jurados não teriam a empatia necessária para se colocar no lugar do réu.

Assim, como o próprio Desembargador Mayrink se referiu na passagem já citada, o júri deve ser formado de modo a privilegiar a heterogeneidade no corpo decisório. Apesar de grande parte dos acusados serem pobres, marginalizados e sem escolaridade, o Tribunal do Júri se mostra um colegiado da elite, em uma lógica punitivista perversa com os réus por crimes dolosos contra a vida.

Dessa forma, o Tribunal deve buscar meios de artificialmente modificar o modo de escolha de seus julgadores, para representar as particularidades dos grupos minoritários presentes na sociedade, como ocorre nos concursos públicos por meio de ações afirmativas, já consolidadas como importante instrumento de cumprimento da isonomia material.

Ainda, observa-se pouco uso da técnica jurídica pelos membros do júri, que são influenciados de sobremaneira por pressões midiáticas e conceitos preconcebidos sobre os acusados.

Como bem observa o Procurador da República e grande crítico do Tribunal do Júri, Luís Felipe Schneider Kircher²⁷:

No Tribunal do Júri acaba por certo se sobrepondo os sentimentos pessoais de cada um dos jurados (prejuízos e antipatias), que decorrem de sua formação cultural e pessoal, assim se ignorando o que se busca na verdade em uma decisão judicial, que é em última análise a justiça. Neste tipo de Tribunal não há a independência que a função de julgar demanda, ficam presos muitas vezes ao estado de “guerra” (causado social em função da violência) que é proposto pela mídia.

²⁷ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Viéses críticos (genéticos) acerca do tribunal do júri*. Disponível em: <<http://www.epgov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/13474-13675-1-PE.pdf>> Acesso em: 27 set. 2016.



Face o exposto, entende-se que o Tribunal não deve somente escolher melhor os seus jurados, respeitando a heterogeneidade típica da sociedade contemporânea, mas também dar-lhes suporte técnico-jurídico para que possam julgar com maior propriedade, mesmo sendo leigos, o que aumentaria significativamente a qualidade das decisões de condenação ou absolvição no âmbito do Tribunal do Júri.

CONCLUSÃO

Analisando-se todo o estudo, compreende-se que o Tribunal do Júri é instituição deveras tradicional no ordenamento jurídico pátrio, fazendo parte não só do dia-a-dia feroz como do imaginário popular.

Questionar sua própria existência recorreria em enormes dificuldades práticas, já que a competência do júri é prevista na própria Constituição da República, como norma originária, e considerada pela maioria esmagadora da doutrina como uma garantia individual, portanto sendo cláusula pétrea incabível de abolição, na forma do art. 60, §4º, IV, da Carta Constitucional.

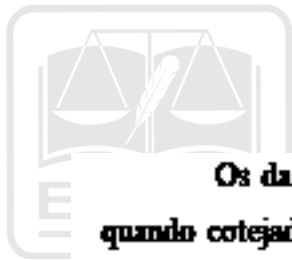
Por isso, buscou-se soluções para que se aperfeiçoe seu sistema decisório, com a necessária motivação das decisões, característica primordial de um modelo democrático de Poder Judiciário.

É certo que a segurança dos jurados deve ser sempre garantida, mas não pode servir de eterna justificativa para a existência de um manto opaco, onde não é explicitado para o acusado e para a sociedade as razões da decisão, seja de absolvição ou condenação, criando barreiras intransponíveis para possíveis recursos.

Além disso, tentou-se compreender formas para se aumentar a legitimidade social do Tribunal do Júri, sem incorrer em ilações sem propósito acerca de seu fim, a partir da dificuldade real de parte da sociedade de se sentir representada pelos jurados.

O concurso público para os juizes de carreira, apesar de selecionar quadros notadamente de uma elite social e econômica do país, ao menos garante ao jurisdicionado de que será julgado por profissionais de considerável saber jurídico.

Por outro lado, o Tribunal do Júri, como corpo de julgadores leigos que é, deve possuir obrigatoriamente uma proximidade maior com as características de toda a população, de modo a se manter a máxima de julgamento por seus próprios pares.



Os dados levantados pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando cotejados com a realidade da população carcerária do mesmo Estado da Federação, demonstram uma diferença social, econômica e intelectual muito marcante, a qual deveria ser dada maior importância pela presidência do Tribunal.

O tradicionalismo não pode ser obstáculo à inovação, quando esta se dá com o propósito de ampliar as garantias processuais dos réus em um julgamento de tão elevada importância.

Espera-se que o Poder Legislativo, às voltas com a produção de um novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8045/2010), detenha especial atenção ao procedimento especial do Tribunal do Júri, corrigindo suas deficiências na motivação das decisões e na escolha dos jurados leigos que compõem o corpo do júri.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 26 set. 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 01 mai. 2017

_____. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm > . Acesso em: 26 set. 2016.

_____. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 07 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 137.504/BA. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediada/?componente=ATC&sequencial=19362534&num_registro=200901022620&data=20120905&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 07 jun. 2017.

COSTA, Álvaro José F. M. *Depoimento Prestado ao Programa de História Oral & Visual do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Museu da Justiça, 05 de nov. 1998. Entrevista nº 34.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 249.

KANT DE LIMA, Roberto. *Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a03n13.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.



KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Visão crítica (garantista) acerca do tribunal do júri*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/13674-13675-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

LOREA, Roberto Arruda. *Os jurados "leigos": uma antropologia do Tribunal do Júri*. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3730/000403645.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 352.

O.J.: *Made in America*. Direção e Produção: Ezra Edelman. Estados Unidos da América, ESPN, 2016, 1 filme (467 minutos).

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/america/and678-92.pdf. Acesso em: 27 abr. 2017.

SÁ, Gilmar de Almeida. *O que pensa... Tribunal do Júri*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/19406/artigos.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *História do Tribunal do Júri: Origem e Evolução No Sistema Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=6373b58b-39ec-4648-8fed-837e155b76ff&groupId=10136. Acesso em: 24 out. 2016.



ADOÇÃO TARDIA: O AMOR TEM PRAZO DE VALIDADE? DESCONSTRUINDO (PRÉ) CONCEITOS

Daniele Rodriguez Vallado

Graduada pela Faculdade de Direito Flávio Leste/Anhanguera. Advogada. Pesquisadora do Serviço de Pesquisa para Magistrados da Emerj.

Resumo – a adoção é um dos institutos mais antigos de que se tem notícia. Contudo, com o passar dos anos, acompanhando o desenvolvimento da sociedade e buscando se adequar aos ditames constitucionais, esse instituto adquiriu novos contornos. Na atualidade, o que se preza em uma adoção é o interesse da criança, e não dos candidatos à adoção. A adoção tardia vem sendo muito debatida, vez que são estas crianças que precisam de maior atenção e cuidado e, com isso, tem se procurado incentivar este tipo de adoção, por meio de palestras e muita informação na mídia para desmistificar as questões que envolvem a adoção tardia. A essência do presente trabalho é identificar os principais argumentos contrários à adoção tardia e desconstruí-los, em busca da harmonização dos interesses de adotantes e adotados.

Palavras-chave – Direito de Família. Adoção. Adoção tardia. Criança. Preconceito. Mitos.

Sumário – Introdução. 1. Adoção: da espera do filho ideal à espera do filho possível. 2. Passado, presente e futuro: criando novos vínculos, apesar das lembranças. 3. Desconstruindo preconceitos com crianças mais velhas: o amor não tem idade. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata do tema da adoção tardia, assim considerada aquela em que a criança a ser adotada já tem uma certa percepção de si mesma e da realidade que a rodeia, bem como adolescentes. Procura-se apresentar e desconstruir os principais mitos e preconceitos que permeiam a adoção dessas crianças mais velhas.

Para tanto, discute-se as dificuldades de aceitação da adoção de crianças mais velhas, cuja principal barreira são os preconceitos com a vivência prévia desta criança, suas lembranças e como reagirá à nova família que está sendo construída. Busca-se desconstruir mitos, medos e preconceitos que giram em torno deste tipo de adoção, apresentando as vantagens de se optar por uma criança que, embora já tenha certa vivência anterior, pode se adaptar a uma nova família como qualquer outra criança órfã.

O instituto da adoção, tratado pelo Direito Civil, no ramo do direito de família, é um dos mais antigos que se tem notícia. Contudo, sua regulamentação vem evoluindo com o passar dos anos, alcançando, atualmente, contornos bem diversos daqueles da antiguidade, buscando se adequar a princípios constitucionais.

O advento da Lei n. 8.069/90 trouxe ao ordenamento jurídico pátrio uma nova visão do então vigente modelo de adoção, passando a priorizar o melhor interesse da criança. Desta forma, não se busca mais uma criança para casais que não podem gerar filhos biológicos, mas, sim, uma família para uma criança abrigada que, por algum motivo, não pode mais contar com a proteção de sua família biológica.

A maioria dessas crianças abrigadas não são mais bebês, tratando-se, então, de crianças mais velhas que, por vezes, já possuem certa percepção de si mesmas e do mundo que as rodeia.

Ocorre que a procura por bebês para adoção é muito maior. Isso porque a ideia de ter como filho uma criança que possui vivências, lembranças e vínculos anteriores assusta e desestimula os candidatos à adoção, que anseiam por levar para casa um livro em branco, onde poderão escrever suas histórias do início ao fim, e não dar continuidade a histórias que já vinham sendo escritas por outras mãos.

Com isso, não sendo efetivada a chamada adoção tardia dessas crianças mais velhas, elas vão crescendo nos abrigos, ficando a cada dia mais velhas ainda, tendo suas chances de serem adotadas diminuindo com o passar dos anos.

Inicia-se o primeiro capítulo tratando das expectativas dos candidatos à adoção em contraposição à realidade das crianças abrigadas e como isso pode influenciar na demora no processo de adoção. Analisa-se como o ideal de filho fomentado pela sociedade de um modo geral pode retardar e dificultar o processo de adoção, tendo em vista a realidade fática das crianças que se encontram abrigadas e disponíveis para inserção em nova família.



Segue-se ponderando acerca da possibilidade de criação de novos vínculos familiares com uma criança que carrega marcas e lembranças do abandono, defendendo esta possibilidade.

O terceiro capítulo trata da possibilidade de desconstrução dos mitos e preconceitos em se adotar uma criança que já possui certa bagagem emocional e da superação dessa barreira inicial. Apresenta-se os principais argumentos daqueles que resistem a adoção tardia, combatendo-os e apresentando soluções para ultrapassar a barreira emocional dessas crianças, buscando solidificar-lhes a confiança em sua nova família.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, uma vez que o pesquisador entende que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social e que as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que requerem soluções.

A assim, acredita ser viável para analisar o objeto da pesquisa inseri-lo no atual contexto com o objetivo de identificar os fatores que determinam certos fenômenos, explicá-los e desmitificá-los.

Para atingir tais objetivos, é empregada uma abordagem qualitativa, valendo-se o pesquisador da bibliografia atinente ao tema em análise para sustentar suas ponderações, após concluída a fase exploratória desta pesquisa, quando foi analisado o material bibliográfico disponível acerca do tema.

1. ADOÇÃO: DA ESPERA DO FILHO IDEAL À ESPERA DO FILHO POSSÍVEL

Adoção tardia é aquela em que a criança a ser adotada não é mais um bebê, contudo, a idade não é o único fator caracterizante desse modelo de adoção. Vargas¹ explica a adoção tardia da seguinte forma:

¹ VARGAS, Marizete M. *Adoção Tardia*. Disponível em: http://www.gesep.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=277%3AAdocao-tardia&catid=47%3AAdocao-tardia&Itemid=67. Acesso em: 09 out. 2016.



tardia é um adjetivo usado para designar a adoção de crianças maiores. Considera-se maior a criança que já consegue se perceber diferenciada do outro e do mundo (...), que tem uma certa independência do adulto para satisfação de suas necessidades básicas. Várias autoras consideram a faixa etária entre dois e três anos como um limite entre a adoção precoce e a adoção tardia. Outros fatores também concorrem para essa avaliação como o tempo de permanência da criança em instituição e o seu nível de desenvolvimento. Pode acontecer que crianças com dois, três anos ainda não apresentem comportamentos compatíveis com a sua faixa etária, ou seja, não andam sozinhas, não falam ou usam frases e a adaptação delas não apresentará características típicas de uma adoção tardia [...]

A realidade no Brasil é que o destino da maioria dessas crianças mais velhas, acolhidas em abrigos do governo, é de ali permanecerem, sendo criadas e educadas pelos funcionários dessas instituições.

O que ocorre é que os bebês, assim consideradas as crianças com até 18 meses, especialmente os da cor branca, sejam adotados rapidamente, enquanto crianças maiores permanecem indefinidamente à espera de uma família.

Muito se fala acerca do tempo de espera na fila do Cadastro Nacional de Adoção. Critica-se a demora na fila, em relação ao grande número de crianças abrigadas. Contudo, esta demora está intimamente ligada às exigências dos adotantes.

Isso porque, a maioria das pessoas habilitadas para adoção tem preferência por bebês, que estão em menor número nos abrigos. Matéria veiculada no sítio do Grupo de Apoio à Adoção de São Paulo, cita uma pesquisa feita pela psicóloga Lídia Weber² em que a autora, em sua tese de doutorado na Universidade Federal do Paraná, aponta como uma das razões da demora na fila do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) as exigências dos adotantes, que são, entre elas, meninas, brancas e que contem com até 2 anos de idade.

Por certo, a demora em um processo de adoção não ocorre tão somente por conta das exigências dos adotantes, que são definidas no processo de habilitação, etapa que precede à adoção propriamente dita. Outros fatores também contribuem para que um processo de

² GRUPO DE APOIO À ADOÇÃO DE SÃO PAULO. São Paulo. Disponível em: http://www.guaq.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=275%3Apor-que-a-adocao-demora-tanto-no-brasil&catid=47%3AAdocao-tardia&Itemid=67. Acesso em: 09 out. 2016



adoção se arraste no tempo, sendo que o principal deles ocorre no curso do processo judicial e trata-se da destituição do poder familiar.

Tanto o Código Civil, quanto a Lei n. 8.069/90, impõe a necessidade de uma sentença que retire dos pais biológicos o poder familiar sobre a criança, antes que ela seja dada à adoção. Isso porque, segundo os ensinamentos de Orlando Gomes³, é inadmissível a duplicidade do poder familiar, conservando os pais biológicos esse poder sobre a criança que passa a viver legitimamente na companhia e sob a guarda de quem o adotou.

O processo de destituição do poder familiar é demorado, vez que, antes de se decretar a perda, deve-se esgotar as possibilidades de a família biológica receber a guarda da criança de volta. Com isso, as crianças abrigadas envelhecem e ultrapassam a idade mais procurada pelos candidatos à adoção.

Por outro lado, aqueles que se propõem a adotar uma criança mais velha, o fazem por motivações que, nem sempre, serão atendidas. O que pode acarretar frustrações e até mesmo devoluções das crianças aos abrigos.

Entre os motivos principais que levam candidatos a adoção a optar por uma criança mais velha estão, segundo Ebrahim⁴, o fato de não possuírem tempo ou condições de cuidar de um bebê, mas desejam constituir uma família, ou já possuírem filhos biológicos e não sentirem mais a necessidade de adotar um recém-nascido. Outro motivo apontado por Dias, Silva e Fonseca⁵ é a praticidade e o desejo de ter uma companhia.

Concluindo, segundo Luchi⁶

algumas das expectativas dificilmente serão preenchidas, se considerarmos o perfil das crianças disponíveis para adoção nos abrigos brasileiros. São crianças que durante o estágio de convivência apresentam comportamentos regressivos que

³ GOMES apud ISHIDA, Vítter Kenji. *Estado da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009, p.266.

⁴ EBRAHIM apud LUCHI, Tânia O. *Construção do Vínculo na Adoção Familiar: fatores interstantes*. In: LADVOCAT, Cynthia; DIDANA, Solange. *Guia de Adoção: na jurídica, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Roca, 2014, p. 654.

⁵ DIAS; SILVA; FONSECA apud LUCHI, Tânia O. *Construção do Vínculo na Adoção Familiar: fatores interstantes*. In: *Ibid.*

⁶ LUCHI, Tânia O. *Construção do Vínculo na Adoção Familiar: fatores interstantes*. In: *Ibid.*, p. 655.



demandam dos pais uma maturagem não condizente com a idade da criança que acolheram, assim, dificilmente poderão preencher o quesito de praticidade, assim como sua insegurança e necessidade de atenção podem frustrar o quesito de ser uma boa companhia para um filho único biológico (...). Portanto, os pais que esperam de uma criança mais velha certa maturidade, companheirismo e que não necessite de muitos cuidados, fatalmente se sentirão frustrados por um longo período, até que a criança supere as fases adaptativas (...) e alcance um desenvolvimento igual ou próximo a sua faixa etária [...]

Assim, Luchi⁷ entende que “a motivação para a adoção pode ser um fator determinante nas expectativas geradas em relação ao filho e o entrelaçamento desses dois aspectos pode criar a idealização de um filho de difícil ajuste à criança real [...]”. A crença de que a criança irá criar laços afetivos imediatos com os adotantes e que os aceitarão de forma incondicional contribui para uma maior dificuldade na criação do vínculo afetivo parental.

Nesse diapasão, ainda na visão da autora⁸, os adotantes devem trabalhar a capacidade para lidar com os efeitos que o abandono causou na criança, deixando de lado suas expectativas de um filho ideal, cientes de que, com empenho e dedicação, a tão sonhada família se tornará possível e real.

2. PASSADO, PRESENTE E FUTURO: CRIANDO NOVOS VÍNCULOS, APESAR DAS LEMBRANÇAS

Como visto, a maior barreira da adoção são as expectativas criadas por parte dos candidatos à adoção.

Os adotantes, via de regra, idealizam o perfil do filho ideal e, ao se depararem com a realidade das crianças abrigadas, demoram um pouco a aceitar que dificilmente conseguirão uma criança nos moldes sonhados: bebês de até um ano de vida. Entretanto, essa não é a única causa que reflete na maior demora na permanência das crianças em abrigos, como se verá adiante.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*



Embora as adoções tardias sejam diferentes das adoções de bebês, uma vez que a criança mais velha tem um passado que, muitas vezes, deixou marcas, elas nem sempre trazem problemas, sendo esse tão somente mais um mito que permeia esse tipo de adoção. Decebal Andrei⁹ entende que “quanto mais tardia a adoção, mais vivas serão as lembranças do passado e mais enraizadas na sua memória as ilusões, sonhos, desejos e frustrações dos anos de abandono”. Contudo, isso não é um fator decisivo para o sucesso ou fracasso da adoção tardia.

Segundo Camargo¹⁰, existem alguns fatores que retardam e dificultam o processo de adoção, tornando o caminho dos candidatos à adoção uma verdadeira via cruzis:

[...] - a longa fila de espera e a extensa burocracia que se apresenta para que possa se concretizar a adoção e,
- a legislação brasileira que não concede a adoção de imediato, concedendo somente a guarda provisória o que gera ansiedade por dois meses (prazo que dura a guarda provisória), tendo ainda o risco de perder a guarda da criança e tê-la devolvida a sua família biológica que tem preferência de sua guarda.

Por certo que na adoção tardia o processo de filiação é mais complexo, pois a criança participa ativamente do processo de adaptação, exigindo dos adotantes uma maior dose de paciência e perseverança para entender e atender as suas necessidades. Entretanto, os preconceitos listados pelo autor não passam de receios infundados que, com a devida assistência e acompanhamento da equipe multidisciplinar das Varas da Infância, serão superados no decorrer do processo de adoção.

Em pesquisa feita para sua obra acerca do abandono e da adoção, Elena Andrei¹¹ identifica quatro estágios que marcam a adaptação da criança no processo de adoção: a fase do encantamento, em que prevalece o encantamento recíproco entre adotantes e adotada e

⁹ ANDREI *apud* DIAS, Cristina M. S. B.; SILVA, Renata V. B. de; PONSICA, Célia M. S. M. S. A adoção de crianças maiores na perspectiva dos pais adotivos. In: *Contextos Clínicos*, vol. 1, n. 1, jun./jul. 2008, p. 29.

¹⁰ CAMARGO, *apud* AYALA, Sorita Carvalho, et al. *ADOÇÃO TARDIA: o real contexto de adotantes e adotados*. Disponível em:

http://ief.revista.influfimpressos_arquivos/arquivos_destaque/NSf5hgOoz7xc4eG_2014-4-16-0-6-59.pdf. Acesso em: 04 mar. 2017

¹¹ ANDREI, et. al., *op. cit.*, p. 29.



tudo que gira em torno da nova vida. A segunda fase é quando a criança tenta marcar território, podendo se tornar rebelde aos comandos dos novos pais, testando seus limites. Depois vem o momento da aceitação e compreensão, em que a criança está preparada para refazer sua vida com a família. Por fim, é a fase onde o amor surge e pais e filhos criam o verdadeiro laço da adoção.

Como visto, na adoção de bebês, que praticamente não possuem a percepção da realidade que os rodeia, essas fases não existem, tornando, de certa forma, a adoção mais fácil, já que a adaptação maior será por parte dos adotantes, que terão, muitas vezes, que aprender os cuidados com o novo membro da família.

Conforme salientado por Costa¹², observa-se ainda um desejo por ambas as partes, adotados e adotantes, de se esquecer da vida pregressa da criança, tanto da família biológica, quanto do período que passou em instituições ou eventuais famílias substitutas, “porém esse desejo dificulta o processo de adoção e na constituição das figuras de pai e mãe, além de criar um tabu, um assunto que não pode ser comentado, o que em médio prazo, pode ser um obstáculo na manutenção dos vínculos criados”.

Nesse ponto importante frisar que a lei¹³ garante ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica, permitindo-lhe amplo e irrestrito acesso ao seu processo de adoção após completados os dezito anos ou, antes disso, a seu pedido, com apoio jurídico e psicológico.

Nucci¹⁴ entende que, embora, diga-se comumente, que uma pessoa não se sente completa se não conhecer seu passado, tal conhecimento nem sempre será benéfico ao adotado, por trazer à tona todas as mazelas envolvidas no seu nascimento e posterior abandono. Completa o autor¹⁵:

¹² COSTA, apud AYALA, Sarita Carvalho, et al, op. cit.

¹³ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 04 mar. 2017.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ecstase da Criança e do Adolescente Casado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 188-190.

¹⁵ *Ibid.*



Houve um sacrifício enorme para impor sigilo ao processo de adoção, para apagar o registro civil anterior, para dar uma nova vida ao adotado, para integrá-lo completamente à família substituta, em suma, cultiva-se a adoção como um ato de amor definitivo, irrevogável, cujos efeitos equiparam todos os filhos, naturais ou não, em todos os níveis. Porém, a própria lei autoriza a reabertura da caixa postal, fechada há muitos anos, em prol do direito de conhecer sua origem biológica. (...) Se a família adotiva realmente atinge os propósitos de substituir a família biológica (...) não há como o ser humano sentir-se psicologicamente perturbado. A pessoa precisa de amor e afeto, carinho e atenção, mas não necessariamente de seus pais biológicos [...]

Apesar de autores como Ryad Simon defenderem a ideia da chamada “ferida narcísica”¹⁶, Nucci¹⁷, discorda da ideia de que o passado possa influenciar de forma tão incisiva na vida de uma pessoa, a ponto de ensombrecer todos os relacionamentos futuros, e refuta a crença de que o adotivo sempre sabe que foi rejeitado, sofrendo inconscientemente por isso. Afirma, ainda que, as lembranças das crianças em tenra idade não transcendem para a vida adulta com tamanha força e intensidade.

Assim, seguindo a linha de raciocínio do autor, é possível criar novas laços emocionais e sentimentais de filiação, apesar de um passado de abandono e rejeição. Muitas lembranças permanecerão vivas na memória da criança, mas com amor, dedicação e perseverança dos novos pais, elas poderão ser superadas, não constituindo óbice para uma vida plena e saudável da família que se formou por meio da adoção.

3. DESCONSTRUINDO PRECONCEITOS COM CRIANÇAS MAIS VELHAS: O AMOR NÃO TEM IDADE

Como visto no decorrer dos capítulos anteriores, existe a preferência por adoção de bebês causada, em grande parte, por uma série de mitos e preconceitos em se adotar uma criança mais velha, que já possui certa bagagem emocional. Contudo, a superação da aparente barreira inicial da idade não é assim tão difícil e, em certos casos, a idade mais avançada da

¹⁶ *Ferida narcísica*, é a marca indelével da rejeição do filho pela mãe natural. A rejeição da mãe biológica em ter o filho consigo é por esse vivida como um repúdio ao merecimento do amor, o que vai interferir de forma negativa em todos os seus relacionamentos futuros. Defende-se ainda que inconscientemente a criança sabe que é adotiva, ainda que ninguém tenha lhe contado.

¹⁷ NUCCI, op. cit., p. 138

criança pode até contribuir para que os laços afetivos da nova família se fortaleçam e solidifiquem mais rapidamente.

Embora os candidatos à adoção sintam um enorme receio da dificuldade de adaptação da criança por causa da sua vivência anterior, a idade pode ser, na verdade, um fator favorável nessa transição. Isso porque as crianças mais velhas, que já possuem certa percepção dos fatos que as rodeiam, acabam por valorizar mais a oportunidade de ser adotada e sair do abrigo. Assim, na maior parte dos casos deste tipo de adoção, a criança se esforça por agradar seus novos pais e ganhar-lhes o afeto, seja pelo desejo de com eles permanecer, seja por medo de ter que voltar ao abrigo e não conseguir uma família.

Certo é que existe a preferência, por parte dos candidatos à adoção, por bebês, tanto por conta da questão da adaptação, quanto pela questão de vivenciar todas as fases da maternagem/paternagem. Contudo, esse é um entrave que deve ser trabalhado pela equipe técnica das varas de infância, demonstrando aos futuros pais que uma criança maior pode oferecer tanto amor quanto qualquer outra. E mais: o amor advindo do estado de filiação não pode ter uma idade pré-determinada e, mais ainda, não deve ser esperando imediatamente ao início do convívio, sendo um sentimento que surgirá somente com a convivência diária e com o passar dos anos.

Camargo¹⁸, enumera, entre outros, os maiores preconceitos nutridos pelos adotantes com relação a adoção tardia. São eles:

- [...] - o medo da família adotante que a criança maior de dois anos que já passou por instituições e / ou famílias não se adapte a um lar definitivo;
- a dificuldade de criação de vínculos afetivos e confiança devido ao histórico da criança de abandono e rejeição;
- o mito que o desejo da criança de conhecer a família biológica seja intensificado a tal ponto que prejudique o relacionamento com a família adotiva, [...]

¹⁸ Vide nota 10.



Inegável é que a adoção de crianças mais velhas, mais do que na adoção de bebês, implica em um entrelaçamento da história pregressa dessa criança com as expectativas daqueles que a desejam como filho. Por isso, os futuros pais devem estar cientes e preparados que, até que os laços afetivos sejam criados, surgirão embates entre o que se tem e o que se espera, devendo estar preparados para superar as diferenças iniciais.

Assim, na visão de Luchu¹⁹,

Deve, então, ser agregada como fator importante para a construção da parentalidade adotiva tardia, a capacidade para lidar com os efeitos do abandono na criança, o que trata a resistência à frustração, a capacidade de negociação e recursos de flexibilidade e a determinação de construir uma família através da adoção, fatores de grande relevância para o seu exercício, sendo importante que no acompanhamento na pré e pós-adoção os pais sejam preparados para esse combate que por vezes é unilateral e reforçada as suas competências. Portanto, a adoção de crianças maiores pressupõe um encontro da história, da personalidade e das necessidades de uma criança e as capacidades daqueles que desejam acolhê-la como filho. É a partir desses fatores interatuantes que pode emergir o paternal e o maternal e, assim, laços de filiação.

Certo é, como já visto anteriormente, que o instituto da adoção não visa mais a atender os interesses dos candidatos à adoção, mas o superior interesse da criança, que tem direitos constitucionais protegidos, sendo dever de todos assegurar que tais direitos sejam respeitados, em obediência ao comando constitucional previsto no art. 227 da CRFB/88²⁰.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Do comando constitucional extrai-se a ideia de que todas as crianças possuem os mesmos direitos. Assim, as crianças mais velhas que se encontram abrigadas possuem os mesmos direitos dos bebês de serem criadas em um ambiente familiar, onde receberão suporte emocional e financeiro para um desenvolvimento pleno e saudável.

¹⁹ Vide nota 6.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2017.

O receio da família adotante que a criança mais velha, por já ter passado por instituições e / ou famílias, não se adapte a um lar definitivo é completamente infundado. As crianças possuem uma grande capacidade de adaptação a diferentes situações e ambientes. Basta que seus novos pais perseverem e, com amor e carinho, todas as dificuldades serão superadas.

Da mesma forma, como já trabalhado no capítulo anterior, a alegada dificuldade de criação de vínculos afetivos e confiança impulsionada pelo histórico da criança de abandono e rejeição não pode constituir óbice para a adoção tardia. Como visto, as crianças mais velhas possuem a mesma capacidade de amar que qualquer pessoa.

Como muito bem colocado por Luch²¹,

[...] vencer os desafios e sentir-se responsável pelas transformações da criança nos campos da afetividade, da aprendizagem, da socialidade, e imprimir seus valores e crenças, contribui para preencher a lacuna da transmissão genética e, assim, atingir o sentimento de ver um pouco de si na criança, o que constitui o fundamento da parentalidade e o fim do longo processo de construção do vínculo parental.

Assim, o importante, não só na adoção dita tardia, mas em qualquer tipo de filiação, é o querer verdadeiro, o desejo sincero de ter aquela criança como seu filho. Dificuldades surgirão até mesmo na filiação biológica e isso não pode ser motivo para se desistir dos filhos. Da mesma forma, na adoção, principalmente de crianças mais velhas, o medo das dificuldades não pode servir de impedimento para que se viva plenamente a filiação. O amor não tem idade nem prazo de validade.

CONCLUSÃO

Atualmente o instituto da adoção visa a atender o superior interesse da criança, que tem direito a crescer no seio de uma família, onde encontrará o suporte para um

²¹ LUCHI, Tânia O., *op. cit.* p. 656.



desenvolvimento digno e saudável, obedecendo o comando constitucional previsto no art. 227 da CRFB/88.

Nesse sentido, o Estado retira as crianças e adolescente em situação de risco de sua família e procura promover ações no sentido reinseri-las em seu ambiente familiar, seja devolvendo-as para sua família originária, seja buscando a extensa. Esses menores, abrigados por conta da situação de risco em que se encontravam, somente são postos para adoção depois de esgotadas todas as possibilidades de reinserção na sua família biológica.

Os dados do Cadastro Nacional de Adoção apontam para um grande número de candidatos à adoção, em oposição a um número bem menor de crianças disponíveis para adoção. Essa disparidade se dá, justamente, por conta das exigências dos candidatos com relação à criança desejada, sendo a maior procura por bebês.

Grande parte desta rejeição a crianças mais velhas tem origem em mitos e preconceitos que envolvem a adoção tardia – assim chamada aquela em que as crianças já possuem certa autonomia e percepção de seu entorno.

O maior medo relatado pelos adotantes é que a criança não consiga se adaptar à nova família por causa das lembranças de sua vida pregressa e, com isso, não seja possível estabelecer novos laços de afinidade com os pais adotivos.

Contudo, a experiência de pais que apostaram na adoção tardia mostra que esse receio é infundado. Apesar das lembranças do passado rondar por longo tempo essas crianças, é possível, com dedicação e carinho dos novos pais, que elas superem os anos de abandono e negligência e se entreguem por completo a sua nova vida. Basta que se sintam seguras no ambiente que passaram a viver fora do abrigo.

Assim, cabe aos pais adotivos a missão de transmitir segurança e estabilidade para a criança. É preciso perseverar diante das dificuldades iniciais e, tão logo seja ultrapassado esse

estágio inicial, novos vínculos serão formados e o amor e a confiança entre pais e filhos surgirão com o passar do tempo.

Ao Estado, por sua vez, cabe a promoção de campanhas de conscientização da sociedade com um todo – e não só dos candidatos à adoção – para que esses mitos e preconceitos sejam combatidos e essas crianças tenham mais chances de serem adotadas, sendo esta uma medida preventiva.

Nesse mesmo viés, visando à máxima efetividade do instituto da adoção, é preciso prestigiar a celeridade nos trâmites processuais em detrimento do excesso de burocracia, tanto da ação de destituição do poder familiar, quanto da ação de adoção, para que estas crianças abrigadas possam o mais rápido possível serem inseridas, como filhas, em uma nova família e assim gozem da plenitude da máxima proteção do Estado, da sociedade e da família, tal como determina a Constituição do Brasil.

**REFERÊNCIAS:**

AYALA, Sarita Carvalho et al. *Adoção Tardia: o real contexto de adotantes e adotados*. Disponível em:

http://fae.fevista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/NSStSlqOoz7tc4eO_2014-4-16-0-6-S9.pdf. Acesso em: 04 mar. 2017

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 04 mar. 2017.

DIAS, Cristina M. S. B.; SILVA, Romana V. B. da; FONSECA, Célia M. S. M. S. A adoção de crianças maiores na perspectiva dos pais adotivos. In: *Contextos Clínicos*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

_____. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRUPO DE APOIO À ADOÇÃO DE SÃO PAULO. São Paulo. Disponível em: http://www.gasp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=275%3Apor-que-a-adocao-demonstra-tanto-no-brasil&catid=47%3AAdocao-tardia&Itemid=67. Acesso em: 09 out. 2016

ISHIDA, Váler Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009.

LUCHI, Tânia O.. Construção do Vínculo na Adoção Tardia: fatores interatuantes. In: LADVOCAT, Cynthia; DIJANA, Solange. *Guia de Adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Roca, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VARGAS, Marizete M. *Adoção Tardia*. Disponível em: http://www.gasp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=277%3AAdocao-tardia&catid=47%3AAdocao-tardia&Itemid=67. Acesso em: 09 out. 2016.

ANÁLISE SOBRE A (INEFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO QUE VISA A SUPRIR OMISSÃO LEGISLATIVA DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

Felipe Firmida de Oliveira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

Resumo – o Imposto sobre Grandes Fortunas é espécie de tributo muito pouco discutido jurisprudencial e doutrinariamente. A razão disso está na inércia estatal – inclui-se aqui os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – em regulamentar este imposto tão importante para o controle da desigualdade social no país. O objetivo deste trabalho é identificar as características deste tributo e analisar a viabilidade de esta omissão legislativa ser suprida pelo mandado de injunção. Pela natureza e características dessa espécie de imposto, é possível ser impugnada a omissão de tal tributo pelo mandado de injunção.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Tributário. Mandado de Injunção. Imposto sobre grandes fortunas.

Sumário – Introdução. 1. Instituição do Imposto sobre grandes fortunas: uma faculdade do ente tributante ou uma obrigatoriedade imposta pela Constituição Federal? 2. Mandado de injunção: Seu conflito aparente entre o princípio da Separação dos Poderes e a atual posição do Supremo Tribunal Federal. 3. A morosidade da decisão do mandado de injunção e sua consequência político-jurídica perante o Imposto sobre Grande Fortunas: há solução? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa científica visa a analisar a eficácia do mandado de injunção para solucionar a omissão legislativa do imposto sobre grandes fortunas, previsto na Constituição Federal, mas nunca devidamente regulamentado. Busca-se, com isso, obter soluções e identificar a viabilidade de que tal omissão seja apropriadamente suprida e, assim, o Estado possa obter ainda mais um instrumento para reduzir a desigualdade social e diminuir crises econômicas.

Para que isto ocorra é necessário realizar uma análise crítica do atual processamento do mandado de injunção e demonstrar sua ineficácia em solucionar a omissão legislativa do imposto sobre grandes fortunas. Além disso, fornecerá soluções ao problema exposto e trazer maneiras de resguardar os direitos constitucionalmente previstos, mas, atualmente, não respeitados.



A partir de um foco jurídico, se desenvolverá uma análise política e social dos institutos e de seus mecanismos para que se descubra as razões de sua atual ineficácia. Nesse sentido, é necessário refletir sobre as seguintes questões: É possível sustentar que a instituição do imposto sobre grandes fortunas é uma obrigatoriedade imposta pela Constituição Federal? Há como trazer maior coercibilidade ou efeito vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal sem que viole o princípio da Separação de Poderes? Como reduzir a morosidade desse julgamento pela Corte Suprema?

Trata-se de tema controverso, pois interfere em um princípio extremamente basilar no Estado Democrático Brasileiro que é o princípio de Separação dos Poderes.

Com objetivo de trazer melhor compreensão dos institutos e, assim, uma visão mais aprofundada do tema, busca-se delimitar os conceitos de imposto sobre grandes fortunas e mandado de injunção. Com base nisso, é necessário realizar um histórico sobre os mandados de injunção mais relevantes já impetrados sobre o tema.

O primeiro capítulo da pesquisa é destinado a balizar o embate doutrinário sobre a instituição de impostos e comprovar a obrigatoriedade da União em regulamentar o imposto sobre grandes fortunas.

Em seguida, no segundo capítulo, há a análise da figura do mandado de injunção: demonstrar, na prática, como é a relação entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional nesta espécie de ação constitucional e desconstruir a suposta colisão entre os efeitos da decisão do mandado de injunção e o princípio da Separação de Poderes.

O terceiro capítulo tem o condão de determinar qual o nível de razões políticas, comparadas com as jurídicas, para a demora dos julgamentos sobre o tema na Suprema Corte e se isso influencia na efetividade das decisões prolatadas por este órgão.

A pesquisa deste trabalho é realizada pelo método hipotético-dedutivo, pois colocará à prova as hipóteses suscitadas pelo pesquisador e determinará, de firma argumentativa, se elas são válidas.

Por essa razão, a forma de abordagem desta pesquisa jurídica será explicativa e qualitativa, uma vez que o pesquisador utilizará bibliografia específica sobre o tema tratado para sustentar sua tese.

Além disso, utiliza-se do método dialético para a solução de possíveis elementos jurídicos que possam se contradizer e do método fenomenológico para analisar, de firma empírica, a realidade do instituto a ser analisado.



1. INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS: UMA FACULDADE DO ENTE TRIBUTANTE OU UMA OBRIGATORIEDADE IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

Para identificar a relevância do Imposto sobre Grandes Fortunas e se é cabível mandado de injunção na sua omissão legislativa é necessário que se verifique se a sua instituição é mera faculdade da União ou se é um dever do Ente em realizar direitos fundamentais. Se mera faculdade for, não há que se falar em mandado injunção, já que o Ente terá sempre a conveniência e oportunidade de definir quando será o melhor momento para instituir, cobrar e executar certo tributo.

Se for um dever será necessário utilizar de todos os meios cabíveis para que, de forma coercitiva, se institua o Imposto previsto constitucionalmente, uma vez que o tributo seria uma forma mediata de realização de direitos fundamentais e, conseqüentemente, um direito de todos os cidadãos já que seria uma maneira de proteger e desenvolver direitos fundamentais pelo Estado.

Em geral, a doutrina e jurisprudência se dividem em dois sentidos. Uma parte (Valdecir Pascoal¹, Eduardo Sabbag² e Tribunal de Contas da União³) entende que os tributos são faculdades do ente tributante, já que existiriam hipóteses em que a instituição e sistematização do tributo geraria mais gastos do que a própria arrecadação, o que levaria a uma incoerência econômica, já que a elaboração de um meio de arrecadação estaria gerando prejuízo para o Ente Público.

Outra parte⁴ defende a obrigatoriedade da instituição dos tributos, primeiramente baseada pelo art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (L.C. 101/2000) – alegada inconstitucional por quem defende a faculdade do poder de tributar. Além disso, usam como argumento uma interpretação sistemática, já que a Constituição Brasileira por ser uma Constituição Social define uma extensa quantidade de metas e objetivos sociais que devem ser

¹ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e controle externo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 109.

² SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 731.

³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3437/2012 – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/_/AC_3437_51_12_P.doc>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁴ FIGUEIREDO, Marcella. *A lei de responsabilidade fiscal: notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa*. v. 1, n. 9. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, 2001, p. 11.



alcançados pelo Estado que possui como principal fonte econômica para a realização destes propósitos os tributos.

Logo, o Estado estaria obrigado a instituir todos os tributos previstos pela Constituição, porque seria essencial para a realização dos direitos fundamentais, sociais e das metas impostas pela própria Carta Magna Brasileira.

Ponderando ambos os entendimentos se chega a uma solução mediana, ou seja, deve-se reconhecer que certas espécies de tributos realmente representam faculdades do Ente tributário, mas há outras espécies que são essenciais para a elaboração do Estado Social almejado pela Constituição e, por isso, devem ser de instituição, previsão e arrecadação obrigatória. Quais seriam essas espécies obrigatórias?

Em uma visão atual, é possível concluir que todo tributo goza de uma parte fiscal e outra extrafiscal, preponderando uma delas dependendo da espécie e finalidade do tributo. Por exemplo, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) sempre foi considerado um imposto com forte natureza extrafiscal já que utilizado pelo Ente como forma de regular a economia e definir o que é mais ou menos essencial para a sociedade, tributando de forma menos agressiva os itens que representam maior importância para a sociedade em geral (princípios da essencialidade e seletividade). No entanto, não há como ignorar que tal tributação gera uma certa arrecadação para o ente e, portanto, goza de uma característica fiscal também.

A razão da extrafiscalidade de um tributo pode ser tanto para regular a ordem econômica (Impostos de Importação e Exportação, Imposto sobre Operações Financeiras etc.), como para desenvolver segmentos sociais, ou seja, providenciar uma diminuição na desigualdade social, já que os contribuintes terão obrigações tributárias equivalentes à sua capacidade tributária.

Quanto a esse último caso, é possível extrair essa lógica da progressividade do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana e do Imposto de Renda de Qualquer Natureza, uma vez que esses tributos têm sua progressividade relativa a quantidade de patrimônio (seja o valor do imóvel ou o patrimônio total do contribuinte). Por isso, representam uma forma de diminuir a desigualdade social, já que o Estado tributa mais quem tem mais patrimônio e redistribui esses valores aos mais necessitados por meio de políticas públicas que desenvolvam a saúde, educação, esportes e outras atividades públicas das quais os mais necessitados são carentes.

Numa sociedade em que a desigualdade é extrema desde a criação do Estado Brasileiro – vide a lógica latifundiária do Império e sua mão-de-obra pantada na escravidão que têm resquícios até hoje – o Ente deve ter a obrigação de utilizar todos os meios possíveis para mitigar essa desigualdade que perdura desde a sua gênese. Assim, nada mais apropriado do que criar



um imposto que por excelência tem esta função: tributar em especial os detentores das grandes fortunas e responsáveis pela acumulação da maior parte das riquezas do país em uma minoria.

O que se estaria fazendo é primordialmente proteger os direitos fundamentais e sociais dos mais necessitados a ter um mínimo existencial para viver e não somente sobreviver. Conclui-se assim que os tributos, como o imposto sobre grandes fortunas, que gozam de forte extrafiscalidade deveriam ser de instituição obrigatória já que representam um instrumento essencial para a realização das metas da Constituição Social de 1988 e por defenderem direitos fundamentais dos cidadãos.

Haveria assim uma redistribuição da riqueza de forma que os mais pobres tenham maneiras de conviver em sociedade e obter uma base sólida, fornecida pelo Estado, para poder competir com os demais. Ao identificar a obrigatoriedade da instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas estar-se-á proibindo manobras políticas para se evitar a produção de tal norma, dando a possibilidade de exigir a criação dessa norma.

Por um lado, Ives Gandra Martins e Rogério Gandra Martins⁵ possuem entendimento no sentido de que tal espécie de tributo é obsoleta e ineficaz. Sob um argumento neoliberal afirmam que não é papel do Estado a redistribuição da riqueza, mas sim da própria sociedade. Alegam também que os ordenamentos que escolheram utilizar o imposto sobre grandes fortunas não lograram êxito em sua implantação.

Entretanto, usam como comparação países que possuem um histórico totalmente diferente do Brasil. Em regra, países desenvolvidos, como Estados Unidos, Espanha, Alemanha e França. Nenhum desses países teve tamanha desigualdade como o Estado brasileiro. Por isso, qualquer comparação em relação àqueles é irreal e falaciosa⁶.

Por outro lado, Amir Khair⁷, mestre em finanças públicas e consultor financeiro, argumenta a favor da instituição do Imposto sobre as Grandes Fortunas no Brasil:

Em vez de afugentar, deve atrair mais o capital ao permitir a desoneração do fluxo econômico, gerando maior consumo, produção e lucros. Não teria nenhum conflito com os impostos existentes, pois sua base tributária é o valor total dos bens. Quanto às dificuldades de avaliação dos títulos mobiliários, o registro eletrônico das transações e as posições fornecidas pelas bancas podem resolver o problema. O seu potencial tributário (...) supera o do CPMF.

⁵ MARTINS, Ives Gandra; MARTINS, Rogério Gandra. O imposto sobre grandes fortunas. *Revista Facomercio*, São Paulo, n. 27, p. 8, ago. 2015.

⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁷ KHAIR, Amir. *Imposto sobre Grandes Fortunas*. Disponível em: <http://www.ie.ufjf.br/spontes/pdfs/akhair190308_2.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.



Com tantos benefícios sociais, só é possível chegar a uma conclusão quanto à norma do Imposto sobre Grandes Fortunas: a Constituição previu tal espécie de tributo para que se concretizasse os elementos necessários para se criar uma sociedade mais igualitária e fraterna. Logo, a melhor interpretação seria no sentido de que é dever da União (e não mera faculdade) instituir e arrecadar o Imposto sobre Grande Fortunas que serviria até mesmo para suprir crises econômicas do país, já que seu potencial de arrecadação tributária é incrivelmente alto.

2. MANDADO DE INJUNÇÃO: SEU CONFLITO APARENTE ENTRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ATUAL POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O instituto da separação de poderes iniciada de forma embrionária por Aristóteles e, posteriormente, aprimorada por Montesquieu, consiste na defesa da garantia das liberdades individuais dos membros da sociedade perante o Estado com a divisão de suas funções – legislativa, executiva e judicial – o que gera a descentralização de seu Poder e evita, assim, o absolutismo autoritário.

Entretanto, apesar de independentes e autônomos, as três principais funções estatais estão sempre se correlacionando. É a partir disso que surge a sistemática dos freios e contrapesos ou *checks and balances* que nada mais é do que a possibilidade de esses três órgãos principais cooperarem e exercerem também uma fiscalização um sobre o outro. Por esse motivo que alguns autores⁸ entendem que o termo Separação de Poderes estaria ultrapassado, uma vez que, por um lado, o poder estatal é uno e indivisível, logo não haveria separação e, por outro, as funções deixam de ser tratadas de forma estanque e isolada, passando uma função a cooperar com a outra.

Obviamente que essa cooperação deve estar expressamente prevista na Constituição, pois assim se evitam abusos de cada um dos três “Poderes” de tal forma que um não interfira na autonomia e independência do outro. Desta forma, seguindo essa lógica, é possível perceber, a princípio, que não há qualquer violação nas decisões de procedência dos mandados de injunção, já que esse se encontra previsto no art. 5º, LXXI da CRFB/88.

Esta ação constitucional cível visa a suprir omissões inconstitucionais por ausência de norma infraconstitucional reguladora. Conforme preceitua João da Fonseca⁹, o que se pode

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 110-111.

⁹ FONSECA, João Francisco N. da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 76.



extrair da norma constitucional é que esse é um remédio para o controle incidental de omissão normativa que tem como objetivo tutelar direitos subjetivos constitucionais frustrados pela inércia legislativa do Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência¹⁰ no sentido de que é necessária a violação ou impossibilidade de exercício de um direito subjetivo constitucional do Autor para que o mandado de injunção seja cabível. Logo, necessário identificar na hipótese de omissão legislativa quanto à regulação do Imposto sobre Grandes Fortunas qual seria o direito subjetivo constitucional violado.

Se a análise partir de uma visão teórica direta e avalorada da instituição do tributo será fácil a conclusão de que não há qualquer direito subjetivo do indivíduo no desenvolvimento de um tributo, mas apenas um dever jurídico, o de pagá-lo. No entanto, a interpretação aqui deve ser histórica¹¹ e teleológica: a criação de um tributo desse escalão em uma sociedade que sempre foi extremamente desigual, em razão do histórico de Colônia, escravidão e latifúndios trará não só um melhor desenvolvimento dos direitos subjetivos referentes a um mínimo existencial da classe economicamente baixa brasileira, tirando diversas pessoas da situação da miséria, como também ajudará na distribuição da economia, aquecendo-a, já que trará um poder de compra para um número maior de indivíduos.

Com isso, é evidente que a omissão desta espécie tributária no ordenamento pátrio desfavorece a população mais pobre, violando direitos subjetivos à saúde, educação, moradia que permitam um mínimo existencial de (sobrevivência). São esses os direitos tutelados pelo mandado de injunção que trate desta matéria.

Os efeitos da decisão do mandado de injunção¹² ao tratar de imposto ainda não regulado, como o imposto sobre grandes fortunas, serão excepcionais, pois não estão tratando apenas de direito subjetivo do autor que a propôs, mas também de direitos dos beneficiários pela arrecadação do novo imposto e deveres dos futuros contribuintes. Logo, a decisão deverá ter eficácia *erga omnes* ou *intra partes*, conforme o art. 9º, §1º, da Lei 13.300/2016¹³.

O grande problema surge neste momento, o de julgamento. O limiar entre respeito e violação à separação dos Poderes fica tênue, já que o Supremo Tribunal Federal terá, caso o

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 6389/Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310105847&tipoApp=pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

¹¹ YONEZAWA, Fernanda. *As desigualdades sociais dentro do contexto histórico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos-academicos/18955-as-desigualdades-sociais-dentro-do-contexto-historico-brasileiro>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

¹² BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/13300.htm>. Acesso em: 29 de junho de 2017.

¹³ Vide nota 12.



impetrado não edite norma reguladora, que estabelecer condições para o exercício do direito violado, conforme art. 8º, I e II da Lei 13.300 de 23 de junho de 2016. No caso do imposto sobre grandes fortunas, o Supremo Tribunal Federal teria que estabelecer regras e condições para que o imposto passasse a vigorar enquanto o impetrado não criasse lei complementar sobre o tema.

Como um órgão do Poder Judiciário irá proferir uma decisão que funcione similarmente a uma lei complementar que interfere tanto na população brasileira como no ente do Poder Executivo, a União? O Poder Judiciário não estaria se imiscuindo de forma agressiva nos demais Poderes? Essa decisão não seria de uma complexidade e temática incompatível com a natureza da função jurisdicional?

A resposta para estas perguntas deve vir com os seguintes elementos: a legitimidade do mandado de injunção e a provisoriedade da decisão que julga procedente essa ação constitucional. Dessa maneira, considerando que a própria Constituição Brasileira previu a necessidade de criação do Imposto sobre Grandes Fortunas e previu remédios constitucionais (ADIn por omissão e Mandado de Injunção, nos artigos 103 e art. 5º, LXXI da CRFB/88, respectivamente¹⁴) com os devidos legitimados para prevenir omissões deste tipo, conclui-se que o Poder Judiciário, como fiscalizador dos demais Poderes, deverá intervir positivamente nas omissões que geram prejuízos extremos no desenvolvimento dos direitos fundamentais dos indivíduos da nação.

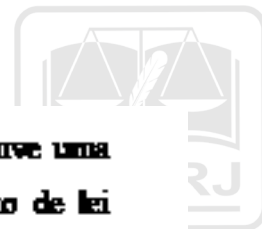
Apesar da extrema complexidade temática, o Supremo Tribunal Federal teria legitimidade para criar uma decisão dessa envergadura, desde que forneça amplo debate, por meio de audiência pública, participação de *amicus curiae* e outros instrumentos que possibilitem o amplo contraditório e legitimem o efeito *erga omnes* dessa decisão. Autores como Susana da Costa¹⁵ e João Francisco da Fonseca¹⁶ afirmam que o órgão julgador de certa lide deverá analisar a *representatividade adequada* para legitimar interesses que ultrapassem as partes do processo.

Dessa forma, mesmo que complexa a decisão, se for dada a oportunidade para o debate de todas as classes envolvidas na criação de tal tributo é possível a criação de uma decisão que crie e imponha a União a cobrá-lo, por ser um dever seu de reduzir a desigualdade social e

¹⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

¹⁵ COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americanos e brasileiro. In: SALLÉS, Carlos Alberto de. *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 957.

¹⁶ FONSECA, João Francisco N. da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 143.



subsidiar os direitos fundamentais dos governados. Caso a União entenda que houve uma usurpação de sua competência basta que ela dê início à aprovação de um projeto de lei complementar sobre o imposto sobre grandes fortunas para que esta suposta usurpação não subsista, uma vez que a eficácia da decisão do mandado de injunção subsiste até que uma norma sobre o assunto seja editada.

3. A MOROSIDADE DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA CONSEQUÊNCIA POLÍTICO-JURÍDICA PERANTE O IMPOSTO SOBRE GRANDE FORTUNAS: HÁ SOLUÇÃO?

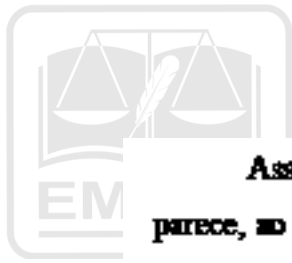
É fato notório que o Supremo Tribunal Federal é um órgão assoberto de processos pendentes para julgamento. Isso é uma situação que se reflete em todo o Poder Judiciário. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, como Suprema Corte, trata de temas nucleares constitucionais que têm repercussão em toda a sociedade. Assim, o Ministros, ao analisarem os processos que tramitam nessa corte, utilizam instrumentos jurídicos para dar maior ou menor velocidade à decisão de certo processo.

Se essa discricionariedade no nível de celeridade é técnica, não cabe a este artigo verificar, pois tal constatação renderia necessitaria de uma pesquisa extremamente densa. Fato é que os Ministros da Suprema Corte ao tomar esta discussão mais morosa realizam um ato político, já que o homem é um ser essencialmente político. Por isso, longe da neutralidade, porque seus atos estão sempre voltados a uma finalidade própria.

Em razão disso é necessário perceber que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é contrária a tese firmada neste artigo por dois motivos principais: O primeiro é o entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência¹⁷ no sentido de que a criação de qualquer tributo é facultativa de acordo com a discricionariedade de cada Ente com competência tributária para o respectivo tributo. Isso advém de uma interpretação literal do caput do art. 145 da CRFB/88.

O outro fundamento se refere ao temor de violação ao Princípio da Separação de Poderes – previsto como cláusula pétrea no art. 60, §4º, III da CRFB/88 – uma vez que a Suprema Corte Brasileira estaria tratando de temas intrínsecos ao Poder Legislativo e ao chefe do Poder Executivo, o que geraria um embate e uma instabilidade entre os Poderes.

¹⁷ Nesse sentido: ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 208; SABBAG, op. cit., p. 731 e 732.



Assim, a tese que visa a compelir o Estado a regular o imposto sobre grandes fortunas parece, ao menos em um futuro próximo, utópica, apesar de vital para a sociedade brasileira que possui um longo histórico de desigualdade social.

Mesmo que uma ideia quase platônica, é possível que a Corte Suprema pressione os demais Poderes para criarem tal espécie de tributo. No entanto, ainda que com essa pressão, o Poder Legislativo, com atitudes ainda mais políticas – isso pela própria natureza desse Poder – poderá engarvetar ou até mesmo arquivar o projeto de lei sobre o Imposto sobre grandes fortunas. E isso foi o que de fato ocorreu com os projetos de lei¹⁸ sobre o tema que passaram pelas Casas Legislativas durante a vigência da Constituição Federal de 1988 até o momento.

Com a atual fragilidade do Poder Legislativo devido à crise de representatividade em razão das práticas altamente reprováveis de corrupção e a elevada influência de empresas de grande porte sobre as candidaturas e decisões dos senadores e deputados federais, percebe-se que muitos membros do Legislativo acabam por desvirtuar a função que exercem e passam a representar, exclusivamente, o interesse dos mais ricos e poderosos para que possa se manter também no poder.

Gera-se um círculo vicioso que impede a aprovação de leis que privilegiam as camadas mais pobres e fracas em detrimento das mais ricas, como é o caso da norma instituidora do Imposto sobre Grandes Fortunas.

Os obstáculos para a elaboração de tal lei complementar ultrapassam o mero tecnicismo jurídico, pois, mesmo que haja instrumentos viáveis para o Judiciário se imiscuir na omissão da norma, ainda haverá a necessidade de o Poder Legislativo regulá-la para que haja assim uma maior segurança jurídica. Assim surgem problemas de cunho político e econômico que podem ser alegados nas Casas Legislativas e que impeçam, mesmo que de forma injusta, a efetiva concretização do Imposto sobre Grandes Fortunas.

No âmbito do Congresso Nacional não haverá como o Poder Judiciário interferir sobre a parte material, já que a discussão sobre a matéria do Projeto de Lei não pode ser objeto de controle de constitucionalidade preventivo, já que haveria nítida afronta à independência dos Poderes ao exercerem suas funções típicas.

Outro fator que facilita a omissão legislativa é a falta de conhecimento da sociedade sobre o conteúdo da Constituição, impedindo, assim, pressões populares por tal espécie de

¹⁸ Os projetos de lei apresentados e não aprovados são: o PLP n. 162/1989, do senador Fernando Henrique Cardoso, o PLP n. 106/1989, do deputado Juarez Marques Batista, o PLP n. 208/89, do deputado federal Antônio Mariz, o PLP n. 218/1990 do Governo Collor, o PLP n. 534/2011, do senador Antônio Carlos Valadares e o PLP n. 315/2015, do senador Paulo Paim. Alguns desses projetos seguem tramitando nas casas do Congresso Nacional.



imposto, pois a grande maioria dos governados sequer notam a previsão constitucional do Imposto sobre Grandes Fortunas.

Dessa forma, portanto, numa visão teórica sobre o tema é possível identificar que há viabilidade na implementação do imposto sobre grandes fortunas até mesmo – temporariamente – pelo mandado de injunção. Entretanto, na prática, não é possível vislumbrar o horizonte para a norma. O mandado de injunção sobre o tema sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade pelo Supremo Tribunal Federal e as Ações diretas de inconstitucionalidade por omissão também não prosperaram. Além disso, os diversos projetos de lei que tratavam do Imposto sobre Grandes Fortunas, que pouco foram divulgados pela mídia, não vingaram no Congresso Nacional.

CONCLUSÃO

O imposto sobre grandes fortunas, importantíssimo para a redução da desigualdade social, é previsto na Constituição Federal Brasileira desde sua promulgação em 1988. No entanto, em nenhum momento houve a devida regulação deste imposto por meio de lei complementar.

A maior parte da doutrina e jurisprudência entende ser mera faculdade do ente competente pela tributação a instituição de impostos, com base em interpretação literal do art. 145, I da CRFB/88. Entretanto, o melhor entendimento é enxergar os tributos numa visão teleológica, no sentido de analisar a natureza extrafiscal e a finalidade do tributo perante a economia e a sociedade.

Logo, a União teria o dever de instituir o imposto sobre grandes fortunas para que assim possa respeitar e prestar de forma mais igualitária os direitos fundamentais – constitucionalmente previstos – para construir uma nação mais democrática e com menores disparidades sociais.

A omissão quanto a esse dever de legislar sobre o Imposto sobre Grandes Fortunas gera a possibilidade dos membros da sociedade de impugnar, via mandado de injunção, a inconstitucionalidade em razão da inércia estatal sobre essa espécie tributária. Essa espécie normativa é de conteúdo programático cuja eficácia positiva tende a necessitar de providências administrativas e materiais, ou seja, é uma norma que explicita comandos-valores e traçam fins públicos a serem alcançados pelo Estado, porém para que estes fins sejam alcançados é necessário um rito administrativo, como é de praxe nos tributos em geral.



Por isso, há quem entenda que o mandado de injunção não seria medida cabível para suprir tal omissão, já que violaria o princípio da Separação de Poderes, uma vez que o Poder Judiciário se imiscuiria em matéria típica da competência do Poder Executivo. Todavia, em um juízo de ponderação, analisando a efemeridade da decisão do mandado de injunção e a realização de direitos fundamentais que esta decisão realizaria, chega-se facilmente a conclusão pela viabilidade de utilizar o mandado de injunção como forma de pressionar o Poder Executivo – que detém a iniciativa – e o Poder Legislativo – que é responsável pelo trâmite de aprovação – a criarem lei sobre o tema.

Ademais, mesmo sendo viável a possibilidade de mandado de injunção tecnicamente, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido contrário. Em uma análise crítica desse entendimento e do rito moroso dos processos na Suprema Corte é perceptível a posição evasiva do Supremo Tribunal Federal sobre este tema que esbarra em uma linha tênue em relação à Separação de Poderes. Verifica-se, assim, barreiras jurídico-políticas para a efetivação da norma constitucionalmente previstas.

Deste modo, apesar de todos os entendimentos em sentido contrário, o melhor seria tratar o imposto sobre grandes fortunas como um tributo especial, em razão de sua natureza extrafiscal – de diminuir a desigualdade social – e responsável pela realização de direitos fundamentais e sociais básicos para a sociedade brasileira. Possibilita-se, com esta lógica, a interferência do Poder Judiciário, por meio de mandado de injunção, sobre matéria que seria típica do Executivo e Legislativo conjuntamente, uma vez que que estes Poderes se omitiram em relação a um imposto necessário para melhorar o histórico de desproporcionalidade econômica e social no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm> Acesso em: 30 abr. 2017



_____. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm> Acesso em: 30 abr. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 6.389/Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portar/processo/verProcessoPeca.asp?id=310105847&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3437/2012 – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/_JAC_3437_51_12_P.doc>. Acesso em: 25 out. 2016.

COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. *As grandes transformações do processo civil brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watamabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FONSECA, João Francisco N. da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

KHAIR, Amir. *Imposto sobre Grandes Fortunas*. Disponível em: <http://www.ie.ufjf.br/aparte/pdfs/akhair190308_2.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A lei de responsabilidade fiscal: notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa*. v. 1, n. 9. Salvador: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, 2001

MARTINS, Ives Gandra; MARTINS, Rogério Gandra. O imposto sobre grandes fortunas. *Veredito Facomercio*, São Paulo, n. 27, p. 8, ago. 2015

PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e controle externo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

YONEZAWA, Fernanda. *As desigualdades sociais dentro do contexto histórico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos-academicos/18955-as-desigualdades-sociais-dentro-do-contexto-historico-brasileiro>>. Acesso em: 01 jun. 2017.



A LIBERDADE DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ESTADUAL NA ESPECIALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO PELA FIXAÇÃO DE NOVAS REGRAS DE COMPETÊNCIA MATERIAL

Fernando Felipe Bourguy de Medeiros

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – movimentos populares pelo mundo indicam uma busca cada vez maior de autodeterminação de pequenas comunidades. A Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal seguem caminho contrário centralizando cada vez mais os Poderes numa União distante do povo. Com isto, os Estados-Membros perdem oportunidades para se desenvolverem e, indiretamente, auxiliarem os demais. A essência deste trabalho é demonstrar como a jurisprudência do STF varia em relação à competência legislativa estadual, identificar os critérios utilizados em tais julgamentos e, como exemplo, verificar se é possível a criação de novos critérios de competência material em razão do valor para os Juizados Especiais Cíveis.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Pacto Federativo. Competência Legislativa Concorrente. Processo no Juizado de Pequenas Causas.

Sumário – Introdução. 1. A Repartição de Competência Legislativa pelo Constituinte de 1988. 2. Critérios Utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para a Delimitação das Competências Legislativas na Federação. 3. Métodos de Interpretação do Texto Constitucional para a Delimitação das Competências Legislativas na Federação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisa a hipótese de o poder legislativo estadual fixar novos limites para a definição da competência dos juizados especiais cíveis. A tese surgiu diante da percepção de que as economias estaduais não são igualmente desenvolvidas, assim como também não o são os respectivos Tribunais de Justiça. Por esse motivo, a fixação do valor de 40 salários-mínimos como critério de “pequena causa”, de forma unilateral pelo Poder Legislativo da União pode causar distorções prejudiciais ao regular tráfego jurídico.

Com base nessa discussão, será possível inaugurar, futuramente, um questionamento mais aprofundado sobre a repartição de competências legislativas criada pela Constituição de 1988, e assim, investigar novos critérios jurídicos para a definição da função de cada ente na federação.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e



Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. Esse é o artigo que inaugura a Carta Política de 1988. Entretanto, o que é e para que serve a União brasileira, e qual é o papel de seus Estados-Membros?

Objetiva-se, portanto, discutir a elaboração de novos critérios para a interpretação do conceito de interesses específicos de cada ente federativo, no tocante às suas competências legislativas, para buscar uma maior eficiência da federação e o bem comum de todos. Para tanto, no primeiro capítulo, serão apontados equívocos e incoerências na fixação de competências criada pelo constituinte de 1988. Essa crítica será a base sobre a qual se fundamentará a hipótese em questão, bem como permitirá uma nova visão sobre os diferentes interesses dos entes federativos.

Em seguida, investigar-se-ão as incoerências dos critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal e se demonstrará que estes não são suficientes para promover a autonomia necessária dos entes federativos e resultam numa centralização exagerada de poder na União. Esta centralização causa um distanciamento do Poder em relação ao indivíduo, prejudicando a função do Estado de proporcionar a cada pessoa os meios para desenvolver-se em sua plenitude.

Por fim, no terceiro capítulo, por meio da hipótese em questão, buscar-se-á sugerir novos critérios para a análise da constitucionalidade de leis estaduais. Com a sua adoção, sem modificar o texto constitucional, será possível a conquista de uma maior autonomia pelos estados, e de uma aproximação maior entre o indivíduo e o Poder. Deve-se conciliar a atual cultura hermenêutica e a Constituição com vistas a dar maior eficiência nas relações entre os entes e entre estes e os particulares.

Destarte, será desenvolvido um raciocínio hipotético-dedutivo para comprovar ou rejeitar a tese apresentada. Assim, a abordagem da pesquisa será necessariamente qualitativa, pois valorará lei, jurisprudência e doutrina.

1. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E OS PROBLEMAS CAUSADOS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Há pouco, ocorreu referendo pelo qual os britânicos votaram pela saída do Reino



União da União Europeia, após 43 anos de filiação¹. Dentre os motivos dos que votaram a favor da *Brexit*, sobressaem a interferência regulatória europeia dentro das relações jurídicas nacionais, o custo de suprir as deficiências econômicas de outros países a bem da União, e por fim, a reduzida autonomia para se relacionar diretamente com outros países².

Por certo, a União Europeia não é uma federação, nem sua história similar à do Brasil. Esta Federação, historicamente, é centrífuga³, pois nasceu de um Estado unitário que se descentralizou. Naquele caso, similarmente aos Estados Unidos da América, Estados independentes se uniram, cedendo parte de sua autonomia e soberania ao ente central. Todavia, observam-se em ambos os casos, alguns pontos de congruência que permitem identificar o custo-benefício da relação dos Estados-Membros com a União brasileira.

Ao confiar as principais decisões de interesse geral a um governo central, a união dos Estados-Membros impede secessões, e permite a todos que se beneficiem das riquezas e poder dos demais. Tal finalidade é de grande importância, tendo em vista a desigualdade entre as diferentes regiões do país, e por isso, é elencada como o terceiro objetivo fundamental da República (art.3º, I, CRFB/88)⁴. Por outro lado, ao mesmo tempo que se propõe a união de estados para reequilibrar o desenvolvimento das diferentes comunidades de forma indiscriminada, existe a possibilidade de que o desenvolvimento de um grupo seja freado pela má administração de outros. Paradoxalmente, o mesmo equilíbrio, por vezes, também cria exigências impossíveis de serem cumpridas por estados menos desenvolvidos.

Os Estados-Membros vivem realidades diferentes e se encontram muito mais próximos dos indivíduos e os problemas de suas comunidades do que Brasília. Dessa forma, ou se assume de vez a forma unitária, característica dos regimes absolutistas do passado; ou se inicia, finalmente, a engraxar grilhões imperiais, admitindo-se que as diferenças e minorias devem ser respeitadas.

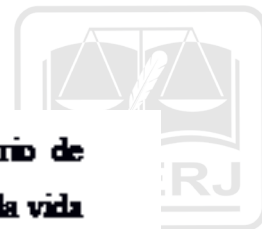
É difícil encontrar as razões de algumas atribuições de competência legislativa. Não há espaço para o aprofundamento do estudo desta Federação, mas pergunta-se com simplicidade ao leitor: por que a Constituição (Art.22, I, CRFB/88) determina que a competência para legislar sobre processo civil é privativa da União? Uma lei processual de âmbito federal, a princípio, se mostra eficiente apenas à Justiça Federal, Trabalhista e Militar,

1 UNIÃO EUROPEIA. Sobre a UE. Disponível em: <https://ec.europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt>. Acesso em: 10 out. 2016.

2 BOGYLE, Roger. Three reasons why Britain needs Brexit. *The Telegraph*, 1º nov. 2015. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/finance/taxcenter/11908813/Three-reasons-why-Britain-needs-Brexit.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

3 LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional* atualizado. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p.447.

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2017.



ou ainda para os procedimentos nas Cortes Superiores. Entretanto, a nível ordinário de relações jurídicas privadas, ninguém é mais competente para compreender a realidade da vida comunitária que a respectiva Assembleia Legislativa. São os deputados estaduais que conhecem as mazelas e os privilégios de cada comarca estadual. Ou por acaso, representantes firmes no Congresso Nacional conhecem a realidade amazônica que faz sombra sobre os firuns das comarcas do Norte?

Não se pode confundir as coisas. Há matérias de interesse geral que, obrigatoriamente, devem ser de competência privativa da União por afetarem as pessoas de todos os estados, e.g. direito marítimo, aeronáutico, espacial, desapropriação, requisições em caso de guerra, comércio exterior, trânsito, migrações e defesa. Vê-se há pouco um exemplo do problema da centralização da competência legislativa quando o Presidente do STF se viu obrigado a suspender a eficácia de lei carioca que majorava o valor de multas de trânsito para motoristas que desrespeitassem o uso de faixas exclusivas para as Olimpíadas⁵. Foi correto o julgamento com base no que está previsto no art.22, XI, CRFB/88; entretanto não se pode negar que as necessidades do tráfego no Rio de Janeiro são desconhecidas pelo legislador federal, o qual também não podia prever, em 1997, a realização dos Jogos Olímpicos de 2016.

Observe-se que normas gerais não se confundem com a expansão desmedida da centralização da competência. A União deve uniformizar regras de trânsito para promover a circulação interestadual, mas que motivo há para vedar os Estados-Membros de fixar o valor das sanções que ocorram em seu território? Se é justo que a União tipifique as infrações em si para homogeneizar o deslocamento rodoviário, não o é a proibição do aumento do *quantum* de multa a cobrir tais atos. Ademais, se mesmo no Direito Penal, o valor de uma multa é fixado com base na gravidade da infração e o poder econômico do infrator (arts.49 e 60, CP)⁶, como a União pode impor a um país continental um valor único ideal? A consequência é o “problema do sapato de tamanho único”: ou fica largo, ou apertado. Isto é, ou a multa será baixa, e, portanto, inútil para cidadãos mais abastados, ou será alta e irrazoável para pessoas mais carentes. A centralização do Poder gera impunidade de um lado, autoritarismo de outro: não faz justiça nem promove igualdade.

Assim como na legislação de trânsito, o direito processual também sofre com sapatos de tamanho único. Foi com isto em mente que o constituinte atribuiu a competência para

5 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SL n. 1.004. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/olitorio/verDefault.aspx?numeroDj=164&dataPublicacaoDj=05/08/2016&incidente=5025453&rodCapitulo=6&assuntoMateria=12&rodMateria=16>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

6 _____. Decreto-Lei n. 2848 de 7 de setembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.



legislar sobre custas forenses de forma concorrente (art.24, IV, CRFB/88). Neste ponto, foi sensato o constituinte, pois quem melhor que o próprio Estado-Membro para entender a capacidade econômica de seus jurisdicionados e as finanças de seus Tribunais? A União permanece responsável pelas normas gerais, garantindo direitos fundamentais, e os demais ente legislam de forma suplementar dentro dos interesses de suas próprias comunidades, para trazer em minúcias o Direito ao indivíduo, aproximando a lei escrita da vida diária, e promovendo uma jurisdição eficaz, igualitária e democrática.

A competência, na definição de José Afonso da Silva⁷,

É a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar as suas funções.

Por dizer respeito à organização do Estado, a matéria é constitucional. Como numa federação há mais de uma ordem jurídica num mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se faz necessária a repartição de competências, como medida lógica e hábil para racionalizar a atuação estatal. Sem identificação da esfera de atuação de cada ente, fatalmente, haveria conflitos interestaduais positivos ou negativos, com desperdício de recursos ou inércia, respectivamente⁸.

No direito comparado, verificam-se dois modelos de repartição de competências. No modelo clássico, adotado pela constituição norte-americana, é a União que tem poderes enumerados, enquanto os Estados-Membros têm competência residual (repartição vertical). Já o modelo moderno, nascido após a Primeira Guerra Mundial, vai além, fixando também as competências concorrentes a serem exercidas pelos entes em conjunto (repartição horizontal).⁹

Pelo exposto no Título III da CRFB/88, compete aos Estados-Membros, além de elaborarem a própria constituição, produzirem suas próprias leis para se auto-organizar conforme suas peculiaridades sob a égide das normas gerais federais e de forma residual. Entretanto, como as competências privativas da União são excessivamente abrangentes, resta pouca liberdade para as comunidades se auto-normatizarem de acordo com sua cultura e particularidades. Não obstante, tais previsões precisam ter real eficácia no desenvolvimento estadual, pois “a Lei não contém palavras inúteis”. Se o constituinte assim previu, foi para

⁷ AFONSO DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.297.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gomes. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.815.

⁹ *Ibid.*



promover o crescimento ideal de cada um dos estados, que por consequência, traria o crescimento da República.

A repartição de competências se dá com base no princípio geral da predominância de interesses. À União cabem as matérias de interesse geral, enquanto que aos Estados-Membros e Municípios cabem, respectivamente, a disciplina dos interesses regionais e locais. Por fim, o Distrito Federal atua como uma forma híbrida de estado e município.

Nesse viés, o constituinte optou por enumerar as competências da União e dos Municípios, deixando aos Estados-Membros a competência remanescente (art.25, §1º, CRFB/88). Ademais, à União é permitido delegar, por lei complementar, a legislação sobre questões específicas de sua competência privativa (art.22, parágrafo único, CRFB/88). Por fim, também cabe aos estes estaduais a competência suplementar para tratar de matérias específicas relacionadas às normas gerais fixadas pela União (art.24, §2º, CRFB/88), ou na ausência de norma geral federal, fixar suas próprias regras até que o Congresso cumpra sua competência (art.24, §§3º e 4º, CRFB/88).

Ante o exposto, aparentemente, os Estados-Membros gozam de grande liberdade de legislação. Contudo, não é o que ocorre, haja vista a extensão atribuição de competências privativas da União. E diga-se que, além disso, o STF tende a interpretar as competências federais de forma extensiva, centralizando ainda mais o Poder, conforme se poderá observar no próximo capítulo.

Há diversos exemplos dessa centralização excessiva. O STF já impediu o DF de exigir o acendimento da luz interna de veículos em barreiras policiais noturnas¹⁰. Já proibiu que Rondônia exigisse que empresas de construção civil oferecessem café da manhã aos empregados que chegassem mais cedo ao local de trabalho¹¹. Também já decidiu que estados não podem proibir a cobrança de estacionamento em estabelecimentos privados¹².

Em todos estes casos, o STF entende que a competência era privativa da União. Todavia, também em cada um deles, pode-se chegar à conclusão de que as comunidades de cada um desses entes, em sua auto-organização e liberdade, desejam tais medidas, as quais não criam nenhum prejuízo interestadual. Por acaso, o formalismo estrito é mais importante que a segurança e o bem estar dos particulares?

Paradoxalmente, o STF já preferiu o formalismo estrito constitucional em benefício

10 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACH n. 3.625. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=592516>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

11 _____. ACH n. 3.251. Relator: Ministro Ayrres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491154>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

12 _____. ACH n. 3.710. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443448>>. Acesso em: 17 abr. 2017.



da própria substância da Constituição, como se verá no próximo capítulo. Todavia, a jurisprudência sobre competências legislativas é bastante instável. Isto exige, a bem da segurança jurídica e do desenvolvimento jurídico e social do Brasil a definição de critérios para além da simples prevalência de interesses vista acima.

Dessa forma, questiona-se a possibilidade de os estados legislarem sobre limites diferentes dos da Lei Federal n. 9.099/95 para o ajuizamento de ação nos seus próprios juizados especiais cíveis. Momento ao se levar em conta a previsão do art.24, XI e X, CRFB/88, os quais parecem indicar a liberdade dos estados em dispor sobre “procedimentos em matéria processual” e a “criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas”.

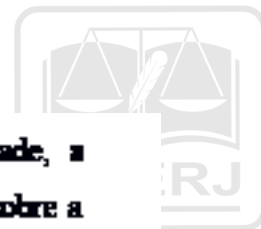
2. CRITÉRIOS USADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A DELIMITAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS NA FEDERAÇÃO

Conforme observado no capítulo anterior, o desenvolvimento de um estado federativo depende do desenvolvimento de cada um de seus entes federados. Por isso, é necessário identificar critérios atualmente adotados pelo STF para julgar a constitucionalidade de leis estaduais. Com isso, será possível verificar se os critérios atualmente adotados são suficientes para aquele fim.

Talvez o julgamento mais característico da vasta jurisprudencial relativa à competência legislativa na Federação seja o da Medida Cautelar na ADI 3937-MC/SP¹³, julgada em 04/06/08. Nesta ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI impugnou a Lei Estadual de São Paulo n. 12.684/07, a qual proíbe o uso de amianto no estado, em violação à permissão da Lei Federal n. 9.055/95; bem como por violar as competências da União previstas nos arts. 22, I, XI e XII e 24, V, VI, XII e §1º, CRFB/88.

O relator entende que deveria ser mantido entendimento proferido nas ADI nº2656-9/SP e nº2396/MS, em que leis idênticas foram declaradas inconstitucionais, para conceder a liminar. Segundo o Min. Marco Aurélio, leis que proíbem o uso do amianto criam embaraços à comercialização interestadual de produto permitido por lei federal. Por isso prejudicam estados produtores, como Goiás.

13 _____, ADI 3937-MC/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553783>. Acesso em 03 mar. 2017.



O Min. Eros Grau inaugurou a divergência, defendendo que, em realidade, a inconstitucionalidade estaria na lei federal, que, contrariamente ao que diz a ciência sobre a nocividade do amianto, atenta contra o direito à saúde, exposto no art.196, CRFB/88. Diante disso, o Plenário concluiu que a proibição de produtos num país exige uniformização para proteger tanto a saúde dos brasileiros, quanto a da indústria nacional. Todavia, a nocividade do amianto é notoriamente reconhecida, de forma que negar ao Estado-Membro o poder de proibir o uso do material em seu território sob justificativa de incompetência formal seria por si só inconstitucional.

Em seu voto-vista negando referendo à cautelar, o Min. Joaquim Barbosa relembrou a Representação nº1.153, na qual afirmou-se que o conceito de “norma geral” diz respeito à fixação de limites mínimos de proteção, a partir do qual os estados desdobram a lei conforme o interesse de suas comunidades¹⁴. Ademais, neste caso, havia norma suplegal que a respaldava a lei paulista (Convenção nº162 da Organização Internacional do Trabalho)¹⁵, que por sua vez se apoia no art.196, CRFB/88. Por fim, entendeu que a distinção entre lei geral e lei específica não se aplicava ao caso, pois a permissão do amianto pela União não poderia se sobrepor à liberdade da comunidade estadual, cuja lei cumpre com mais eficiência a Constituição e a Convenção Internacional.

Diante deste voto, o Min. Eros Grau, reafirmou a tese de que lei inconstitucional é inexistente. Assim, ante a inexistência de permissão federal ao amianto, a lei paulista poderia prevalecer com fundamento na competência concorrente do art.24, CRFB/88; comum do art.23, CRFB/88; e no fato de que esta lei cumpre de forma mais eficaz o direito fundamental à saúde do art.196, CRFB/88.

A maioria considerou que, na realidade, o *fianças boni viris* e o *parichanon in secula* se encontravam invertidos, visto que suspender a eficácia da lei paulista causaria dano aos cidadãos e iria contra a Convenção nº162 da OIT. Com base nestas discussões, o Tribunal, por maioria, negou referendo à liminar concedida pelo relator, em voto de confiança à lei paulista. Não obstante, até hoje o mérito não foi julgado.

Na ADI nº874/BA, julgada em 03/02/11¹⁶, a Confederação Nacional do Transporte – CNT impugnou a Lei Estadual da Bahia n. 6.457/93 que dispunha sobre a obrigatoriedade de instalação de cinto de segurança em veículos de transporte coletivo de passageiros. A lei

14 Todavia, no julgamento da Representação nº1.153, prevaleceu a norma federal permissiva sobre a proibitiva de material nocivo, pois o julgamento se pautava ainda pela Constituição de 1987.

15 BRASIL. Decreto n. 126 de 23 de maio de 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/de126.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

16 ____ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 874/BA. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619718>>. Acesso em 3 mar. 2017.



estadual violaria a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (art.22, XI, CRFB/88).

Em seu voto pela procedência, o relator confirmou a suspensão liminar da lei, já que a norma violaria a Constituição. Expôs-se então, que a competência estadual em legislação concorrente é para normas específicas peculiares à região – o que não era o caso, já que a segurança seria matéria de interesse de mais de um Estado-Membro e, portanto, deveria ser tratada pela União, conforme a jurisprudência do STF sobre trânsito.

O Min. Marco Aurélio foi contra seu próprio entendimento na ação anteriormente estudada, ao suscitár que a questão da promoção de valores constitucionais pela lei baiana não poderia resultar em inconstitucionalidade. Não obstante, a ação foi julgada procedente por maioria.

O que se vê neste julgamento é um apego exagerado à letra constitucional e abandono de princípios e direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o bem comum e a segurança (Art.1º, III, art.3º, IV e art.5º, caput, CRFB/88). O STF, ao contrário do que apontou na ADI nº3937-MC/SP, deixou de considerar a busca por mais segurança da comunidade baiana ao preferir ater-se a um positivismo já centossário que não cumpre os ideais republicanos. Ao proibir verticalmente a vontade da comunidade do Estado da Bahia de exigir a instalação de cintos de segurança no transporte coletivo intermunicipal, o Tribunal se mostrou mais afastado da Constituição, que deveria guardar, do que o legislador estadual. A lei baiana foi superior e além na proteção do cidadão em relação ao Congresso. Contudo, a Corte entendeu que seria mais benéfico ao pacto federativo prender o povo baiano na insegurança à espera de uma proteção de Brasília.

A ADI nº2.922/RJ¹⁷, julgada em 03/04/14, é de grande relevância para a responder à tese disposta neste artigo. Nela retomou-se a ideia de liberdade dos Estados-Membros para promover maior eficácia à Constituição conforme a vontade de sua população. O STF julgou a Lei Estadual do Rio de Janeiro n. 1.504/89 que dispôs sobre a homologação de acordo judicial em ação de alimentos com intervenção da Defensoria Pública estadual. Segundo o requerente, a norma seria formalmente inconstitucional por atentar contra o art.22, I, CRFB/88.

De acordo com o relator, a questão principal era a diferença entre os conceitos de “critérios procedimentais suplementares” e “direito civil e processo civil” a serem extraídos da Constituição. Segundo o ministro, processo é instrumento estatal para a prestação da

¹⁷ _____, ADI n. 2.922/RJ. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7014345>>. Acesso em 3 mar. 2017.

jurisdição, cuja unidade da série de atos que o compõem é disciplinada pelo direito processual. Já o procedimento é a forma como o processo é desenvolvido e executado, isto é a ordem dos atos, a sua dinâmica, v.g. “o modo de postular, a estrutura da petição inicial, o modo como serão colhidas provas admitidas pela legislação processual”. O art. 24, XI, CRFB/88 concede aos entes federativos autonomia para criar regras procedimentais para melhor execução da legislação federal. Neste sentido, os entes teriam a prerrogativa de definir a forma de execução da matéria processual de acordo com suas peculiaridades, em respeito ao pluralismo federal. Tais aberturas constitucionais são benéficas à Federação, pois, ao permitir que cada ente crie normas próprias, também permite a renovação da República, com novas ideias que podem ser adquiridas e executadas pelos demais entes conforme o seu interesse, sem que sejam impostas verticalmente. Logo, a lei deveria ser declarada constitucional.

O Min. Luiz Fux também seguiu o relato. Ensinou ainda que não há hierarquia entre lei federal e estadual, pois ambas têm fundamento direto na Constituição, embora, no caso de haver competência privativa da União, o Estado-membro deva respeitar os limites constitucionais. O ministro conceitua procedimento como “aquele particular modo de encadeamento dos atos processuais e os requisitos formais de que devem se revestir cada um desses atos, considerados individualmente”. É sobre esse aspecto que a União deve estabelecer normas gerais. Por fim, reafirmou que a *mens legis* de promoção de valores constitucionais não pode ser considerada inconstitucional.

A decisão pela improcedência da ação direta foi unânime e demonstra que a nova composição do Tribunal parece entender necessária a liberdade de legislação local para desenvolvimento nacional. Contudo, ela não repousa sobre critérios sólidos que permitam identificar os limites do interesse geral e regional, especialmente quanto à questão de processo e procedimento. Afirmou-se que a lei fluminense é constitucional por estimular a legislação federal ao dispor sobre as firmas pelas quais as assinaturas das partes tratantes deveriam ser apostas no instrumento a ser homologado.

Não obstante, vê-se que um dos fundamentos para a constitucionalidade da norma impugnada foi a promoção da função social da Defensoria Pública, que compreende a realização de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o amplo acesso à justiça (Art. 1º, III e art. 5º, XXXV, CRFB/88). Ou seja, o STF entende que uma norma estadual que cumpre valores constitucionais é digna de ser mantida no ordenamento e para que não seja declarada inconstitucional, deve-se buscar uma interpretação que permita uma fuga ao conflito com a lei federal.



3. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL PARA A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS NA FEDERAÇÃO

Viu-se nos exemplos acima que o STF não tem um critério objetivo para definir a competência estadual. Esta incerteza causa um perigo de dano muito grave para a autonormatização¹⁸ de cada estado da federação. Isto, pois, sem uma guia clara, meses serão perdidos em discussões, pesquisas e elaborações de leis que eventualmente serão declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte. Isso sem falar nos custos financeiros da Administração e no custo político da legislatura. Cumpre, pois, buscar na doutrina métodos de interpretação para promover uma maior eficiência da administração estadual e, conseqüentemente, uma maior participação democrática de seus cidadãos.

Um dos princípios da hermenêutica da interpretação constitucional¹⁹ é o da unidade da constituição, segundo o qual a Carta Política deve ser interpretada de forma sistemática, a fim de não existirem contradições internas. Se a interpretação do texto político se depreendesse de sua mera leitura, “bastaria ao intérprete ser alfabetizado”²⁰. A Constituição não é um aglomerado caótico de normas; deve ser interpretada em conjunto, pois o constituinte não comete contradições. É deste princípio que o STF extrai a ideia de que não existe hierarquia entre normas constitucionais²¹.

Outro valor adotado é o princípio da máxima efetividade. Segundo F. Canotilho²² “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Isto é, dentre as interpretações possíveis do texto constitucional, deve prevalecer aquela que permita à Constituição produzir os efeitos por ela pretendidos. É do próprio art. 5º, §1º, CRFB/88, que dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, que é possível extrair a expressão axiológica do constituinte no sentido de tornar a norma constitucional a mais eficaz possível para a sociedade. Mesmo que não estivesse positivada, a máxima efetividade é corolário da própria ideia de constituição, como norma absoluta de um ordenamento jurídico²³ e proteção pétreia dos direitos fundamentais (art. 60, §4º, IV, CRFB/88).

18 A normatização própria é uma das características da autonomia dos Estados-membros segundo MORAES, Alexandre. *op. cit.*, p.375.

19 HESSER, Konrad apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p.59.

20 GRAU, Eros. *Ensaios e discursos sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.88.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AID n. 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547> Acesso em 17 abr. 2017.

22 CANOTILHO apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p.96.

23 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.155.



Da máxima efetividade, surge o princípio da força normativa da constituição, segundo o qual as normas constitucionais devem ser interpretadas segundo os pontos de vista históricos do momento de sua interpretação para que sejam legítimas. O princípio é limitado, contudo, à vontade da constituição, *Wille zur Verfassung*²⁴; isto é, a não transfiguração dos conceitos essenciais intencionalmente fixados pelo constituinte.

O princípio da correção funcional é útil para este trabalho, na medida em que impõe o respeito ao sistema de repartição de funções e impede leituras desviantes da distribuição de competências. Segundo este princípio, a solução alcançada pelo intérprete não pode subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional previsto.

A consequência desses princípios é que não há hierarquia entre as normas insculpidas na Carta Política. É por conta desta característica que uma norma não pode ser totalmente afastada para a aplicação de outra, já que não existem contradições internas na Constituição. Ocorre que muitas vezes, não será possível a aplicação conjunta simultaneamente eficaz de duas normas constitucionais, mesmo que ambas contenham em si direito ou garantias fundamentais: nenhum direito é absoluto.

Diante disso, K. Hesse elaborou o princípio da concordância prática, *praktische Konkordanz*, como sendo aquele em que, por meio da unidade e eficácia máxima, leva o intérprete a desfazer conflitos aparentes de normas constitucionais. Suprime-se o alcance destas até que se encontre um ponto de equilíbrio, no qual ambas tenham a maior eficácia possível sem apagar a outra. Sacrificam-se aspectos de cada uma conforme o princípio da proporcionalidade no caso concreto. Ou seja, como as normas constitucionais são manifestações de princípios fundamentais, a elas não se aplica o "tudo ou nada" como ocorre para as regras. Os direitos da Constituição devem ser aplicados em conjunto, equilibrados da melhor forma possível com base na ponderação e na proporcionalidade.

Segundo o Min. Luís Roberto Barroso, a proporcionalidade pode ser desmembrada em três subprincípios. O subprincípio da adequação exige que as medidas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. O da necessidade impõe a verificação da inexistência de outro meio menos gravoso para alcançar o objetivo. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu* é a ponderação, no caso concreto, entre o ônus imposto e o benefício trazido, para aferir-se se é justificável a interferência do Poder Público nos direitos do cidadão.²⁵

Percebe-se que nem mesmo direitos ou garantias fundamentais escapam de conflitos

²⁴ HESSE, Konrad apud LENZA, Pedro op. cit., p.161.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 309.



entre si e, portanto, seu caráter absoluto não existe para dentro da Constituição, mas apenas para fora. Conseqüentemente, nenhum dos princípios sensíveis da Constituição²⁶ pode ser interpretado sempre de forma absoluta. Eventualmente, é possível que surja um conflito em que a eficácia de um deva ser comprimida – sem afastamento completo –, a fim de que prevaleça outro.

De posse desses conhecimentos sobre como interpretar a Constituição, podemos analisar os acórdãos supracitados. Na ADI n. 874/BA²⁷, é possível perceber um conflito de normas constitucionais que não foi apreciado, qual seja aquele entre a segurança do cidadão (Art.5º, *caput*, CRFB/88) – que condensa a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CRFB/88) e o bem comum (art.3º, IV, CRFB/88) e o princípio federativo (art.1º, *caput* e art.18, *caput*, CRFB/88). Nesta ação, o STF, preferiu a proteção de garantias fundamentais em prol do pacto federativo, aplicando implicitamente o princípio da concordância funcional, pois o legislador infraconstitucional teria se desviado da repartição de competências prevista. Contudo, temos na lei baiana um exemplo de regra que promove de maneira mais eficaz a garantia fundamental de segurança da pessoa, de forma que, pelo princípio da máxima efetividade, ambos os princípios deveriam ter máxima eficácia e, conforme o princípio da concordância prática, deveriam ter sido equilibrados e aplicados em conjunto, sem que a lei estadual, promotora da Constituição, fosse declarada inconstitucional.

Diante da possibilidade de construção da eficácia de duas normas constitucionais colidentes pelo princípio da concordância prática, era possível a busca por uma conclusão que não sacrificasse a lei estadual, o que não foi feito pelo STF. Observa-se que esta mesma ideia já tinha sido aplicada no julgamento da ADI n. 3.937-MC/SP²⁸. Nesta ação, o que o STF fez foi ponderar o princípio federativo com o direito fundamental à saúde. Segundo o sistema ensinado pela doutrina do Min. L. R. Barroso, havia adequação, pois a lei paulista era apta a atingir o objetivo constitucional maior, que era a saúde no caso. Além disso, havia necessidade, pois não existia no momento, meio menos gravoso que a mitigação do sistema de competências constitucional para proteger a saúde das pessoas. Por fim, o ônus de manter a vigência de uma lei formalmente inconstitucional por incompetência formal era mínimo se comparado ao benefício de impedir que pessoas sofressem com os efeitos cientificamente mortais do amianto crisotila.

Essa mesma preferência pelos direitos e garantias fundamentais foi novamente vista

²⁶ Trata-se daqueles previstos no art.34, VII, CRFB/88, os quais admitem a intervenção federal segundo MENDRES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p.231.

²⁷ Vide nota 23.

²⁸ Vide nota 19.



no julgamento da ADI n. 2.922/RJ²⁹. Neste caso o STF foi além e levou em conta um novo critério de interpretação. Entendem a Corte que existiria uma espécie de liberdade, dos entes, para experimentar novas práticas procedimentais nos tribunais. Por meio dessa liberdade, seria possível o desenvolvimento de um maior número de ideias para a evolução do processo civil, as quais poderiam ser copiadas também pelos demais entes. Ou seja, práticas locais bem sucedidas podem revelar uma evolução no Direito nacional.

Em outros termos, a Suprema Corte corroborou a tese de que uma maior liberdade dos entes permite o desenvolvimento em conjunto de toda a Federação. Consequentemente, a *contrario sensu*, limitar essa liberdade, terminaria por atrasar o desenvolvimento de todo o país. Com isto em mente, torna-se à questão: seria possível aos Estados-membros alterarem o valor máximo para fixação da competência dos juizados especiais cíveis?

A instauração dos juizados especiais se deu no início da dec. 80³⁰ e representou grande avanço na promoção do acesso à justiça com a sua constitucionalização no art.98, CRFB/88. A inspiração veio das *small claims courts* do direito anglo-americano e teve dois objetivos principais: a facilitação de acesso à justiça para causas de menor complexidade, que muitas vezes se tornavam inviáveis pelo custo da justiça e morosidade dos procedimentos comuns, e o alívio do acervo de processos dos tribunais³¹. Trata-se da implantação de uma jurisdição mais informal, eminentemente participativa, mais célere e amplamente acessível³².

Neste viés, o procedimento é simplificado pelo afastamento de atos mais morosos, como, por exemplo, a produção de provas complexas ou o recurso de decisões interlocutórias. Com vistas a evitar que a tutela jurisdicional ou a defesa fossem prejudicadas, apenas causas de menor complexidade e de valor de até 40 salários-mínimos foram submetidas à competência dessas cortes de pequenas causas pelo art.3º, *caput* e I, Lei n. 9.099/95³³.

Ocorre que, segundo esse critério objetivo de fixação de competência jurisdicional, o art.98, I, CRFB/88 não é cumprido em sua plenitude³⁴. Conforme a Carta Magna prevê, os juizados especiais devem servir ao julgamento de causas de menor complexidade. Não há fixação de valores ou outros critérios fixos para a definição da amplitude de sua jurisdição. Nesse contexto, cabe apenas à doutrina e à jurisprudência a definição casuística das ações que podem ou não ser julgadas pelo rito sumaríssimo. Em momento nenhum a Constituição

29 Vide nota 24.

30 BRASIL. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1989/L7244.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

31 GRECO, Leonardo. *Justiças de Processo Civil: processo de conhecimento*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.442.

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Justiças de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v.III, p.303.

33 BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

34 GRECO. *op. cit.* p.444.



admite uma limitação ainda maior ao acesso à justiça nos juizados de pequenas causas.

Não obstante a limitação legal, ainda assim, foi necessário que a doutrina elaborasse o conceito de “causas de menor complexidade”. O Enunciado n. 54 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE³⁵, definiu que a menor complexidade diz respeito ao objeto da prova e não ao direito material. Ou seja, majoritariamente entende-se que a causa de menor complexidade é aquela que não exige a produção de provas complexas durante o procedimento, como e.g. perícias.

Diante disso, é possível imaginar que muitas causas em valores superiores a 40 salários-mínimos (equivalentes hoje a R\$37.480)³⁶ e nenhuma complexidade são sujeitas a ritos mais longos apenas pelo seu valor. O problema é especialmente sensível em ações de repetição de indébito cujos réus são instituições financeiras ou empresas de telefonia. Basta que se imagine a não incomum prática de descontos indevidos nas contas de seus clientes, cuja monta atinge mais que R\$18.740,00. Pela previsão do art.42, parágrafo único do CDC³⁷, o valor deverá ser devolvido em dobro, e por este motivo, não poderá mais ser julgado por um juizado especial cível, haja vista a superação do valor de causa mínimo.

A evolução do acesso à justiça, segundo a doutrina, busca celeridade e a abertura das portas da jurisdição ao cidadão, sem custos, dispensando-se até mesmo a representação por advogado. O que se pretende alcançar é a pacificação social mais do que a imposição da lei. A simplicidade dos julgamentos por juizes leigos e a evolução da conciliação e mediação são um passo prévio para possibilidade de julgamento por pessoas eleitas pela sua própria comunidade, como já ocorre nos países de cultura anglo-saxã³⁸.

Neste cenário de informalidade e solução pacífica de conflitos, vê-se que o objetivo maior é a promoção da garantia fundamental de acesso ao judiciário e de celeridade nos processos (art.5º, XXXV e LXXVIII, CRFB/88). Seria possível ao Congresso Nacional, pois, limitar o provimento de tais garantias pelos estados?

A resposta deve ser negativa. Isto, pois, conforme o entendimento do STF na ADI n. 2.922/RJ³⁹, a liberdade de definir regras especiais de procedimento prevalece sobre a lei federal, mesmo que estas tangenciem a competência privativa sobre processo civil. Como

35 FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – FONAJE. Enunciado Cível n. 54. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/amerjodotst/br/estudoaberto/estudoaberto-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civis/>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

36 BRASIL. Lei n. 13.153 de 29 de julho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13153.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

37 _____. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

38 GEBECQ, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual Civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.4.

39 Vide nota 24.



visto, a Suprema Corte vem privilegiando o princípio da máxima eficácia da Constituição em detrimento do princípio da correção funcional, sob o argumento de que são salutares experiências legislativas de cada ente da federação. Assim, eventualmente, serão criados institutos jurídicos de grande valia para o Direito, desde que, contudo, isto não viole direitos fundamentais dos cidadãos de outros entes.

Pelo princípio da concordância prática, também seria possível admitir que os estados aumentassem ou diminuíssem os critérios de acesso aos juizados especiais cíveis. Para tanto, basta que se entendam tais inovações como o preenchimento de lacunas legislativas da União, que devem permanecer em vigor – assim como a lei paulista de proibição do amianto – até que o Congresso Nacional aprecie crie a sua própria norma, a qual revogará a lei estadual, e ao mesmo tempo, passará a valer para todos os entes. Trata-se de medida adequada, pois o desenvolvimento de novas técnicas processuais e procedimentais poderá ampliar as garantias referentes à jurisdição; necessária, pois se vê que a imposição de critérios únicos pela União pode resultar no problema do sapato de tamanho único; e por fim, é medida proporcional, pois não há ônus nenhum aos demais cidadãos do país com a possibilidade de um maior acesso à justiça num estado específico em relação aos demais.

Sob o ponto de vista dessa argumentação, é possível interpretar o art. 24, X e XI, CRFB/88, como aptos a fundamentar a iniciativa de os Estados-Membros elaborarem as regras de seus próprios juizados especiais cíveis para além da Lei n. 9.099/95. E diga-se, sem que esta elaboração seja limitada por normas gerais federais, já que o STF vê os estados nesta questão como “laboratórios legislativos”.

Portanto, conclui-se que, ao Estado do Rio de Janeiro, é possível editar lei para aumentar o limite do valor das causas de competência de seus juizados, ou até mesmo excluir esse limite por completo, tendo em vista que a Constituição não faz tais limitações objetivas. Conseqüentemente, o tribunal fluminense e as cortes superiores veriam uma redução no número de processos para seu julgamento, liberando-os para discussões aprofundadas de causas mais complexas de maior relevância. Simultaneamente, os cidadãos fluminenses poderiam ver suas causas de menor complexidade resolvidas com maior celeridade, sem altos custos e de uma maneira informal, que mais se aproxima da comunidade e promove a participação democrática de todos.



CONCLUSÃO



Ao longo da presente pesquisa, buscou-se demonstrar que a fixação estrita de competências legislativas privativas da União causa prejuízo aos cidadãos e seus direitos e garantias fundamentais, dentro da comunidade em que vivem.

Vin-se que, além desse defeito estrutural do Brasil, há também insegurança jurídica vivenciada na Federação, em especial, para os Estados-Membros, os quais, dotados de competência legislativa residual, têm inúmeras leis declaradas inconstitucionais pelo STF.

Em seguida, buscou-se definir quais são os critérios utilizados pelo STF para decidir os limites da atividade legislante na Federação. Já em poucos acórdãos analisados observou-se que a Suprema Corte não possui critérios objetivos aferíveis logicamente pelo jurista e, principalmente pelo legislador estadual. Por conta disto, verificou-se que as comunidades estaduais perdem em eficiência na proteção de direitos e garantias fundamentais pela inércia do Congresso Nacional em modernizar a legislação e pelo desperdício de tempo e capital político das Assembleias Legislativas para promulgar leis sem ter a certeza de sua constitucionalidade.

Diante dessa insegurança, foi possível verificar que o STF chega a declarar formalmente inconstitucional por violação ao pacto federativo leis estaduais que promovem e aplicam de forma mais eficaz os valores da Constituição da República do que as leis federais editadas pelo Congresso.

Nesse sentido, pela análise de julgamentos paradigmáticos tomados por exemplo, viu-se que não há jurisprudência sobre a matéria. A Suprema Corte aplicou conclusões diversas a casos essencialmente idênticos. Para leis estaduais que garantiam a eficácia de direitos e garantias fundamentais como segurança, saúde e liberdade de autodeterminação das comunidades estaduais, o STF, ocasionalmente, profere decisões de inconstitucionalidade em apego estrito à forma e em abandono à constitucionalidade substancial; e em outros casos entende que é salutar o desenvolvimento normativo estadual para a própria União, independentemente do Congresso Nacional.

Nesse cenário, propôs-se a aplicação geral dos fundamentos usados pelo STF para declarar constitucional a Lei Estadual n. 1.504/89 do Estado do Rio de Janeiro e para indeferir a medida liminar de suspensão da eficácia da Lei Estadual n. 12.684/07 do Estado de São Paulo, a fim de declarar constitucional, por sua substância de defesa dos direitos e garantias fundamentais, leis que invadam competências privativas da União, desde que não



prejudiquem a Federação como um todo.

Como exemplo desta importante questão, foi analisada a possibilidade de modificação dos critérios de competência em razão do valor para o ajuizamento de ações nos juizados especiais cíveis pelos Estados-Membros. Com isto em mente, concluiu-se que o próprio sistema constitucional prevê que os estados possam legislar sobre qualquer matéria a fim de aprimorar o disposto em leis federais ou até mesmo de suprir lacunas, desde que tais leis tenham por objetivo o desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º, CRFB/88 e não causem prejuízos excessivos aos demais entes.

Com apoio em todas essas questões, observou-se que é possível ao Estado-Membro legislar sobre os critérios de competência em razão do valor da causa para o ajuizamento de ações nos juizados especiais cíveis, pois tal disciplina ampliaria o acesso à justiça para ações que não exigem uma complexa instrução probatória, mas superam os atuais 40 salários-mínimos fixados pela Lei n. 9.099/95. E, para além disso, é possível questionar até que ponto a centralização do Poder na União é vantajosa para o bem comum das pessoas: finalidade única do próprio conceito de Estado.



REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, apud MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOOTLE, Roger. Three reasons why Britain needs brexit. *The Telegraph*, 1º nov. 2015. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/finance/comment/11968813/Three-reasons-why-Britain-needs-Brexit.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 2848 de 7 de setembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Decreto n. 126 de 22 de maio de 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0126.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Lei n. 13.152 de 29 de julho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13152.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>> Acesso em 17 abr. 2017..

_____. ADI n. 874/BA. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619718>>. Acesso em 3 mar. 2017.

_____. ADI n. 2.922/RJ. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7014245>>. Acesso em



3 mar. 2017.

_____. ADI n. 3.251. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491154>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. ADI n. 3.625. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=592516>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. ADI n. 3.710. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443448>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. ADI 3937-MC/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em 03 mar. 2017.

_____. SL n. 1.024. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=164&dataPublicacaoDj=05/08/2016&incidente=5025453&codCapitulo=6&numMateria=128&codMateria=10>>. Acesso em 17 abr. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2009.

FÓRUM NACIONAL DOS JUÍZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – FONAJE. Enunciado Civil n. 54. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/corregedoria/cnj/redescolbindo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual Civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.4.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Sobre a UE*. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt>. Acesso em: 10 out. 2016.



A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Gabriela Pisani Medina

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogada.

Resumo: O trabalho analisa a sucessão do cônjuge em concorrência com descendentes, a partir do art. 1829, I, CC. Amparado na jurisprudência e na doutrina especializada demonstra que a posição do cônjuge é instável e depende do regime de bens selecionado para o matrimônio. E, que, nem mesmo no regime de bens legal há uniformidade de tratamento uma vez que o companheiro herda bens adquiridos onerosamente na constância da vida comum e o cônjuge bens particulares. Por fim, buscará demonstrar que a jurisprudência ainda não pacificou a questão e que caberá ao juiz do caso concreto a solução do conflito.

Palavras-chave – Direito das sucessões. Sucessão do Cônjuge. Regime de bens. Sucessão do Companheiro. Posição dos Tribunais Superiores.

Sumário – Introdução. 1. A sucessão do cônjuge: uma comparação entre o código civil de 1916 e o de 2002. 2. O regime de bens e a sua repercussão quando da abertura da sucessão. 3. O planejamento sucessório como alternativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar a sucessão do cônjuge quando em concorrência com descendentes fazendo uma abordagem crítica da novidade legislativa trazida pelo inciso I, do art. 1829 do Código Civil e as suas repercussões práticas. Para tanto, sempre com base nos os argumentos da doutrina especializada e na análise da jurisprudência preponderante a respeito da matéria, o objetivo é debater o direito das sucessões e a ordem de vocação hereditária vigente.

Para tanto, é demonstrado que a proposta inicial do legislador de proteger o direito sucessório do cônjuge nem sempre foi exitosa. Porque o direito de concorrência, inaugurado com o Código Civil de 2002, alçou o cônjuge sobrevivente à posição de herdeiros necessários, mas a redação pouco direta e clara do inciso I, do art. 1829, levou à interpretações e aplicações que vulneram, em alguns casos, o mesmo cônjuge. Isso porque o regime de bens eleito com o casamento, com o novo diploma civil, influencia a partilha dos bens na sucessão causa morte.

No primeiro capítulo, é analisada a nova ordem de vocação hereditária trazida pelo Código Civil de 2002. Inovação que elevou o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro. A ideia, por meio de um estudo comparativo entre o Código vigente e do de 1916, é demonstrar



que o legislador infraconstitucional ao trazer o direito de concorrência para a sucessão provocou mais dúvidas do que certezas entre os estudiosos do tema. Divergências que se refletem na jurisprudência e que dispararam o alarme da insegurança jurídica no convívio diário entre as pessoas que optaram por uma vida em comum.

O segundo capítulo deste trabalho vai desenvolver as divergências apontadas pela doutrina especializada quanto à sucessão do cônjuge em concorrência com descendentes. As teses abordadas têm como ponto de partida o regime de bens eleito quando da celebração do casamento. E demonstram que o regime de bens tem efeitos também na abertura da sucessão, seja no direito de meação ou no direito à herança.

O capítulo terceiro aborda o tema sob a ótica dos tribunais e aponta o planejamento sucessório como uma alternativa para evitar conflitos pós morte.

Assim, a conclusão que se pretende chegar, ao final do artigo, é que o inciso I, do art. 1829, I, do Código Civil trouxe mais incertezas do que segurança. E, sem sombra de dúvidas, pode-se afirmar que até o momento nenhuma decisão judicial, tampouco uma tese doutrinária pode ser apontada como a solução definitiva para os problemas enfrentados nesse estudo.

1. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DE 2002

A sucessão do cônjuge ganhou grande relevo com o advento do Código Civil de 2002. Erigido à posição de herdeiro necessário pelo artigo 1845¹, o grande debate da doutrina e da jurisprudência ocorre nos limites do artigo 1829, I². Com sua dicação duvidosa, o citado dispositivo, ao contrário de consolidar direitos ao cônjuge sobrevivente, trouxe dúvidas.

A par da manutenção de institutos consagrados como a capacidade para herdar, a classificação dos herdeiros, a diferença entre legítima e disponível, o título da sucessão (universal ou singular), o direito da sucessão, fundado no princípio da transferência automática da herança (direito de *saisine*), foi modificado com o advento do direito de concorrência.

Pontes de Miranda³ já nos ensinava que a sucessão tinha que atender a um de dois elementos essenciais porque há, sempre, que haver sucessão no patrimônio deixado pelo *de*

¹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.

² *Ibidem*.

³ DE MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo LV. Rio de Janeiro: Borsari, 1968, p. 201.



cujo. Assim, em toda sucessão deve estar presente ou o vínculo familiar ou o vínculo estatal. Sucessão legítima ou sucessão testamentária. O autor do Tratado de Direito Privado afirma que o primeiro elemento – o vínculo familiar – sofre certas limitações porque

há herdeiros necessários, que se põem como elementos limitativos da manifestabilidade da vontade, e pois, antes dos herdeiros testamentários; e há os herdeiros legítimos, não-necessários, que só são chamados à herança se não há os testamentários para toda ela.

Portanto, já no Código Civil de 1916⁴, a ordem de sucessão hereditária mostrava-se relevante e influenciadora da própria sucessão. Nesse sentido, na vigência do antigo estatuto civil, o cônjuge ocupava terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes, podendo ser afastado da sucessão por força de testamento. Era, portanto, um herdeiro facultativo, conforme o artigo 1611⁵. Ou, nas palavras de Pontes de Miranda⁶, um herdeiro legítimo não necessário: “se o *de cujo* não tem sobreviventes, nem ascendentes, que herdem, ao cônjuge sobrevivente vai a herança”. Nos lembra, ainda, o autor que, na vigência do Código Civil de 1916, o regime de bens adotado para o matrimônio não tinha o condão de influenciar a sucessão do cônjuge porque à mulher era garantido o direito à meação:

o cônjuge, se não houver depois, nem divórcio, herda, qualquer que seja o regime, se não há herdeiros necessários, nem testamento que exclua a herança. Se não há cônjuge com tais pressupostos, ou, se o há, foi excluído por indignidade, herdam os colaterais⁷.

No entanto, diante das mudanças nos comportamentos sociais, a legislação alienígena dava os primeiros sinais de que seria necessário dar maior proteção à mulher viúva. Como demonstra o trecho abaixo, de autoria de Arnold Wald⁸, a preocupação do legislador era melhorar a posição da mulher na sucessão. Mas, no Brasil, como o regime de bens adotado não influenciava a partilha da herança, essa questão não recebeu a atenção devida:

a tendência do Direito contemporâneo no sentido de fortalecer os laços de família *in re proprio*, ao mesmo tempo que os efeitos do parentesco fora desta família vão-se afirmando, determinou que, nas reformas legislativas, melhorasse-se a situação da mulher na ordem de vocação sucessória. Assim, certas legislações, na hipótese de existir ascendentes, dividem a herança entre ascendente e cônjuge. No Brasil, o problema não tinha merecido muita atenção por parte do legislador, por se geral e supletivamente o da mudança o regime de bens adotado, de modo que a mulher, em qualquer hipótese, mesmo concorrendo com descendentes ou ascendentes,

⁴ BRASIL. Lei n. 30171, de 1.º de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 08 mai.2017.

⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

⁶ DE MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo LV. Rio de Janeiro: Borsari, 1968, p. 226.

⁷ *Ibid.*, p. 240

⁸ WALD, Arnold. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 70/71.



recebe a metade do patrimônio familiar a título de meação, como se sempre lhe tivesse pertencido e constituído como que a corporificação e a concretização daquela fração ideal a que tinha direito na comunhão existente durante a vigência da sociedade conjugal.

Mas, com o advento do estatuto da mulher casada⁹, a mulher foi devolvida a plena capacidade, passando, como ensina Maria Berenice Dias¹⁰, “à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal”. Passou a ter o direito a guarda dos filhos menores, e foi instituído o que se convencionou chamar de bens reservados. Eram bens que não poderiam responder pelas dívidas do marido porque representavam um patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho.

Diante desses novos direitos, o legislador infraconstitucional foi obrigado a dar nova redação ao art. 1611, do Código Civil de 1916. Os parágrafos passaram a estabelecer regras especiais de sucessão, já que a geral determinava, no *casus*, que, na ausência de descendentes e de ascendentes, herdaria o cônjuge.

Com isso, além de a meação do cônjuge sobrevivente ter sido resguardada, nos regimes em que não havia tal proteção, ao cônjuge foram conferidos outros direitos. O usufruto vitalício, que não existe mais na vigência no Código Civil de 2002, e era discriminado no art. 1611, §1º, Código Civil de 1916, se extinguiu tão somente pela morte do seu titular ou pela celebração de novas núpcias. E o direito real de habitação (art. 1611, §2º) ao imóvel do casal. Essa garantia era reconhecida sobre o único bem imóvel destinado à residência familiar, inclusive, no regime da comunhão universal, e permanece no novo código.

Não foi só a Lei nº 4121/62¹¹ que repercutiu na codificação civil. A lei do divórcio de 1977¹² alterou o regime legal de bens para o da comunhão parcial provocando alteração na redação do art. 258, do Código Civil. Com isso, não era mais possível ignorar que a escolha do regime de bens quando da celebração do matrimônio impactaria o momento da sucessão.

Citando Miguel Reale, Maria Berenice Dias¹³ afirma que, com a mudança do regime legal de bens, o cônjuge ficou designado no momento da sucessão:

antes do advento da Lei do Divórcio, o regime legal era o da comunhão universal de bens, e o cônjuge sobrevivente fazia jus à metade de todo o acervo sucessório a título de meação. Com a mudança, o regime de bens passou a ser o da comunhão

⁹ BRASIL. Lei n. 4121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 08 mai. 2017.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. Disponível em: <[http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/jsp/\(cod2_726\)18_a_mulher_no_codigo_civil.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/jsp/(cod2_726)18_a_mulher_no_codigo_civil.pdf)>. Acesso em: 08 mai. 2017.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹² BRASIL. Lei n. 6515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017.

¹³ REALE apud DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158-159.



parcial, em que a meação se limita aos aquestos. Mesmo havendo direito de usufruto, a exclusão do viúvo poderia deixá-lo em situação de sporo se não existissem bens comuns, eis que toda a herança destinava-se aos descendentes ou ascendentes.

Na vigência do Código Civil de 1916, Arnoldo Wald¹⁴, por sua vez, apresenta em seu manual uma discussão que ilustra os efeitos do regime de bens na partilha em razão da sucessão causa morte. Discutia-se, então, nos idos da década de 70, se no regime da separação obrigatória, a separação de bens deveria ser considerada absoluta ou parcial. Isso porque a separação obrigatória visava a proteção da pessoa do filho quando o homem desquitado envolvia novas núpcias.

A solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal para pacificar a questão foi concluir que o regime da separação obrigatória dos bens tocava, tão somente, aos bens adquiridos anteriormente à celebração do casamento. Porque os Ministros não poderiam, em favor da letra fria da lei, deixar de reconhecer direitos à nova esposa que concorrem na aquisição do patrimônio comum¹⁵. Esse é o teor da súmula 377¹⁶, ainda vigente.

É de se observar, portanto, que as divergências quanto aos efeitos do regime de bens na sucessão do cônjuge não são recentes. O novo código acrescentou outras. Especialmente porque, juntamente com a nova posição de herdeiro necessário do cônjuge veio o direito de concorrência. Para Maria Berenice Dias¹⁷, a maior novidade do novo código:

Mas a novidade maior é a introdução de um novo instituto: o direito do cônjuge e do companheiro, ainda que em situações díspares, de concorrerem com os herdeiros descendentes ou ascendentes. Esurge um estado condominial do cônjuge e companheiro sobreviventes com os herdeiros em graus anteriores, figura até então inexistente e que tem grande dúvida e insegurança.

Direito de concorrer que está atrelado ao regime de bens do casamento e que tem como ponto nevrálgico a concorrência com os descendentes, na forma do art. 1829, I, do Código Civil.

¹⁴ WALD, op. cit., p. 70/71, nota II.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 8984. Relator: Ministro Humberto Guimarães. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31532>>. Acesso em 09 de maio de 2017.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portalfurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28%2B377%2BNUMERO%28%29%29+NAO+S%28FLSV%2B&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/jutan4a>>. Acesso em: 8 mai. 2017.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Filhos, bens e amor não combinam! Ou a concorrência sucessória*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/comrgerfartq{cod2_7E2}3_filhos_bens_e_amor_nao_combinam.pdf>.

Acesso em: 10 mai. 2017.



Há quem, diante da redação do referido artigo, inclua o cônjuge em uma nova categoria de herdeiro. É o caso de Cláudia Nogueira¹⁸, para quem ele é herdeiro necessário especial porque "concorrendo com os descendentes do falecido ele pode ou não suceder, dependendo do regime de bens. (...) Concorrendo com os ascendentes, ele é herdeiro necessário clássico, pois sempre sucede."

Maria Berenice afirma que ao cristalizar na lei este entendimento, a inovação trazida pelo Código Civil mostrou-se desastrosa. À parte as críticas quanto aos efeitos maléficos para o casamento, e ao surgimento do amor líquido¹⁹, a autora afirma que o instituto da concorrência privilegia o cônjuge em detrimento dos descendentes em um cenário de falecimentos das relações afetivas. A concorrência sucessória, segundo a magistrada gaúcha, coloca no mesmo plano duas gerações provocando disputa entre diferentes status afetivos e ignorando o que deveria ser um dos pilares dos relacionamentos, a construção de um patrimônio em comum²⁰.

A inovação legal, para a autora, elevou o cônjuge a uma posição em muito privilegiada e, também, anulou a autonomia da vontade porque, a escolha do regime de bens em vida, repercute de forma diversa quando da morte já que o cônjuge herda ou não parcela da herança a depender do regime de bens escolhido pelo casal em vida.

Em posição distinta, Francisco Cahali²¹ entende que as mudanças legislativas foram uma evolução positiva para a posição do cônjuge, mas não se omite nas críticas quanto a ausência de técnica legislativa do art. 1829, CC:

Assim cabe, na abrangência desta obra, apenas destacar a existência de interpretações diversas sobre a participação do viúvo na sucessão do falecido: sobre toda a herança (meação e bens particulares), ou somente sobre o patrimônio incommunicável, e, ainda, se herdará bens particulares, se existentes, mesmo se casado no regime da comunhão universal.

Sob outro ângulo, o Código Civil cria um direito sucessório entre os cônjuges de forma não recíproca, pois, no regime da comunhão parcial, um herda do outro se este possuir bens particulares, mas, se aquele primeiro não tiver patrimônio próprio, o segundo será privado da convocação.

Não podemos aplaudir a exagerada casuística introduzida no condicionar uma contingência fática – existência de bens particulares – à convocação do herdeiro. Mas foi esta a regra proposta pelo legislador.

¹⁸ NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. *Direito das sucessões: comentários à parte geral e à sucessão legítima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105.

¹⁹ Expressão cunhada por Zygmunt Bauman para explicar as relações afetivas atuais: "fragilidade dos vínculos humanos, o sentimento de insegurança, desejos conflitantes de apertar os laços e ao mesmo tempo de mantê-los finitos. Os relacionamentos são bênçãos ambíguas: o amor é líquido, oscila entre o sonho e o pesadelo, e não há como determinar quando um se transforma em outro" apud DIAS, Maria Berenice. *Momentos das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 159.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Momentos das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 159.

²¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Gisella Maria Fernandes Novais. *Direito das Sucessões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 169.



Percebe-se que o ponto de convergência entre as diferentes correntes de pensamento apresentados é a crítica à redação do dispositivo legal. Passados 14 anos, essas críticas não cessaram e, agora, são dirigidas às decisões judiciais porque cabe ao magistrado encontrar a única solução possível ao conflito no caso concreto.

2. O REGIME DE BENS E A SUA REPERCUSSÃO QUANDO DA ABERTURA DA SUCESSÃO

O casamento eficaz produz uma série de efeitos nas relações sociais, pessoais e econômicas entre os cônjuges, entre estes e seus filhos e entre os cônjuges e terceiros. Os efeitos que interessam a este estudo são os patrimoniais porque afetam o regime de bens selecionado para o casamento e, conseqüentemente, a sucessão aberta.

Nesse sentido, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves²², regime de bens é

o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

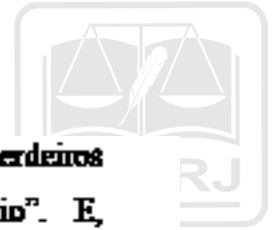
O Código Civil de 2002 regulamentou, assim, quatro espécies de regimes de bens: i) comunhão universal; ii) separação obrigatória e convencional; iii) comunhão parcial; e iv) participação final nos aquestos. Franqueou aos cônjuges ampla liberdade de escolha, privilegiando o princípio da autonomia da vontade. Podem tanto optar por um dos regimes positivados, quanto criar as suas próprias regras desde que respeitados os limites impostos pela própria lei, como os impedimentos previstos no art. 1633, e materializado em um instrumento negocial chamado de pacto antenupcial, na forma do art. 1653 e seguinte do Código Civil.

Mas é exatamente o regime de bens selecionado que, combinado com a redação do inciso I, do art. 1829, Código Civil, causa perplexidade. Não se sabe, pela simples leitura do dispositivo, quando o cônjuge sobrevivente é herdeiro e em qual regime, já que ele é herdeiro necessário especial²³.

Certo é que, na qualidade de cônjuge-viúvo, o consorte supérstite apresenta-se ao processo de inventário seja para preservar a sua meação ou para exercer o direito real de

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 8. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 391.

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.



habitação. Como afirma Francisco José Cahali²⁴, ele só “assume a qualidade de herdeiros quando convocado como tal, exercendo, aí sim, a titularidade do direito hereditário”. E, ainda, para ter a qualidade de herdeiro é indispensável a verificação da manutenção do casamento de fato e de direito.

Não há dúvida que o cônjuge sobrevivente não concorre na herança juntamente com os descendentes quando o regime de bens do casamento for o da comunhão universal (art. 1667, CC); e no da separação obrigatória (art. 1641), o consorte sobrevivo não tem a qualidade de herdeiro. O mesmo ocorre no regime da comunhão parcial (art. 1658, CC), quando o falecido não deixou bens particulares.

Por outro lado, a interpretação segundo a qual quando o regime de bens for o da comunhão parcial com bens particulares deixados pelo *de cujus*, na participação final nos aquestos e no regime da separação convencional ele é herdeiro concorrendo com os descendentes causa algum desconforto.

Para Maria Berenice Dias²⁵, de fato, as críticas começam naquele ponto em que não há discordância na doutrina. No regime da separação obrigatória, se o objetivo do legislador era proteger o consorte sobrevivente, há uma incoerência afastar o cônjuge sobrevivente:

Na dicção fria da lei, o consorte sobrevivente nada recebe, sequer a menção dos bens adquiridos durante a vida em comum. O viúvo, simplesmente por ser ou haver se casado com um senogenário, fica sem nada, independentemente de existir bens particulares ou de haver contribuído na aquisição de patrimônio durante a existência do casamento.

No entanto, assim quis a lei. Outra divergência recai sobre o regime da separação convencional. Miguel Reale diz que a obrigatoriedade da separação de bens decorre do próprio pacto antenupcial que elegem o referido regime. Para o autor, a expressão “separação obrigatória” do art. 1829, I, não se refere, exclusivamente ao regime do art. 1641:

Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que – se o cônjuge casado no regime da separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança – estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1667, sem o qual desapareceria todo o regime da separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1829, inc. I.

O entendimento acima foi esposado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁶ em um primeiro momento. O argumento fundamental era o mesmo, não poderia o intérprete alçar o

²⁴ CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Filhos, bens e amor não combinam! Ou a concorrência sucessória*. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg{cod2_7E2}3_filhos_bens_e_amor_nao_combinam.pdf>.

Acesso em: 10 mai 2017.



cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário quando nem a lei, nem a vontade das partes em vida era nesse sentido. O STJ até 2014 sustentava o respeito às disposições de vontade dos cônjuges em vida porque poderiam ter modificado o pacto, mas não o fizeram, apontando que o interesse era que aquele patrimônio não fosse partilhado.

No entanto, em 2014, a mesma Terceira Turma proferiu voto em sentido diametralmente oposto. Da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva²⁷, a decisão conferiu nova interpretação ao inciso I, do art. 1829, acolhendo o concurso hereditário na separação convencional. Sob o argumento de que “o fato gerador do direito sucessório é a morte”, os ministros afastaram a vontade manifestada pelos cônjuges em vida e, à luz do princípio da especialidade, deferiram a partilha de bens particulares ao cônjuge sobrevivente.

Esta não é a única prova de que a letra da lei não favorece o intérprete. Mesmo no regime da comunhão universal, cuja interpretação sempre foi harmoniosa, Maria Berenice Dias²⁸ formula críticas à exclusão do cônjuge sobrevivente quando inexistentes bens particulares.

Importante resfimar que no regime do art. 1667, do Código Civil de 2002, o cônjuge viúvo tem direito de meação sobre todo o patrimônio amealhado. Isso quer dizer que se inclui no acervo dos cônjuges tanto o patrimônio adquirido na constância do vínculo conjugal, quanto os bens particulares. Com a morte de um dos cônjuges, a meação que lhe caberia é partilhada apenas entre os seus descendentes.

Esta foi a posição consolidada. O cônjuge supérstite é excluído da concorrência hereditária, a não ser que existam bens particulares. Interpretação que se harmoniza com a intenção do legislador de garantir que o cônjuge viúvo não fique desamparado e evitar uma preponderância dos interesses deste, de forma desproporcional e excessiva em relação aos demais herdeiros.

Mas Maria Berenice Dias faz um alerta²⁹. A doutrinadora gaúcha lembra que, mesmo no regime da comunhão universal, há bens que não se comunicam, por força da regra do art. 1668, Código Civil. E, nem nessas hipóteses legais, o cônjuge supérstite é herdeiro. Logo, a interpretação, para ela, deverá sofrer temperamentos diante do caso concreto.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.729/MS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=992745&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&&=ACOR&&thesaurus=JURIDICO&=false. Acesso em: 09 mai. 2017.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1472945. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1472945&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLET&&=ACOR&&thesaurus=JURIDICO&=false. Acesso em: 09 mai. 2017.

²⁹ Dias, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.180.

³⁰ *Ibid.*, p. 177.



Outra demonstração de que o legislador caminhou mal foi ao conferir direito sucessório recíproco ao cônjuge casado no regime da participação final dos aquestos. Ao mesmo tempo em que diz que no regime da comunhão parcial, não há reciprocidade sucessória na medida em que o cônjuge só herda parcela referente aos bens particulares do falecido.

De acordo com Francisco José Cahali³⁰, é uma situação inadequada “pois o regime da participação final dos aquestos tem características similares às do regime da comunhão parcial”. Os dois diferenciam-se, na verdade, na fase de liquidação do patrimônio quando há que se fazer a prestação de contas prevista no art. 1674 e seguintes do Código Civil. Por isso, sustentável, para o autor, aplicar o mesmo tratamento da comunhão parcial.

Por fim, resta analisar a problemática da sucessão no regime da comunhão parcial, que na ausência de pacto, vigora imediatamente. Previsto no art. 1658, a comunhão parcial tem como traço característico a comunhão dos bens adquiridos pelo casal na constância da sociedade conjugal. Excluem-se os bens que cada um dos cônjuges possuía antes de casar ou que adquiriram por causa alheia ao casamento, na forma do art. 1659³¹.

Fundado no princípio da solidariedade, o regime da comunhão parcial corresponde a um ideal de relacionamento patrimonial. As pessoas unem-se em casamento porque têm interesses comuns e desejam partilhar o fruto de suas conquistas pessoais com aqueles que integram o seu núcleo familiar. Na perseguição desse objetivo comum, os cônjuges podem amear três diferentes espécies patrimoniais: a) os bens particulares de um; b) os bens particulares do outro; c) e os bens comuns. E, especialmente, em razão dessa variedade de bens, as críticas à ausência de técnica do art. 1829, I, Código Civil. Maria Berenice Dias³² diz que

se a intenção foi excluir o direito de concorrência quando o sobrevivente recebe meação, a exceção deveria levar em conta a existência ou não de bens comuns e não a existência ou não de bens particulares.

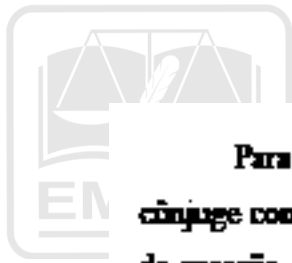
A autora pondera, ainda, que o direito de concorrência visa evitar que o cônjuge fique sem meios de sobreviver. Entendendo que seria mais benéfico contemplá-lo com o direito de concorrência em todas as hipóteses que o cônjuge nada receberia, fosse em razão do regime de bens ou pela ausência de patrimônio em comum³³.

³⁰ CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170.

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

³² Dias, Maria Berenice. *Mémosa das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 178

³³ *Ibid.*, 178.



Para demonstrar que o tema é conflitante, Maria Helena Diniz³⁴, defende que o cônjuge concorre sobre todo o patrimônio, inclusive sobre aqueles bens que já tenha o direito de meação. Já Giselda Hirunaka³⁵ é partidária da tese segundo a qual o cônjuge só tem a qualidade de herdeiro quanto aos bens particulares do falecido (posição adotada pelo STJ, como se verá no próximo capítulo).

Maria Berenice Dias³⁶, defende a interpretação do dispositivo dentro do sistema legal, ao invés de se prestigiar o tecnicismo e a interpretação puramente gramatical. Com isso, seria preservada tanto a manifestação da vontade do cônjuge em vida, quanto protegido o direito de meação do sobrevivente, para culminar na defesa do patrimônio a ser herdado pelo filho.

A autora³⁷ pondera que os nubentes, ao elegerem o regime da comunhão parcial optaram por garantir a propriedade exclusiva dos bens particulares havidos antes do casamento e aqueles recebidos por doação. Assim, esse patrimônio não poderia ir, se não, para os seus descendentes porque, se a sociedade conjugal tivesse sido desfeita em razão da separação ou do divórcio, cada um deles ficaria com a propriedade dos bens particulares e os bens comuns seriam partilhados.

São essas deturpações que nenhuma das interpretações conferidas à regra sucessória são capazes de afastar. Certamente, a solução seria que, em vida, os cônjuges elaborassem pacto antenuptial ou testamento para dar um destino específico a seu patrimônio ou fizessem um planejamento sucessório.

Ou, ainda como sugere Francisco José Cahali³⁸, a lei fosse reformada.

3. O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO COMO ALTERNATIVA

É certo que a disposição dos bens de uma pessoa após a sua morte é preocupação desde Roma antiga. Isso porque morrer sem testamento importava em uma declaração de que

³⁴ DINIZ apud CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 168.

³⁵ HORONAKA apud CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 168.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Ponto Final. Disponível em*: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg\(10d2_785\)2_ponto_final.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg(10d2_785)2_ponto_final.pdf)>. Acesso em: 12 mai. 2017.

³⁷ DIAS, *op.cit.*, nota 36. A autora oferece um exemplo para ilustrar o seu pensamento. Imagine-se que uma pessoa, tendo filhas e bens, casa-se e, durante o matrimônio, recebe a herança de seu pai. Essa pessoa falece. O viúvo, se interpretado a inciso I, do art. 1829, do Código Civil³⁷ do modo proposto, é herdeiro em concorrência com o filho exclusivo do falecido. B herdá parcela dos bens anteriores ao casamento e a mesma parcela referente aos bens recebidos de herança. Se esse viúvo contrai novas núpcias, e morre, seus herdeiros, que nenhuma relação jurídica ou afetiva guardavam com o titular do patrimônio herdado em razão do primeiro casamento, passam a ser, na prática sucessória daquele.

³⁸ CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 169.

morrer sem deixar sucessor, contrariando o culto à sucessão. Nesta linha, a legislação moderna aproximou-se da vontade da sociedade e regrou a disposição patrimonial da sucessão *causa mortis*. No entanto, como vem sendo apontado nesse estudo, a legislação brasileira ao inovar na ordem da vocação hereditária, reforça a ideia do planejamento sucessório. A sucessão legítima, como demonstrado, não atende mais a vontade substancial da população. E o planejamento sucessório é uma medida viável para satisfazer a vontade do falecido porque é um ato que, respeitados os parâmetros legais, não poderá ser modificado nem mesmo pelo Poder Judiciário.

Por essa razão, autores como Jamil Andraus Hanna Bannura³⁹ defendem a estipulação da última vontade do de cujus em testamento. Alega o referido autor que “o sistema sucessório positivado passou a criar regras obscuras e duvidosas em quase todos os seus capítulos, em especial no que se refere à concorrência sucessória”. Adotado o testamento, ou o pacto antenupcial, o titular do acervo patrimonial garante que a sua vontade será respeitada quando do seu falecimento e a transmissão dos bens aos seus herdeiros.

Esta atitude diminuiria a relevância de decisões judiciais sobre a ordem de vocação hereditária. Não se pretende desmerecer ou desacreditar na pacificação dos conflitos por intermédio do Judiciário. Jamais. Mas, como se demonstrará, ainda, quando busca um ponto de convergência, a decisão judicial deixa transparecer o seu caráter casuístico diante da má técnica legislativa.

O exemplo mais evidente é o já referido no capítulo anterior no qual a mesma terceira turma do STJ modificou o seu entendimento consolidado sobre a qualidade de herdeiro do cônjuge no regime da separação convencional. Em 2009⁴⁰, prevalecia a tese de que o cônjuge não era herdeiro e, hoje, a jurisprudência⁴¹ do STJ está consolidada em sentido contrário e o cônjuge sobrevivente é herdeiro no regime da separação convencional quando em concorrência com descendentes dos bens deixados pelo *de cujus*.

Em relação propriamente ao tema que aflige este estudo, a sucessão do cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes, o STJ chegou a um consenso com o julgamento do Recurso Especial nº 1.368.123-SP, em 8.06.2015. Acolheu a tese segundo a

³⁹ BANNURA, Jamil Andraus Hanna. *O uso do testamento como ferramenta de planejamento sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/assis/185.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁴⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 26.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1382171/SP. Relator Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?item=201301311977.RRG>>. Acesso em: 10 mai. 2017.



qual o cônjuge sobrevivente tem a qualidade de herdeiro em relação aos bens particulares deixados pelo *de cujus*⁴².

Observe que o voto condutor do Ministro Sidnei Beneti⁴³ é elemento a mais para justificar a escolha de instrumentos públicos de planejamento da sucessão. Ele justificou a sua decisão a partir de uma breve comparação entre o Código Civil de 1916 e o vigente, e pontuou a ideia de que a alteração da ordem de vocação hereditária seria uma tentativa de favorecer o cônjuge, ao mesmo tempo “beneficiário e construtor da sociedade conjugal”. Mas para evitar uma primazia do cônjuge em relação aos descendentes, o legislador teria imposto, no inciso I, do art. 1.829, CC, a concorrência daquele com os descendentes apenas em relação aos bens particulares do *de cujus*.

O voto consolidado acolheu o pensamento de parcela da doutrina que defendia uma interpretação teleológica do dispositivo na medida em que, quando o legislador optou por excluir o cônjuge sobrevivente da concorrência sucessória, o fez em razão de entender que a mesação dos aquestos era suficiente para ampará-lo no caso da vida.

No entanto, não está imune a críticas porque desconsiderou que os bens particulares poderiam ser economicamente insignificantes se comparados com os bens amealhados durante a vida conjugal. E, ainda, que esse mesmo raciocínio não se aplicaria aos regimes da comunhão final dos aquestos e a união estável, falecendo, portanto, de coerência.

Para Maria Berenice Dias⁴⁴ há ainda mais argumento contrário a tese vencedora. Assim, como registrado pela Ministra Nancy Andrighi⁴⁵ no seu voto divergente, o magistrado não levou em consideração a vontade das partes envolvidas ao elegerem o regime da separação parcial. Isso porque os bens particulares não são partilhados em razão do divórcio e para respeitar a decisão tomada em vida, também não deveriam ser quando da morte:

A escolha do regime de bens feita por ocasião do casamento rege a situação patrimonial do casal durante a vigência do matrimônio e quando de sua dissolução, pela separação, divórcio ou falecimento de um dos consortes. Ocorrendo a morte de um, a identificação do regime de bens serve para sinalar se o cônjuge sobrevivente tem ou não direito à mesação. A depender do regime eleito, o viúvo faz ou não jus à

⁴² O STJ alinhou-se ao enunciado 270, da III Jornada de Direito Civil: Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, a falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (mesação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. Disponível em: <<http://stjletr.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1368123. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCCN/jurisprudencia/toc.jsp?item=201201031033.RBG>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

⁴⁴ DIAS, *op. cit.*, nota 26.

⁴⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 43.



meação; é considerado condômino de todo o patrimônio ou dos bens que foram adquiridos durante o casamento.

Mas esse é o único ponto em comum entre eles porque a autora gaúcha⁴⁶ sustenta que a interpretação do art. 1829, I, do Código Civil, admite o afastamento do direito de concorrência do viúvo se o *de cujus* tinha patrimônio particular:

Assim, aquele que casa com quem possui bens particulares, quando de sua morte, perceberá somente a sua meação. Os herdeiros ficam com a titularidade exclusiva do acervo hereditário, composto pela meação do morto e pelo patrimônio preexistente no casamento. Apesar de todas as críticas a esse raciocínio, que, como dizem, afronta a letra da lei, ele certamente está em consonância com a lógica da vida, pois se harmoniza com a lógica da cadeia sucessória. O sistema legal sempre priorizou os vínculos de parentesco em sede de direito sucessório.

Voltando à questão da autonomia, imagine a hipótese de o falecido ter deixado bens individuais e ter contraído com o esforço do consorte sobrevivente um patrimônio comum. O supérstite concorre com os filhos do casal e herda metade dos bens particulares e, por direito de meação, é titular de cinquenta por cento do patrimônio comum. O cônjuge concorre no patrimônio individual (que foi adquirido com esforço exclusivo do *de cujus*), contrai novas nupcias e vem a falecer. Aquela parcela patrimonial será transferida por direito de sucessão ao novo marido ou esposa, um terceiro em qualquer hipótese, que não mantém nenhuma relação com o *de cujus* ou sem nenhum laço sanguíneo com os seus filhos.

A consequência, segundo Maria Benenice Dias⁴⁷, dessa falta de uniformidade legal, é que quem quiser ter filhos e “pretender que o cônjuge não participe deste acervo, recebendo somente a meação do que venha a ser adquirido depois das nupcias, não tem saída. Simplesmente não pode casar!”.

Mas o pragmatismo não pode reger a vida amorosa. Se o legislador não foi diligente, ou claro no que pretendia reger, a solução está sempre dentro do direito. Jamil Bannura⁴⁸ afirma que o testamento tem múltiplos usos: pode tratar expressamente do direito real de habitação do companheiro; dispor o patrimônio quando a filiação é híbrida; antecipar-se a problemas causados pela união estável de cujo separado de fato do cônjuge sobrevivente, inseminação homóloga, e, especialmente, pode dispor sobre a sucessão do cônjuge em concorrência com descendentes no regime da comunhão parcial existindo ou não bens exclusivos:

⁴⁶ DIAS, *op. cit.*, nota 26.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ BANNURA, *op. cit.*, nota 38.



(...) não há maior tormento na sucessão testamentária atual do que as múltiplas interpretações possíveis das disposições contidas na vocação hereditária e as omissões imperdoáveis no trato de hipóteses vivenciadas diariamente em nossa sociedade. A falta de integração do novo texto legal com a vontade social exigem o planejamento como meio de alterar a intenção do legislador e fazer prevalecer a vontade real do testador.

A disposição de vontade por meio do testamento afasta, inclusive a casuística observada no voto proferido pelo Ministro Sidnei Beneti⁴⁰:

naturalmente que essa solução não está isenta à crítica. Certamente haverá casos concretos em que alguma das outras situações apresentadas se mostrem mais adequadas. A contingência, no entanto, é própria do tema em pauta e talvez seja mesmo insuperável. Nesta sede de recurso especial o que importa é, repita-se, uniformizar a aplicação da lei federal indicando a interpretação que mais adeita ao sistema e que, na generalidade dos casos, produza o resultado mais aceitável.

Importante consignar que, com a finalidade de conferir isonomia às relações sucessórias, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 1790, Código Civil à luz do art. 226, §3º, CRFB. O dispositivo trata da sucessão do companheiro, união que, apesar de sujeita ao regime da comunhão parcial de bens, recebeu tratamento diverso do legislador afrontando, assim, os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da família.

A despeito de ter equiparado o companheiro e o cônjuge, as questões sucessórias não foram resolvidas. Ana Luiza Nevares⁴⁰, vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família, do Instituto Brasileiro de Direito de Família, clama por uma mudança legislativa que deixe claro a posição do cônjuge e do companheiro:

Será que devemos tutelar essas duas entidades, como temos feito hoje?! O cônjuge tem um papel central na concorrência hereditária, pois concorre com seus ascendentes e descendentes, além de ter direito real de habitação em qualquer regime de bens. (...) Acho que a questão que devemos enfrentar agora é a seguinte: saber se devemos estabelecer e analisar uma reforma da lei quanto à sucessão do cônjuge e do companheiro.

Seja por meio de reforma legislativa, ou por interpretação teleológica da lei, pela construção da jurisprudência ou, ainda pela adoção de instrumentos que cristalizem a vontade do falecido, o certo é que os operadores do direito têm depreendido esforços para acolher uma solução harmônica entre os art. 1829, I, e os princípios da dignidade da pessoa humana, da livre manifestação da vontade e da igualdade. E nesse processo, a decisão do Supremo

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1368123. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201201031033.RRG>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

⁴⁰ NEVARES, Ana Luiza. Supremo decide pela inconstitucionalidade do artigo 1790 e pela sua igualdade cônjuge e companheiro. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/0280/Supremo+decide+pele+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790+e+p%C3%A9Se+em+igualdade+c%C3%A9Anjuge+e+companheiro>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

Tribunal Federal, tangencia o papel do cônjuge na sucessão aberta e influenciará as decisões judiciais a partir de agora.

CONCLUSÃO

O art. 1829, I, do Código Civil ainda é um ponto de discórdia passados 14 anos do advento da nova ordem civil. Truncado, pouco claro, com duplicidade de negação, o dispositivo, que pretendia inovar com a ascensão do cônjuge à categoria de herdeiro necessário, acabou por gerar insegurança jurídica.

Por isso a importância da jurisprudência brasileira, cuja função é uniformizar a aplicação da lei, suprir lacunas, conferir à norma interpretação de acordo com os princípios informativos da Carta Constitucional. E nosso legislador originário deixou uma marca. Uma constituição cidadã, cujo norte é a dignidade do indivíduo. Dignidade esta que é consolidada pelo reconhecimento, ainda que à força, de direitos sociais, que veda a discriminação e reconhece as diferentes formas de entidades familiares.

A solução encontrada pelo STJ é o fio condutor que reconhece ao cônjuge sobrevivente a qualidade de herdeiros tão somente quando presentes bens exclusivos do casal. Se ela não satisfaz todas as realidades sociais, que os casais procuram alternativas, entre tantas, o planejamento sucessório, de forma a atender os seus interesses pessoais e proteger da melhor maneira possível tanto os direitos dos filhos, quanto daqueles com os quais escolheram passar a vida.

O que não afasta eventual reforma legislativa, que leve a uma lei que ofereça segurança jurídica ao dizer que ao casar em determinado regime de bens, a sucessão causa morte dar-se-á pelo mesmo regime.

As duas soluções trazem paz. Cabe à sociedade fazer-se escutar.

REFERÊNCIAS

BANNURA, Jamil Andrass Hanna. O uso do testamento como ferramenta de planejamento sucessório. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/mais/185.pdf>. Acesso em: 10 de ago. 2017.

DE MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado – parte especial. Tomo LV. Rio de Janeiro: Editora Bursos, 1968, p. 201.



DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: <[http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_726\)18_a_mulher_no_codigo_civil.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_726)18_a_mulher_no_codigo_civil.pdf)>. Acesso em 08 de maio de 2017.

_____. *Filhos, bens e amor não combinam! Ou a concorrência sucessória*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_782\)3_filhos_bens_e_amor_nao_combinam.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_782)3_filhos_bens_e_amor_nao_combinam.pdf)>. Acesso em: 10 mai 2017.

_____. *Manual das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177

_____. *Ponto Final*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_785\)2_ponto_final.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_785)2_ponto_final.pdf)>. Acesso em: 12 mai 2017.

BRASIL. *Enunciados aprovados III Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/III_Jornada.pdf>. Acesso em: 18 abr 2017.

CAHALI Francisco José; HIRONARAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVARES, Ana Luiza. *Supremo decide pela inconstitucionalidade do artigo 1790 e põe em igualdade cônjuge e companheiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6280/Supremo+decide+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790+e+p%C3%B5e+em+igualdade+c%C3%BAnjuge+e+companheiro>>. Acesso em: 12 mai 2017.

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. *Direito das sucessões - Comentários a parte geral e à sucessão legítima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SUA CONSECUÇÃO NO BRASIL: A PROBLEMÁTICA DA VIABILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UMA CONSTITUIÇÃO MERAMENTE ILUSTRATIVA

Gabriela Soares Cavalcanti

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo: o constitucionalismo latino- americano consiste em um movimento por meio do qual a força se encontra na efetivação dos direitos fundamentais. A constituição brasileira de 1988 elenca diversos direitos fundamentais, em especial no artigo 5º, o problema reside na implementação desses direitos de forma efetiva e válida para a sociedade, o que a torna uma constituição meramente ilustrativa. A essência do trabalho é demonstrar a consecução do constitucionalismo latino americano no direito brasileiro, exemplificando com o estado de coisas inconstitucional.

Palavras-chave: Direito constitucional. Estado Democrático. Direitos Fundamentais.

Sumário: Introdução. 1. Análise tipológica do Constitucionalismo Latino-Americano e a consecução deste no Brasil 2. A dificuldade de implementação dos direitos fundamentais em uma constituição “meramente ilustrativa”. 3. O ECI - estado de coisas inconstitucional-, como instrumento coercitivo de solução das violações reiteradas a direitos fundamentais - ADPF 347 MC / DF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo, de maneira não exarante, abordar questões acerca do novo constitucionalismo latino-americano e como este influenciou o Brasil, bem como abordar a dificuldade de concretização dos direitos fundamentais diante de uma constituição meramente ilustrativa. Para tanto, a partir da metodologia do tipo qualitativa, parte-se de um referencial tipológico e rasamente histórico, no intuito de se analisar essa modalidade de constitucionalismo e de que forma se concretiza em território brasileiro.

A Constituição é o principal instrumento da ordem jurídica dos países ocidentais. As constituições elaboradas após a 2ª Guerra Mundial, como a atual constituição brasileira, que data de 1988, são impregnadas de conteúdos axiológicos com o objetivo de assegurar direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo surge como paradigma do Estado democrático de direito.

As inovações do século XX, o fenômeno da globalização e da utilização de processos democráticos, possibilita a atuação de grupos sociais que eram excluídos das deliberações de



interesse público. Assim, os operadores do direito passaram a observar a diversidade social e cultural existente.

Na América Latina, em razão de movimentos sociais que ocorreram antes da promulgação da atual constituição brasileira, surgiu um movimento denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, que propôs a fundação de um novo Estado: O Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado visando possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no Estado.

No primeiro capítulo será realizada a análise tipológica do constitucionalismo latino americano e de que forma o Brasil foi influenciado por este movimento.

Em seguida, passa-se à análise da constituição brasileira de 1988, que dispõe de diversos dispositivos de ordem a proteger os direitos fundamentais e a dificuldade de implementação desses direitos, caracterizando-se desta forma, uma constituição meramente ilustrativa.

Por fim, será abordada a temática que envolve o estado de coisa inconstitucional e sua importância para efetivação dos direitos fundamentais.

O que se espera do presente trabalho é poder contribuir para o estudo do constitucionalismo latino americano de modo geral, bem como demonstrar que o seu abstratamento no Brasil vem favorecendo a desestagnação dos direitos fundamentais.

1. ANÁLISE TIPOLÓGICA DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A CONSECUÇÃO DESTE NO BRASIL

No início da década de 90, as novas Constituições da América Latina apresentaram-se como uma resposta inovadora à crise constitucional vivenciada à época.

As novas ordens constitucionais são frutos de movimentos populares, ou seja, o povo mostrando o que quer para sua nação e conseqüentemente para ele mesmo. Neste aspecto, leva-se em consideração as discussões e o papel das Assembleias Constituintes na formação de uma Constituição, pois a argumentação não é apenas a estratégia básica de se fazer ciência, mas também uma ferramenta elementar de construção de processos emancipatórios, pois é onde a cidadania se faz presente, se efetiva.

Este movimento tratou de avançar em âmbitos nos quais o constitucionalismo europeu ficou paralisado, uma vez que aquele é pautado na democracia participativa, na vigência dos



direitos sociais e dos demais direitos, a busca de um novo papel da sociedade no Estado e a integração das minorias, que até aquele momento eram marginalizadas.

As constituições são diferentes no ponto em que foram criadas para se encaixar em cada país considerando suas necessidades e peculiaridades, no entanto são semelhantes, pois buscam o mesmo denominador comum, consistente na integração do todo social e na efetividade dos direitos.

Nas palavras de Rubén Martínez Dalman¹

Uma Constituição que esteja à altura do novo constitucionalismo deveria, em primeiro lugar, se basear na participação do povo, que é o que lhe dá legitimidade. Isso significa que a elaboração da proposta de Constituição deve ser redigida por uma Assembleia Constituinte eleita para isso e que deve ser principalmente participativa na hora de receber propostas e incorporá-las no texto constitucional. E deve ser uma Constituição que não tenha medo de regular as principais funções do Estado: a melhor distribuição da riqueza, a busca por igualdade de oportunidades, a integração das classes marginalizadas. Em resumo, uma Constituição que busque o "Sumak kamaña" ou o "Sumak kawsay", como dizem as Constituições boliviana e equatoriana: o "viver bem" (em quechua) da população.

As Constituições dos países latino-americanos, historicamente, consagram apenas a igualdade formal perante a lei, sendo que, na realidade, as instituições jurídicas são fortemente delimitadas por controle centralizado e burocrático do Estado.

Em razão disso, as Constituições latino-americanas da Colômbia, Bolívia, Equador, Peru e incluindo a do Brasil, introduziram em seus textos constitucionais alterações referentes aos aspectos do reconhecimento do caráter pluricultural da Nação e do Estado, tais como a oficialização de idiomas, a educação bilíngue, a proteção do meio ambiente, enfim, o reconhecimento e ampliação dos direitos dos povos, a exemplo dos indígenas.

Existe divergência no que se refere à inclusão do Brasil nesta serra. A autora Raquel Z. Yrigoyen Fajardo², propõe uma evolução em ciclos do que denomina constitucionalismo pluralista. Nesse caso, o processo constitucional brasileiro é incluído em um primeiro ciclo (1982 – 1988), o do constitucionalismo multicultural. A evolução avança para um novo ciclo que se inicia em 1989 e vai até 2005, o do constitucionalismo pluricultural e, finalmente, chega-

1 DALMAN, Rubén Martínez. Entrevista para *Folha de São Paulo* em 1 de março de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/R0103200909.htm>> Acesso em: 10/10/2016.

2 FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Disponível em: <http://www.lanzan.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/constitucionalismo_pluralista/multiculturalismo-descolonizacion_0_2471752913.html>. Acesso em 25: out 2016.



se ao terceiro e último ciclo, o do constitucionalismo plurinacional (2006 – 2009), do qual fazem parte os processos boliviano e equatadoriano.

Já autores como, Miguel Carbonell, José Antonio Martín Pallín, Carlos Gaviria Díaz e Carlos Alberto López Cadena, consideram que a nomenclatura de novo constitucionalismo deve ser mantida, acrescentando-se à tradicional separação entre neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano e incluindo a Constituição brasileira no primeiro e as Constituições da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, no segundo³.

O fato é que ambas posições retiram a Constituição brasileira do seu rol de estudos. Por outro lado, outros autores, a exemplo de Luigi Ferrajoli, apostam em um constitucionalismo de terceira geração, que partindo da Constituição brasileira de 1988, chega às Cartas latino-americanas.

Para o novo constitucionalismo o conteúdo da Constituição deve ser coerente com a sua fundamentação democrática, isto é, deve gerar mecanismos para a direta participação política da cidadania, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e liberdades da cidadania. Esse novo constitucionalismo além de pretender garantir um real controle sobre o poder por parte dos cidadãos, busca solucionar o problema da desigualdade social.

Nas palavras de Walber de Moura Aguiar⁴

“o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caslatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) posituação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) omnipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva

A divergência sobre inclusão ou não do Brasil nesse cenário, surgiu pela existência de um *déficit* democrático presente no processo constituinte brasileiro entre os anos de 1987-1988. No entanto, o fato das constituições latino americanas terem sido criadas ou reformadas após a queda dos regimes ditatoriais é determinante para uma nova fase do constitucionalismo, o

³ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leuschuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.8, n.1, p. 220-239, 1º quadrimestre de 2013.

⁴ AGUIAR, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. Rio e Janeiro: Forense, 2008, p. 31.

constitucionalismo de terceira geração, sobrepondo-se ao modelo europeu de constitucionalização rígida.

Nesse sentido, pode-se dizer que a Constituição brasileira inaugurou o Constitucionalismo de terceira geração, aquele que fez com que o próprio paradigma constitucional fosse repensado.

A Constituição brasileira vigente possui um amplo catálogo de direitos sociais, dentre eles os direitos de última geração (art. 225)⁵, os direitos dos trabalhadores, uma série de princípios, o duplo controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), bem como o controle o controle de constitucionalidade por omissão. A Constituição Brasileira de 1988 é reconhecida como uma Constituição cidadã, pois incorporou um rol não exaustivo de direitos humanos e introduziu novas formas de participação da sociedade na construção e gestão de políticas sociais.

Percebe-se que seguiu a tendência das constituições democráticas contemporâneas, segundo Häberle (1997)⁶, é uma constituição aberta que demanda um esforço permanente de interpretação e integração por parte do jurista.

O Brasil, ao promulgar a Constituição Federal de 1988, fez a opção pelo Estado Democrático de Direito, estabelecendo a inclusão social, por meio da ampliação do rol de direitos e deveres dos cidadãos, uma de suas principais conquistas, que se traduzem em desafios a serem superados face à complexidade à sua efetivação. O Estado de Direito trouxe à realidade a bandeira da igualdade. A história vem demonstrando, no entanto, que o reconhecimento formal dos direitos não implica, necessariamente, na sua efetivação. Há uma longa distância a ser percorrida para esta conquista.

2. A DIFICULDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UMA CONSTITUIÇÃO “MERAMENTE ILUSTRATIVA”

Nas palavras de Celso Amorim⁷:

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: Acesso em: 10 fev. 2017.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Humanização constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 36.

⁷ NEGOCIO, Romen de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro. *Constituições da América Latina e Caribe*. Disponível em: <http://fjconsgov.br/leja/download/712Constituicoes_da_America_Latina_e_do_Caribe_Vol_1.pdf> Acesso em: 12 mai.2017.



A Constituição Federal de 1988 – produto de um novo pacto nacional, gestado na esteira do fim da ditadura militar – estabeleceu as diretrizes para a construção de uma sociedade mais justa e democrática. Não é coincidência que a nossa carta constitucional preveja, em seu Artigo 4º, a formação de uma comunidade latino-americana como um dos objetivos de nossa atuação externa (...).

A constituição de 1988, estabelece um rol descerrado de direitos fundamentais, a vistas de garantir o maior deles, qual seja, a dignidade da pessoa humana. No entanto, o que se verifica, é que existe uma grande dificuldade em efetivar esses direitos fundamentais elencados na constituição.

O jurfilósofo Marcelo Neves aborda com profundidade o assunto ao tratar da “constitucionalização simbólica”⁶, em que questiona – afastando o formalismo utilizado em sua obra –, em que medida as constituições, a exemplo da brasileira, que proclamam assegurar direitos fundamentais – que são na verdade sistematicamente ofendidos ou não implementados –, podem ser tomadas como parâmetro a orientar a ação jurídica dos indivíduos.

Segundo Pedro Lenza⁷, a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. Não se trata somente da ineficácia das normas constitucionais, mas principalmente dos efeitos sociais da constitucionalização de normas frustradas.

No presente trabalho denomina-se de “meramente ilustrativa” a constituição na qual as normas constitucionais, consubstanciadas principalmente em direitos fundamentais, embora perfeitamente conjecturadas no texto constitucional, não possuem aplicabilidade. São direitos que constam perfeitamente no papel, mas por problemas de concretização, que os tornam ineficazes, não são apostos na sociedade.

Não se pode falar em constituição “meramente ilustrativa”, sem dizer que o princípio da força normativa da Constituição nos remete ao entendimento de não ser suficiente que a norma legal esteja expressa no texto constitucional, para que seja considerada lei fundamental de um Estado.

Segundo Konrad Hesse, toda norma constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de configurar mera “letra morta em papel”. Afirma, que quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa⁸.

⁶ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.177.

⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.79.

⁸ HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung: a força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: 1991, p.20.



A Lei Maior não deve ser uma utopia, um simples devaneio sobre uma sociedade ideal, seu conteúdo deve ser suscetível de aplicabilidade, sempre tendo como principal finalidade atender os anseios e necessidades do povo. Assim, para que as normas constitucionais possuam força normativa de fato, é necessário que a sua interpretação seja feita de maneira a buscar a sua plena eficácia dentro da realidade social.

Neste ínterim, diante da ausência de concretude de determinadas normas constitucionais, é que surgem as violações aos direitos fundamentais, muitos deles representados no artigo 5º da Constituição Federal. São ofensas reiteradas, em geral, à dignidade da pessoa humana.

Com grande frequência são noticiados fatos de transgressão aos direitos Humanos no Brasil, são por exemplo, casos de pessoas em situação de rua, e especialmente, a crise no sistema carcerário brasileiro, em que o “coisismo”, que será visto adiante, é mítico.

Em 2016 foi divulgado relatório da Organização das Nações Unidas – ONU¹¹, por meio do Conselho de direitos humanos, acerca do sistema penitenciário brasileiro, tecendo graves críticas sobre a forma com que o Brasil lida com seu sistema prisional. Criticaram o tratamento dispensado aos presos – e suspeitos –, incluindo torturas e assassinatos das minorias (negros, homossexuais e mulheres). Não ficou de fora do relatório a superlotação das penitenciárias.

Assim, o neoconstitucionalismo surgiu para tentar decreta esse caráter “meramente ilustrativo” da constituição, propondo mecanismos para a real efetivação de seus preceitos. Nesse contexto, a partir do momento em que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo é encontrar mecanismos para a efetiva concretização dos direitos fundamentais, de acordo com a realidade fática do Estado.

Um dos obstáculos para concretização dos direitos fundamentais é o princípio da “reserva do possível”, muitas vezes invocado pelo Estado para justificar sua inércia quando deparado a violação de direitos fundamentais. No entanto o referido princípio deve ser utilizado como instrumento de preservação do esário em prol dos cidadãos e não contra eles.

O ministro Marco Aurélio¹², ao se posicionar no julgamento do RE 580.252 RG/MS, ressaltou: “ (...) Ora, descabe tomar a teoria da reserva do possível como polivalente a ponto de se colocar em segundo plano a Carta da República (...).

¹¹ ONU. *Relatório da ONU faz duras críticas ao sistema carcerário brasileiro*. Disponível em <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2016/02/26/interna_brasil,629153/relatorio-da-onu-faz-duras-criticas-ao-sistema-penitenciario-brasileir.shtml>. Acesso em: 14 mai. 2017

¹² BRASIL. Superior Tribunal Feral. RE n. 580.252. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>. Acesso em: 13 mai. 2017.



Logo, verifica-se que ao se pesar a dignidade da pessoa humana e a reserva do possível, por motivos óbvios, a dignidade da pessoa humana deve prevalecer. Nesse contexto pode-se inserir a aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional de modo a fazer prevalecer o princípio mais importante do rol de direitos fundamentais quando em conflito com qualquer outro, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

3.0 ECI - ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL-, COMO INSTRUMENTO COERCITIVO DE SOLUÇÃO DAS VIOLAÇÕES REITERADAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS - ADFP 347 MC / DF

No início da década de 90, as novas Constituições da América Latina apresentaram-se como uma resposta inovadora à crise constitucional vivenciada à época. As novas ordens constitucionais derivam de movimentos populares, ou seja, do ativismo popular em prol da nação, por meio do qual, o povo demonstra sua força interventiva nas decisões do Estado. As Assembleias Constituintes devem ser levadas em consideração na formação de uma Constituição, pois trata-se de ferramenta primária para construção de processos emancipatórios, onde a cidadania se efetiva.

O supramencionado constitucionalismo contaminou o ordenamento brasileiro, no sentido positivo da expressão, pelo que, por meio do estado de coisas inconstitucional materializou-se direitos fundamentais expressos na carta magna originalmente “meramente ilustrativa”, como já tratado no capítulo anterior.

A princípio, importante esclarecer no que consiste o estado de coisas inconstitucional. O Estado de coisas inconstitucional surge da ofensa reiterada e coletiva de direitos fundamentais, que poderia ter sido evitada pelo ativismo estatal - sentido lato da palavra-, e não o *fini*.

A origem do ECI- Estado de coisas inconstitucional-, deu-se pela Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada *Sentencia de Unificación* (SU). Foi aí que primeiro se utilizou essa expressão. Depois disso, a técnica já teria sido empregada em mais nove oportunidades naquela Corte. Existe também notícia de utilização da expressão pela Corte Constitucional do Peru.¹³

¹³BRASIL. *Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.dizendireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 14 mai.2017.

O ECI é cabível quando uma coletividade de pessoas é atingida pelas violações de direitos. Assim, para enfrentar esse quadro de ofensas generalizadas, será necessário a corte fixar remédio direcionados a criação de políticas públicas, o que não seria viável por meio das decisões mais tradicionais. A Corte adota, portanto, uma postura de ativismo judicial diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não tomam medidas concretas para resolver o problema, pela inércia da vontade pública.

O exemplo mais gritante de ECI consiste na superlotação carcerária, assunto extensivamente discutido, no entanto, raramente encontram-se ideias adequadas a uma ideal solução do problema.

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou ADFP (347)¹⁴, buscando o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Por maioria, os ministros deram parcial provimento a medida cautelar e determinaram aos juízes e tribunais que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia. Pela decisão, deve ser viabilizado o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Os juízes devem estabelecer, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância da reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

O Ministro Marco Aurélio¹⁵ assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Em dado momento do julgamento o Ministro Marco Aurélio afirma, quanto a um dos motivos que provocam a superlotação carcerária:

Destaca que outro fato a contribuir para a superlotação é o uso abusivo da prisão provisória. Segundo relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNI, 41% dos presos brasileiros estão nessa condição. Alega a banalização da adoção da medida constritiva

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADFP n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 mar. 2017

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADFP n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 13 mai. 2017



antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, evidenciando-se uma “cultura do encarceramento”. Aponta, mais, inexistir separação, nos presídios, entre os presos provisórios e os definitivos.

No mesmo contexto, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCs 43 e 44–, o Ministro Marco Aurélio votou no sentido da literalidade do Artigo 283 do CPP, sendo este espelho do disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, entendendo que o princípio da presunção de inocência está vinculado a uma decisão transitada em julgado. No entanto, por maioria de votos, o plenário do STF entendeu pela possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância, independente do trânsito em julgado¹⁶.

Ou seja, embora haja ciência de que um dos motivos para superlotação das penitenciárias seja o uso abusivo da prisão provisória, ainda assim, inconsequentemente, sem tocar no ponto da inconstitucionalidade da decisão, fura decidido que os acusados podem ter a pena executada antes mesmo do trânsito em julgado.

A transgressão aos direitos fundamentais é tão profunda, que foi decidido ressarcimento sobre o ressarcimento por danos materiais e morais provenientes da superlotação, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu, que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais. No Recurso Extraordinário (RE) 580252¹⁷, com repercussão geral reconhecida, os ministros restabeleceram decisão que havia fixado a indenização em R\$ 2 mil para um condenado.

O relator, ministro Teori Zavascki, no RE acima citado, havia votado no sentido do provimento do recurso. Em seu voto, o ministro restabeleceu o dever de o Estado pagar a indenização, fixada em julgamento de apelação no valor de R\$ 2 mil. Ele lembrou que a jurisprudência do Supremo reconhece a responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia.

Houve diferentes posições entre os ministros quanto à reparação a ser adotada, ficando majoritária a indenização em dinheiro e parcela única. Cinco votos – ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia – mantiveram a indenização estipulada em instâncias anteriores, de R\$ 2 mil. Já os ministros

¹⁶BRASIL. STF admite execução de pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 14 mai. 2017.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 580252. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&tracao=RE&origem=AP&recurso=D&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Edson Fachin e Marco Aurélio adotaram a linha proposta pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, com indenização de um salário mínimo por mês de detenção em situação degradante.

A proposta feita pelo ministro Luís Roberto Barroso, substituiu a indenização em dinheiro pela remição da pena, com redução dos dias de prisão proporcionalmente ao tempo em situação degradante. A fórmula proposta por Barroso foi de um dia de redução da pena (remição) por 3 a 7 dias de prisão em situação degradante. Esse entendimento foi seguido pelos ministros Luiz Fux e Celso de Mello.

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de resarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, diz.

Por fim, importante destacar o seguinte trecho da ADPF 347:

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; falta de lei, aumento da criminalidade e da insegurança social¹⁸.

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir por meio do presente trabalho, que a influência do constitucionalismo latino – americano – que surge como novo paradigma do Estado democrático de direito-, no direito brasileiro foi suave, tendo em vista as dificuldades ainda enfrentadas para implementação dos direitos fundamentais, principalmente por falta de aceitação da própria sociedade.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783580>. Acesso em: 12 mar. 2017



Para o novo constitucionalismo o conteúdo da Constituição deve ser coerente com a sua fundamentação democrática, isto é, deve gerar mecanismos para a direta participação política da cidadania, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e liberdades da cidadania.

O problema da constituição brasileira reside na viabilização da concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente expressos, que por vezes encontram obstáculos difíceis de serem combatidos e acabam por acarretar reiteradas transgressões à carta maior. O direito brasileiro caminha lentamente ao encontro da implementação dos mencionados direitos, consistindo ainda em uma constituição “meramente ilustrativa” no que se refere aos direitos fundamentais.

O estado de coisas inconstitucional veio para ao menos abrir os olhos quanto a necessidade/postibilidade de reforma do sistema carcerário brasileiro, em que os presidiários são tratados de forma desumana.

Determinada parcela da população não entende que a ausência de ressocialização do condenado acarretada em posterior repercussão na própria sociedade, pois em pouco tempo este condenado estará de volta às ruas delinquindo. Sim, os presos estão sendo soltos cada vez mais cedo, as medidas despenalizadoras estão sendo cada vez mais valorizadas e os condenados – cada vez mais cheios de ódio após o doutorado em crime –, retornam às suas atividades rotineiras, cuja vítima é a própria sociedade.

Essa resistência da sociedade em enxergar os presidiários como sujeitos de direito, procrastina as possibilidades de progresso, que em última análise repercutem na segurança pública. O que se verifica, na verdade, é que cada vez mais estão procurando subterfúgios para fugir de um problema que deve ser combatido na raiz. O sistema prisional brasileiro encontra-se em verdadeiro colapso, conduzindo a um leque de problemas que têm sido reiteradamente capeados pelo Estado, tornando a nossa sociedade instável e incapaz de se reestruturar.

O Estado justifica sua inércia pantando-se no princípio da reserva do possível, no entanto, tal princípio não pode ser utilizado como desculpa para não se efetivar a reforma penitenciária, pois muito mais é gasto pelo Estado com presos que não são reintegrados na sociedade, que voltam a delinquir e causam vítimas fatais todos os dias. Além disso, na ponderação entre a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana, esta deve sempre prevalecer.

Os pilares basilares da sociedade devem ser restabelecidos, primeiro a base educacional – como garantia de uma vida digna para população –, segundo a assistencial – para

que aqueles que não possuem oportunidades possam ser alcançados-, terceiro, a base sancionatória juvenil – com aplicação de medidas adequadas-, e por último, a base punitiva adulta – com observância dos princípios humanitários integradores da dignidade da pessoa humana.

Para que isso ocorra é necessário que haja uma mudança na mentalidade da sociedade, que deve ser alcançada pelo comportamento das próprias autoridades – que possuem (ou deveriam possuir) entendimento técnico sobre os assuntos específicos de interesse público.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 580252. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal Feral. RE n. 580.252. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal Feral. ADFP n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 14 mai. 2017.

DALMAU, Rubén Martínez. Entrevista para Folha de São Paulo em 1 de março de 2009.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. Disponível em: <http://www.larazon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/constitucionalismopluralista-multiculturalismo-descolonizacion_0_2471752913.html>. Acesso em 25 out.2016.



HÄBERLE, Peter. *Hermeneutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung: A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: 1991.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEGOCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro. *Constituições da América Latina e Caribe*. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/712Constituicoes_da_America_Latina_e_do_Caribe_Vol_Lpdf> Acesso em 12 mai 2017.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ONU. *Relatório da ONU faz duras críticas ao sistema carcerário brasileiro*. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2016/02/26/interna_brasil_629353/relatorio-da-onu-faz-duras-criticas-ao-sistema-penitenciario-brasileir.shtml>. Acesso em: 14 mai 2017.

AS MUDANÇAS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

Isabela Fonseca Pereira do Vale
Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo: o presente artigo aborda as questões relativas aos problemas e desafios do acesso à Justiça brasileira e apresenta, como uma das soluções possíveis, o processo de mediação de conflitos. É sabido que há uma crescente busca pelo Poder Judiciário para que o Estado ponha fim aos conflitos sociais; por outro lado, evidencia-se a incapacidade desse em atender tamanha demanda. Tal fato gera grande insatisfação na sociedade, pois parte significativa da população fica à margem do Poder Estatal, sem acesso à Justiça. E, mesmo aqueles que superam os obstáculos existentes e provocam a jurisdição, muitas vezes não têm seus anseios plenamente satisfeitos. Nesse sentido, devido à entrada em vigor da nova Lei Brasileira de Mediação em 2015 há aspectos fundamentais a serem enfrentados de mudança no sistema. A Mediação de conflitos é um importante instituto e a nova lei disciplina importantes aspectos relacionados à prática da mediação no país que devem ser confrontados à luz do novo Código de Processo Civil e para o desenvolvimento do instituto considerando o relevante espaço para utilização desse. Considerando a elevada quantidade de processos no judiciário e a morosidade desse e sendo a Mediação de Conflitos um instituto pouco utilizado no Brasil, torna-se imprescindível demonstrar o desenvolvimento desse instituto podendo contribuir para a maior eficiência e celeridade do sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Nova Lei. Mediação de Conflitos

Sumário: Introdução. 1. O desenvolvimento do acesso à justiça no Brasil e seus princípios correlatos até o desenvolvimento da nova lei de mediação de conflitos. 2. Controvérsias da nova lei de mediação à luz do Código de Processo Civil de 2015. Transformações jurídicas acerca da mediação de conflitos no Brasil. 3. Benefícios da mediação de conflitos: como o maior uso da mediação afetaria o sistema jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objeto de estudo a entrada em vigor da nova Lei Brasileira de Mediação de Conflitos em 2015, norteadas pela temática do acesso à justiça, havendo aspectos fundamentais a serem enfrentados de mudança no sistema e como se relaciona a nova lei ao Código de Processo Civil de 2015 e a realidade brasileira.

A Mediação de Conflitos vem sendo considerada como uma das formas mais eficazes de solução de determinados tipos de conflitos, principalmente nos âmbitos familiar e de vizinhança. Isso porque um dos objetivos da mediação é a recuperação das relações de natureza contínuas.



A nova Lei de Mediação de Conflitos disciplina relevantes aspectos relacionados à prática da mediação no país, que devem ser confrontados à luz do Código de Processo Civil de 2015, para o desenvolvimento desse instituto, considerando o enorme espaço para utilização do mesmo.

Considerando a elevada quantidade de processos no judiciário e a morosidade deste e sendo a Mediação de Conflitos um instituto pouco utilizado no Brasil, torna-se imprescindível demonstrar o desenvolvimento do instituto podendo contribuir para a maior eficiência e celeridade do sistema jurídico brasileiro.

Para o estudo do tema serão abordadas as controvérsias acerca da nova lei de mediação de conflitos, os benefícios do uso dessa, as transformações que ocorreram na mediação de conflitos no Brasil com a promulgação da nova lei e a verificação de como o maior uso da mediação de conflitos afetariam o sistema jurídico brasileiro.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando como a Mediação pode ser meio de transformação social e uma alternativa para se ter acesso à Justiça, não possuindo a Mediação a finalidade de substituir o Poder Judiciário, mas sim de ser uma alternativa e um complemento bastante eficaz na busca pela Justiça.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, as controvérsias acerca da nova lei de mediação de conflitos à luz do Código de Processo Civil de 2015 e as transformações jurídicas que ocorreram na mediação de conflitos no Brasil.

O terceiro capítulo destina-se a verificar como o maior uso da mediação de conflitos afetaria o sistema jurídico brasileiro.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que pretende-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, legislação e doutrina, para sustentar a sua tese.



1. O DESENVOLVIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL E SEUS PRINCÍPIOS CORRELATOS ATÉ O DESENVOLVIMENTO DA NOVA LEI DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A Mediação de Conflitos vem sendo considerada como uma das formas mais eficazes de solução de determinados tipos de conflitos, principalmente nos âmbitos familiar e de vizinhança. Isso porque um dos objetivos da mediação é a recuperação das relações de natureza contínua.¹

Atualmente, observando a evolução das sociedades, dos Estados e das economias percebe-se que o Estado social está sendo substituído pelo chamado Estado pós-social, de modo que este está intervindo cada vez menos na sociedade. Nota-se que o Estado investe pouco nos serviços públicos essenciais, de forma que direitos básicos como saúde e educação são prestados precariamente.

Nesse cenário de desordem e de crescentes conflitos sociais, o Poder Judiciário, responsável por impedir a violação desses direitos básicos, é suscitado a exercer a atividade jurisdicional de uma grande demanda, tornando-se, ineficiente e, assim, muitas vezes, um próprio agente violador dos direitos da sociedade, tendo em vista que o direito fundamental ao efetivo acesso à justiça, por ele, não é garantido.

Assim, o Poder Judiciário permite que grande parte da população fique à margem da justiça, pois não consegue sequer ingressar em juízo e, mesmo que o indivíduo consiga exercer seu direito de ação, a morosidade, o alto custo e a complexidade do processo judicial, acarretam o perecimento dos direitos que deveriam ser tutelados.

É preciso, portanto, compreender como o acesso à justiça pode se tornar efetivo com a reflexão sobre um conceito mais amplo de acesso à justiça. O conceito teórico de acesso à justiça foi se modificando ao longo da história e é de difícil delimitação. Isto porque este conceito deve ser analisado sob enfoques históricos, políticos, sociológicos, filosóficos e religiosos.

¹ BARROS, Eduardo Viacancelos. *Mediação como forma alternativa de resolução de conflitos*. Disponível em: <<http://www.arcoz.org.br/artigos/mediacao-como-forma-alternativa-de-resolucao-de-conflitos/>>. Acesso em: 07 jun 2017.



O acesso à justiça é direito fundamental estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV², da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que traz a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nesse sentido, o acesso à justiça não se refere apenas ao acesso aos tribunais, mas também à apreciação em si do conflito, e, entre uma coisa e outra, muito deve ser feito para que realmente a sociedade tenha um efetivo acesso a uma ordem jurídica justa.

Ainda condiz com essa afirmação a determinação dos artigos 9º, inciso LXXVIII, e 37, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 CRFB/1988³, que exigem que o Estado seja eficiente, ou seja, que o Estado chegue ao seu objetivo da melhor maneira possível, assegurando-se a todos a razoável duração do processo.

Esses princípios procuram refletir o novo direcionamento dos fins a que o processo modernamente se propõe como instrumento ético, acessível a todos, operoso, proporcional e útil do ponto de vista prático, a serviço do jurisdicionado.

No Brasil, observa-se que grande parte da população está à margem da sociedade, pois não tem acesso à educação e a tantos outros direitos básicos. Isso acarreta o desconhecimento acerca de determinados direitos e deveres dos cidadãos.

Importante mencionar que ninguém pode alegar o desconhecimento de determinado dever ou direito para eximir-se do cumprimento e das sanções da lei, mas tal não extingui, pelo simples comando da lei, a ignorância de parte expressiva dos jurisdicionados.

A situação ética do processo remete à democratização do mesmo, de forma que qualquer ingerência processual seja guiada pela igualdade de condições com o objetivo de se obter a justa pacificação da situação conflituosa, tendo-se como parâmetro o valor de justiça social. Nessa linha, a atuação dos operadores e cooperadores do direito deve estar em conformidade com as leis, normas, os princípios éticos, o senso de justiça, a fim de se alcançar os fins políticos e sociais.

Um desses operadores do direito, uma das figuras mais importantes do Poder Judiciário, é o magistrado. É ele quem representa o Estado, é ele quem presta a atividade jurisdicional, é ele quem diz o direito, que conduz a relação processual. Assim, não pode atuar fora dos limites estabelecidos constitucionais e infraconstitucionais. Deve sempre primar pela

² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar 2017.

³ Vide nota 2.

ética e não deixar de cumprir determinadas regras impostas a ela. É sempre garantir o equilíbrio entre as partes e a igualdade de tratamento entre as mesmas.

O segundo aspecto da operosidade se refere à correta utilização dos instrumentos e meios processuais de modo que quanto mais eficiente o uso destes, melhor será a produtividade e, conseqüentemente, mais justo será o resultado alcançado.

Aqui se insere a noção de celeridade processual, tendo em vista que a incorreta utilização dos instrumentos e meios processuais acarreta atrasos no andamento do processo e incertezas acerca da verdade que se pretende chegar ao final do processo.

Quanto mais tempo levar a duração de um processo mais improdutivo se torna o Poder Judiciário. Assim, o direito processual constitui um ramo do Direito que visa a disciplinar as regras para o bom andamento do processo, para que inclusive, permita que o direito material seja protegido e alcançado.

Todo o sistema judiciário, desde as partes, os cartórios, os oficiais de justiça, até os juizes, devem primar pelo correto andamento processual, permitindo a celeridade e segurança nos resultados obtidos. Assim, todos aqueles que participam direta ou indiretamente para o andamento processual devem agir corretamente.

Dessa forma, o não cumprimento de tais deveres impõe à parte que assim procedeu a uma sanção, ou seja, a parte responde por perdas e danos. Essa sanção visa desmotivar comportamentos dos operadores do direito que impliquem numa maior morosidade.

Em decorrência dessas mazelas do sistema judiciário, o estudo das técnicas de mediação evoluiu muito contemporaneamente em vários ordenamentos jurídicos, pois percebe-se sua importância como forma de pacificação social, mesmo sendo uma antiga forma de solução de conflitos.

Hoje, a mediação no Brasil é ainda considerada uma novidade como forma de resolução de conflitos e de acesso à justiça, tendo em muito que ser disseminada para que a sua idéia se firme na sociedade.

Atualmente, no Brasil, vigora a Lei n° 13.140 de 2015⁴ que ordenou e sistematizou a prática da mediação de conflitos como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Nota-se que a nova lei não criou um novo instituto, tendo em vista que a mediação é prática nas relações sociais

⁴BRASIL. Lei n. 13140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2016/2015_06/Lei_13140.htm>. Acesso em: 19 mar 2017.



cotidianas. É relevante também notar, que a mediação está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que não existe dispositivo legal contrário a sua realização.

A mediação amplia a noção de acesso à justiça, pois assegura a pacificação dos conflitos satisfazendo os anseios sociais, sendo, nesse sentido, uma alternativa para desafogar o Poder Judiciário, considerando a elevada quantidade de processos e a morosidade do mesmo e sendo a Mediação de Conflitos um instituto utilizado também atualmente no âmbito judicial, torna-se imprescindível demonstrar o desenvolvimento desse instituto podendo contribuir para a maior eficiência e celeridade do sistema jurídico brasileiro⁵.

2. CONTROVÉRSIAS DA NOVA LEI DE MEDIAÇÃO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. TRANSFORMAÇÕES PRÁTICAS ACERCA DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

A mediação não visa apenas a resolver conflitos, ou seja, a mediação pode ser um meio de pacificação de determinados conflitos já existentes ou para prevenir o surgimento de certos tipos de controvérsias no futuro. Nota-se que as partes também podem ser auxiliadas a buscar um acordo mais vantajoso, tendo em vista que o processo de mediação permite, através do diálogo e da reflexão sobre os interesses de cada um, obter-se uma nova posição mesmo entre partes que, a priori, não identificam a existência de conflitos.⁶

De forma geral, a mediação apresenta melhor desempenho quando se trata de uma justiça restaurativa, pois se propõe a restabelecer a relação que se encontra em, ou está na iminência de conflito, permitindo aos disputantes uma pacífica e contínua relação no futuro. Um dos objetivos da mediação é a celeridade, de forma que a delonga demasiada do processo de mediação pode frustrar seu sucesso.

Um aspecto importante é que a mediação prévia interrompe a prescrição, conforme disposto no artigo 34, da Lei 13.105/2015⁷, esse ponto é fundamental, caso contrário, desmotivaria a resolução de conflitos por meio da mediação, pois as pessoas com receio de

⁵ FREITAS, Frederico Oliveira. SÉRGIO, Débora Bastos. *A aplicação de mediação no novo Código de Processo Civil e suas consequências na busca da pacificação social*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 03 mai 2017.

⁶ Vide nota 5.

⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 mar 2017.



não poderem ingressar em juízo, optariam por resolver as controvérsias judicialmente sem tentar a mediação previamente. E ainda, a não interrupção da prescrição estimularia a má-fé, pois o indivíduo participaria do processo de mediação com o intuito de aguardar o decurso do prazo prescricional e não com o interesse de buscar um acordo para pacificar o conflito. Isso é essencial para o acesso à justiça, pois visa estimular a pacificação social, tanto extrajudicialmente quanto judicialmente.

A modalidade de mediação recepcionada e regulamentada pelo Código de Processo Civil de 2015⁸ é a judicial, desenvolvendo-se após a instauração de um procedimento judicial e podendo ser realizada pelo magistrado ou por terceiros capacitados na forma da lei.

A mediação incidental é a que ocorre após a instauração do processo judicial. O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 334⁹, estabelece que a mediação incidental seja obrigatória. Essa obrigatoriedade apresenta algumas vantagens, mas também desvantagens. Não se considera a mediação incidental uma etapa processual, pois, conforme define Roberto Bacellar: "a mediação na forma incidental afigura-se, antes, um incidente processual obrigatório, cuja instauração acarreta a suspensão do processo de origem e cujos efeitos, uma vez acordado pelas partes, dependem de homologação do juiz."¹⁰

Este tema gera algumas divergências, pois questiona-se se o juiz, observando cada caso concreto deve estimular a prática da mediação respeitando a autonomia da vontade das partes ou, deve a legislação impor que as partes têm a obrigação de se submeter ao procedimento?

O primeiro questionamento que se faz sobre a compulsoriedade da mediação é no que concerne à constitucionalidade dos dispositivos que impõem a restrição ao acesso ao Poder Judiciário, pois caso não se comprove a tentativa de conciliação entre as partes, argumenta-se que este condicionamento viola o direito de ação previsto constitucionalmente, bem como viola o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. A maioria dos doutrinadores utiliza como argumento contrário a prática da mediação incidental obrigatória, o fato de que a instauração desse procedimento é antagônica com o meio consensual de resolução de conflitos, argumentam que o princípio da voluntariedade deve conduzir a celebração de todos os acordos relacionados à mediação.

⁸ Vide nota 7.

⁹ Vide nota 7.

¹⁰ BACHELLAR, Roberto Portugal. *A mediação, o acesso à justiça e uma nova postura dos Juízes*. Disponível em: <http://www.revistadostrina.jus.br/artigos/medicao002/roberto_bacelar.htm>. Acesso em: 09 abr 2017.



Em sentido oposto, Chiarini Júnior argumenta que essa imposição da mediação não viola nenhum dispositivo constitucional, tendo em vista que esse seria apenas mais um requisito exigido às partes para que tenham acesso à atividade jurisdicional.¹¹

No caso, não há que se falar em violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois o acesso à justiça é conferido às partes que se encontram no processo judicial já instaurado, sendo oportunizado mais um instrumento de resolução de conflitos. Entretanto, há críticas sobre a mediação obrigatória, especialmente os defensores da teoria pura da mediação. Alegam que os princípios como a voluntariedade, autonomia da vontade das partes e confidencialidade são distorcidos com essa modalidade de mediação. Verifica-se, todavia, que a finalidade do legislador em estabelecer essa obrigatoriedade é para que o instituto da mediação seja mais utilizado para a resolução dos conflitos gerando também uma economia e celeridade processual, sendo um mecanismo de auxílio e melhoria do sistema jurídico em vigor.

Segundo Fátima Nancy Andrighi¹², deve haver uma “mutação constitucional para que se possa superar a questão da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário”, afirmando que é necessária a reflexão no sentido de adotar a mediação obrigatória, ainda que seja um desafio constitucional, em virtude de resgatar a dignidade do Poder Judiciário. Para Andrighi, por mais que no início as partes resistam em adotar a mediação, ao longo do tempo elas vão aderindo a essa nova técnica consensual.

Entretanto, com o desenvolvimento da mediação, esse instituto tem sido amplamente utilizado como mecanismo de acesso à justiça feito pelos Tribunais, o que ainda tem permitido a aproximação do instituto e a sociedade, de forma que essa possa reconhecer a sua efetividade e eficácia como mecanismo de resolução de conflitos.

A mediação é um método de resolução de conflitos que exige dos mediadores o conhecimento de sua técnica. Assim, esse processo é dividido em várias etapas em que o mediador utiliza ferramentas de negociação e de comunicação, a fim de facilitar a celebração de acordo entre as partes. Essas etapas, na realidade, não possuem uma forma rígida, mas segundo Kim Economides, a ordem apresentada a seguir representa grande sucesso. Os

¹¹ CHIARINI JÚNIOR, Enésio Castilho. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos/10/a-mediacao-divorcio-a-mediacao-divorcio.shtml>>. Acesso em: 03 abr 2017.

¹² ANDRIGHI, Nancy apud TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008, p 245.

estágios são: pré-mediação; apresentação; delimitação dos interesses e necessidades; apresentação de soluções; negociação e obtenção de acordo e formalização do acordo.¹³

Em cada um desses estágios, o mediador utiliza técnicas de negociação e de comunicação. Dessa forma, para que o mediador seja imparcial, ou seja, não opine, e não aparente estar favorecendo uma parte ou outra, é preciso que este profissional conheça as técnicas da mediação.

A técnica é relevante, também, para que incite as partes a pensarem nas soluções do conflito, a partir dos questionamentos do mediador. Tais técnicas são técnicas de comunicação e de negociação, como: observar a linguagem verbal e não-verbal das partes, linguagem corporal, tom de voz, expressões usadas; fazer o uso de uma linguagem mais informal para que haja uma aproximação maior com as partes; suavizar termos mais agressivos ditos pelas partes (conotação positiva); objetivar e pontuar as informações; o mediador deve explicar o objetivo da mediação no início do processo de mediação, bem como no decorrer do processo; construir a relação de confiança no processo de mediação; criar um espaço físico acolhedor e manter um ambiente de respeito entre as partes.

Nota-se que a mediação se relaciona com a psicologia, pois visa satisfazer as necessidades psicológicas e emocionais das partes. É neste sentido que se afirma que a mediação é um método ideal para a resolução de conflitos entre pessoas que visam manter a boa relação no futuro.

O artigo 319 c/c 321 do Código de Processo Civil de 2015¹⁴ exige que o autor indique na petição inicial se deseja ou não levar o conflito à mediação ou conciliação. Caso esta informação não esteja presente, o juiz determinará que o autor emende a petição inicial ou a complete no prazo de 15 dias. No mesmo sentido, o artigo 334, §5º, do Código de Processo Civil de 2015¹⁵, fixa que o réu deverá manifestar o seu desinteresse em participar da audiência de mediação, em petição escrita, ao menos 10 dias antes do dia designado para a audiência.¹⁶

Cumprir analisar o artigo 334, §4º e incisos I e II do Código de Processo Civil de 2015¹⁷. A norma estabelece que a audiência de mediação não será designada apenas se ambas

¹³ ECONOMIDEB, Kim. *Lendo os sinais do movimento de acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia*. In: *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 45.

¹⁴ Vide nota 7.

¹⁵ Vide nota 7.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < <http://estudododireito.com.br/conflitosnovo/> >. Acesso em 03 mai 2017.

¹⁷ Vide nota 7.



as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse pela composição consensual do litígio ou se a natureza da causa inadmitir transação.

Assim sendo, embora a norma processual inclina a autonomia da vontade no rol de princípios informadores da mediação, logo depois esvazia- lbe o sentido. A primeira impressão transmitida é a de que a mediação foi pensada para servir como obstáculo ao exercício do direito de ação, atendendo aos propósitos de celeridade do Judiciário, beneficiado com o quisto da admissibilidade das demandas, e aos litigantes de má-fé interessados na procrastinação do julgamento da lide. Dessa forma, o Código introduziu no sistema jurídico uma espécie de obrigatoriedade mitigada para o processo de mediação, uma obrigatoriedade presumida e que somente pode ser elidida por meio da ausência concreta dos litigantes.

O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de mediação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, apenado com multa de 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, de acordo com o artigo 334, §8º, do Código de Processo Civil.¹⁸

O Código de Processo Civil de 2015 prevê dois casos de obrigatoriedade absoluta da mediação, primeiro diz respeito às ações de família, no artigo 695¹⁹, em razão das peculiaridades e da complexidade dos relacionamentos familiares, o Código preceitua que todos os esforços deverão ser empreendidos para que o conflito seja solucionado consensualmente, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para a mediação e a conciliação. Entretanto, permite, a requerimento das partes, que o magistrado suspenda o processo para que as partes participem de mediação extrajudicial ou de atendimento multidisciplinar.

Quanto à segunda hipótese, o artigo 565 do Código de Processo Civil de 2015²⁰ estabelece que nos litígios coletivos envolvendo a posse de imóveis, quando o esbulho ou a turbacão alegada na petição inicial houverem ocorrido há mais de ano e dia, o juiz deverá, antes de avaliar o pedido de liminar, designar audiência de mediação.

O do artigo 334, §1º, do Código de Processo Civil de 2015²¹ dispõe que os mediadores e os conciliadores devem atuar nas audiências destinadas à autocomposição. Conforme destaca, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, o processo de mediação não acontece, em audiências,

¹⁸ Vide nota 7.

¹⁹ Vide nota 7.

²⁰ Vide nota 7.

²¹ Vide nota 7.

mas em sessões. Há críticas, portanto, se houve erro material na redação do artigo ou se a mediação foi tratada como sinônimo de conciliação pelo legislador ou, se o juiz pode ou não se fazer presente nas sessões de mediação.²²

A análise sistemática dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 permite supor que se trata de simples erro material. Veja-se que o artigo 165²³ tornou obrigatória a criação dos centros judiciais de solução consensual de conflitos nos tribunais, incumbindo-lhes a realização das “sessões e audiências” de conciliação e mediação.

A conclusão é reforçada pelo artigo 170, do Código de Processo Civil de 2015²⁴. De acordo com o texto, em caso de impedimento, o mediador deverá devolver os autos ao juiz do processo ou coordenador do centro judicial para nova distribuição. Disso decorre que o papel do magistrado na etapa conciliatória cinge-se ao direcionamento dos processos aos centros.

Observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade de realização de audiências de conciliação e mediação por meio eletrônico no artigo 334, § 7²⁵. A realização dessas sessões virtuais de mediação provoca algumas críticas, pois suprime o caráter pessoal das negociações, conhecido como “*face-to-face mediation*”. Contudo, muitos já se convenceram da conveniência do método, na medida em que reduz os custos e conecta pessoas localizadas em diferentes lugares do mundo.²⁶

Apesar dos argumentos contrários, o processo de mediação eletrônica parece eficaz aos novos tempos. Os benefícios do rompimento das distâncias, a acessibilidade que proporciona às pessoas com deficiências físicas, a celeridade do rito, a diminuição das despesas econômicas suportadas pelos usuários, tudo isso justifica a opção do Código de Processo Civil de 2015 nessa ferramenta.

A razão da discórdia relacionada às plataformas *online* reside na asseguração da higidez do procedimento e das cláusulas de garantia das partes. Os sistemas de videoconferência dos tribunais deverão avaliar a identidade dos intervenientes, certificando a titularidade e autenticidade dos mesmos. Ademais, os mediadores deverão desenvolver

²² CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 252.

²³ Vide nota 7.

²⁴ Vide nota 7.

²⁵ Vide nota 7.

²⁶ CHAVES, Paulo Henrique da Silveira. *Aspectos de mediação no código de processo civil e atualidades da Lei 13.140/2015*. Disponível em: <<http://www.fhem.edu.br/salvo/artigos/pdf>> Acesso em: 03 mai 2017.



habilidades específicas para interpretar à distância os sentimentos das partes e a ocorrência de vícios no consentimento.

Deve-se ressaltar a diferenciação entre a esfera extrajudicial e judicial na mediação. Na esfera judicial, ao haver a composição por meio da mediação, é elaborado um termo, nos próprios autos, que segue para homologação do juiz, conseqüentemente, trata-se de título judicial, procedendo-se ao seu cumprimento forçado pela mesma via, caso não adimplido a contento. Há, porém, uma ressalva em relação a direitos indisponíveis, mas transigíveis, para os quais a Lei n. 13.140/2015, artigo 3º, § 2º²⁷, dispõe acerca da necessidade de oitiva do Ministério Público, seguindo-se para a homologação do juiz.

Na esfera extrajudicial, também se lavra o termo de mediação, entretanto, seu tratamento, por não estar em processo judicial, é diferenciado, ainda que com o mesmo resultado final: a busca judicial para adimplemento forçado se não adimplido espontaneamente.

Em relação aos títulos executivos extrajudiciais, o Código de Processo Civil de 2015, reconhece como tal instrumento de transação referendado pelo mediador credenciado por tribunal, segundo o artigo 784, inciso IV²⁸. Diferentemente, a Lei n. 13.140/2015²⁹ não trouxe esse requisito de o mediador ser credenciado em tribunal, nas hipóteses extrajudiciais, como se interpreta inicialmente da disposição do artigo 9º desta lei, o qual exclui qualquer necessidade de integrar conselho, entidade de classe ou associação, e, ainda, na mesma lei com a disposição do parágrafo único do artigo 20, que qualificou o termo final de mediação, nessa hipótese extrajudicial, em “título executivo extrajudicial”.³⁰ Essa disposição encontra aplicabilidade também no Código de Processo Civil, visto que no inciso XII, do artigo 784³¹, reconhece a condição de título executivo extrajudicial àquele que “a lei atribuir força executiva”.

²⁷ Vide nota 4.

²⁸ Vide nota 7.

²⁹ Vide nota 7.

³⁰ Vide nota 7.

³¹ Vide nota 7.



3. BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: COMO O MAIOR USO DA MEDIAÇÃO AFETARIA O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Há diversas vantagens ao se fazer uso da mediação, e sua maior aplicação afetaria o sistema jurídico brasileiro. Assim sendo, é necessário responder alguns questionamentos sobre os resultados da mediação.

O que é considerada uma mediação bem sucedida? Quais os resultados esperados de uma mediação? Os dispositivos legais referentes ao sucesso da mediação não são conclusivos. Na Lei de Mediação não consta nada a respeito. Percebe-se que há algumas possibilidades de interpretação sobre o que é sucesso na mediação: restabelecer o vínculo entre os mediandos de forma que se alcance um acordo; restabelecer o vínculo entre os mediandos de forma que se alcance um acordo duradouro, ou apenas restabelecer o vínculo entre os mediandos de forma satisfatória no sentido de que se sintam hábeis ou confortáveis a negociar e resolver seus conflitos entre si.

Em relação ao ofício do mediador e sobre a política da pacificação social, que envolve toda uma mudança cultural do relacionamento entre as pessoas, ressalva-se que a última opção tende a ser a mais bem-sucedida, mesmo sem realizar um acordo ao final da mediação.

A definição de sucesso da mediação tende a ser a restauração do vínculo entre os mediandos independentemente de realização de acordo ao final da mediação, dessa forma, essa última opção de resultado da mediação é a definição mais compatível com a política nacional de não-judicialização e pacificação social.³²

As vantagens da mediação são diversas, pois é bem mais célere e mais econômico, uma vez que não apresenta tantas formalidades, o que diminui seus custos. O mediador tem o dever de manter em sigilo os assuntos discutidos no processo de mediação. Tem o dever também de ser imparcial, não pode tomar partido de uma parte e não pode apresentar soluções. As soluções são dadas pelas próprias partes. Dessa forma, as próprias partes elaboram o acordo, participando ativamente na resolução do conflito. Isso implica em um maior comprometimento, conseqüentemente, em maior segurança acerca do cumprimento dos acordos, pois a resolução não é imposta por uma terceira pessoa, como ocorre no processo judicial. O benefício da construção do acordo pelas próprias partes é que o mesmo se legitima

³² FREITAS, Frederico Oliveira. SÉRGIO, Débora Bastos. *A aplicação da mediação no novo Código de Processo Civil e suas consequências na busca da pacificação social*. Disponível em: <<http://www.arbitragem-juridico.com.br>>. Acesso em: 3 mai 2017.



e se afigura na perspectiva daqueles que o conceberam. A ideia é melhorar a relação entre os jurisdicionados no futuro, a partir do acordo estabelecido, estimulando o diálogo, aperfeiçoando relacionamentos e constituindo-se acordos sem a necessidade da intermediação de um mediador ou do Estado.

A decisão imposta pelo Poder Judiciário, uma vez sujeita aos efeitos da coisa julgada, não mais poderá ser discutida, mas é fato que essa não necessariamente põe termo ao conflito. O processo judicial muitas vezes acirra ainda mais o conflito, a disputa, as mágoas, os desentendimentos entre pessoas que, muitas vezes, terão que manter um mínimo de convivência.

Reitera-se, portanto, que a grande vantagem da mediação é o objetivo de fazer com que ambos os lados do conflito se sintam justificados, conformados com o acordo, com seus interesses e conveniências atendidas.

No Código de Processo Civil de 2015, artigo 3º, § 3º³³, o estímulo à mediação aparece, junto da conciliação, nos seguintes termos: “a realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Mais adiante, o fomento a esta reaparece: afirma o Código de Processo Civil de 2015³⁴ que os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania criados pelos Tribunais, serão responsáveis não só por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação, como também por desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição:

Art. 166. Todos os tribunais criam centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, além de desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.³⁵

Resalta-se que o impulso ao consenso já é previsto no Código de Ética do Advogado, em seu Art. 2º, parágrafo único, incisos VI e VII, sendo dever deste “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” e “aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial”.³⁶ Dessa forma, observa-se que o verbo “estimular” possui múltiplos significados e ao se promover o uso do meio consensual e

³³ Vide nota 7.

³⁴ Vide nota 7.

³⁵ Vide nota 7.

³⁶ BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Resolução n. 02/2015. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Legisla%C3%A7%C3%A3o/estatuto.pdf>>. Acesso em: 19 mar 2017.

encontrar resistências à adoção do método, quem estimula o consenso pode se frustrar. Especialmente quando quem oferece a abordagem consensual é o magistrado, a situação pode se tornar obscura por força da autoridade que detém. A situação poderá ser problemática para quem resiste à adoção do método.

Fernanda Tartuce, como outros autores, critica o uso do verbo “estimular” para fomentar a prática da mediação no Código de Processo Civil de 2015, pois receia-se que enseje posturas inadequadas. Tartuce afirma que “a função do conciliador é aproximar as partes trabalhando os interesses subjacentes à relação de direito material e não priorizar a finalização da relação processual.”³⁷

Nesse sentido, cumpre destacar que a liberdade é valor imprescindível à mediação. É imperioso lembrar que durante a mediação não se atua segundo a dialética do julgamento final em que há imposição de resultado pela autoridade estatal. A lógica conciliatória demanda o reconhecimento da dignidade e da inclusão de todos, afastando condutas autoritárias.

Segundo Fernanda Tartuce:

Na atividade conciliatória, o juiz ou o mediador não podem ser motor de intimidação, infundindo temor às partes. O consentimento para a celebração dos pactos deve ser obtido livremente, livre de vícios. O poder do magistrado não deve ser usado para forçar ou intimidar as partes, sob pena de gravíssimo comprometimento da liberdade negocial dos litigantes e da isenção do julgador.³⁸

Esta situação compromete negativamente a credibilidade do instituto e gera desconfianças em relação à utilidade e à vantagem de se valer dos meios consensuais. Lilia Maia de Moraes Sales afirma que “o mais importante é que o condutor do meio consensual seja preparado, técnica e psicologicamente, para promovê-lo, tudo aconselhando que não seja ele o próprio juiz togado a quem toca julgar contenciosamente o conflito”.³⁹

Observa-se que para que os cidadãos assumam o protagonismo na solução consensual dos conflitos será imprescindível que os magistrados e operadores do direito reconheçam a importância dos mecanismos consensuais como a mediação e cedam lugar para que as partes busquem esse entendimento. As inovações legislativas representam um passo imprescindível,

³⁷ TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* In: Salles, Carlos Alberto de, Lorenzini, Marco; Alves da Silva, Paulo Edson. (Org.). *Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso para Programas de Graduação em Direito*. São Paulo, Rio de Janeiro: Método, Forense, 2012, v. 1, p. 170.

³⁸ *Idem*. *Conciliação e Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/>>. Acesso em 15 mai 2017.

³⁹ SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos*. Disponível em: <<http://sisirweb05.univali.br/serf/index.php/nej/article/view/1267/2049>>. Acesso em 20 mai 2017.



mas o sucesso do uso da mediação dependerá da mudança cultural dos cidadãos e dos operadores do direito.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, é possível apontar a mediação de conflitos como um instituto complementar à prestação jurisdicional, para garantir o efetivo acesso à justiça. Na realidade esse artigo visa a demonstrar que todos os meios capazes de tutelar direitos dos indivíduos são essenciais para a sociedade.

Assim, destaca-se a importância do próprio Poder Judiciário nesse ideal, pois possui relevante papel na busca de novos institutos processuais capazes de melhorar a prestação jurisdicional. Contudo, ele não pode ser o único a desempenhar esse papel, uma vez que não consegue atender a todas as demandas e, muito menos, satisfazer todos os anseios sociais.

Nesse cenário, novos institutos foram criados para tornar o acesso à justiça efetivo, tais como a negociação, a conciliação, a arbitragem e, em especial, a mediação de conflitos. Há, portanto, a ampliação das alternativas para que se tenha acesso à justiça. Pode-se então concluir, com base neste artigo, que cada instituto adequa-se melhor a um determinado tipo de conflito.

Assim, o Poder Judiciário é efetivo para poder solucionar conflitos que versem sobre direitos indisponíveis. Alternativas são importantes para dirimir conflitos que versem sobre direito em que a transação é permitida. Dessa forma, a negociação é importante para que as partes consigam defender seus interesses quando estão negociando cotidianamente com outrem.

A mediação é o método mais indicado para solucionar conflitos de natureza contínua que, muitas vezes, têm cunho emocional, em que as partes desejam a manutenção da relação no futuro promovendo uma aproximação entre essas pessoas, possibilitando-lhes sanar definitivamente o conflito entre si. Cumpre ressaltar que um dos grandes benefícios da mediação é exatamente a aproximação das partes litigantes, para pôr termo ao litígio definitivamente.

A ideia é que a mediação possa coexistir na sociedade com os outros institutos, para que todos os tipos de conflitos e anseios sociais sejam atendidos. Vale ressaltar que, a tendência atualmente é que essa prática se popularize, principalmente com a nova Lei de

Mediação de Conflitos que, além de organizar e sistematizar a mediação, também a tornou obrigatória no processo judicial.

A aprovação da Nova Lei de Mediação no marco normativo do Novo Código de Processo Civil representa uma mudança significativa na forma de tratamento dos conflitos. Vislumbra-se, portanto, um empoderamento dos cidadãos e a possibilidade de que assumam o protagonismo na solução consensual de litígios. Para que isso ocorra, será necessário que os magistrados e profissionais do direito reconheçam a importância dos mecanismos consensuais e, desse modo, estimulem para que as partes dialoguem e busquem o entendimento. As inovações legislativas representam um passo imprescindível, mas a caminhada dependerá da mudança cultural dos cidadãos e dos operadores do direito. Nesse sentido, a regulamentação da mediação servirá para educar os cidadãos para o exercício dos seus direitos.

O Código de Processo Civil de 2015 valoriza a adoção de meios consensuais e pode colaborar para o desenvolvimento de sua prática. Entretanto, torna-se relevante observar que o estímulo à mediação deve ser dosado para evitar abusos como a intimidação para se chegar a um consenso genuíno.

A análise da mediação judicial demonstra que os riscos inerentes à institucionalização não diminuem as vantagens. Até que a sociedade perceba a importância da Mediação para a pacificação social levará certo tempo, porém é reconfortante saber que a Justiça brasileira caminha na direção correta.

Deve haver, portanto, uma mudança cultural a fim de que a mediação possa alcançar seus objetivos, principalmente quando se trata dos operadores e cooperadores do direito, pois devem incentivar esse método. Isso é, na verdade, uma questão de cidadania; contribuir para que o conflito seja realmente solucionado e não apenas se tome indiscutível, como é no caso do Poder Judiciário. Há aqui, a real pacificação dos conflitos sociais. Esse instituto bem como os outros, apresenta limitações, vantagens e desvantagens, mas é um mecanismo fundamental para garantir o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação, o acesso à justiça e uma nova postura dos Juízes*. Disponível em: http://www.revistadocutrina.jus.br/artigos/edicao002/roberto_bacelar.htm. Acesso em 09 de abril de 2017.



BARROS, Eduardo Vasconcelos. *Mediação como forma alternativa de resolução de conflitos*. Disponível em: <<http://www.mrcos.org.br/artigos/mediacao-como-forma-alternativa-de-resolucao-de-conflitos/>>. Acesso em: 07 jun 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar 2017.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105. Acesso em 19 mar 2017.

_____. Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994. Resolução n. 02/2015. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/estatuto.pdf>>. Acesso em: 19 mar 2017.

_____. Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 19 mar 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. 2. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CHAVES, Paulo Henrique da Silveira. *Aspectos da mediação no código de processo civil e atualidades da lei n. 13.140/2015*. Disponível em: <<http://www.fidm.edu.br/adm/artigos/pdf>>. Acesso em 03 mai 2017.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos910/a-mediacao-direito/a-mediacao-direito.shtml>> Acesso em: 03 abr 2017.

ECONOMIDES, Kim. *Logo as ondas do movimento de acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia*. In: *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FREITAS, Frederico Oliveira. SÉRGIO, Débora Bastos. *A aplicação da mediação no novo Código de Processo Civil e seus mecanismos em busca da pacificação social*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 03 mai 2017.

GARCEZ, José Maria Rossini. *Arbitragem internacional*. In: GARCEZ, José Maria Rossini (Coord.). *A arbitragem na era da Globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil.* Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/conflitosnovo>>. Acesso em: 03 mai 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento.* V.2. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SALES, Lilia Maia de Mousa. *Mediação facilitativa e "mediação" avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos.* Disponível em: <<http://si.univel06.unisal.br/tes/index.php/revista/article/view/326/2049>>. Acesso em: 20 mai 2017.

TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* In: Salles, Carlos Alberto de, Lorenzini, Marco, Alves da Silva, Paulo Eduardo. (Org.). *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso para Programas de Graduação em Direito.* São Paulo, Rio de Janeiro: Método, Forense, 2012, v. 1.

_____. *Conciliação e Poder judiciário.* Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/>>. Acesso em: 15 mai 2017.

INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES JUDICIAIS: A PRESERVAÇÃO DO DIREITO NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE QUE JÁ CONDENOU

Isadora Calazans Eira

**Graduada pela Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio de
Janeiro. Advogada.**

Resumo – A relação entre a mídia e os processos criminais se apresenta cada vez mais intensa, ao ponto de se instaurar um conflito entre a liberdade de expressão e as garantias do acusado. A essência do trabalho é abordar as situações em que esse conflito se mostra flagrante e apontar meios para a necessária ponderação entre os direitos fundamentais, a fim de que, em última análise, o ordenamento como um todo seja preservado.

Palavras-chave – Mídia. Decisões judiciais. Garantias processuais. Liberdade de expressão. Liberdade de imprensa.

Sumário – Introdução. 1. Princípios e garantias do processo penal: o valor de sua observância no estado democrático de direito e como ocorrem as violações pela mídia. 2. Das liberdades de expressão, de informação e de imprensa: o trauma da censura e o boom da internet na contramão do direito. 3. Criminologia midiática: meios ocultos de manipulação de massa e a compatibilização da livre expressão com as garantias individuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é refletir sobre o papel que a imprensa exerce na aplicação do direito hodiernamente e debater a necessidade de limitações à sua atuação, mais precisamente no que tange aos processos criminais.

O cenário no qual o Direito Penal encontra-se imerso na atualidade, sem dúvidas, é marcado pelo medo e pela insegurança da população, dada a crescente ocorrência de crimes que chocam a sociedade como um todo. A consequência é o nascimento de uma sede por justiça e o despertar de instintos e sentimentos mais primários do homem.

Arelado a isto, vê-se um aumento exponencial do interesse dos meios de comunicação pelos fatos que tangenciam a lei. A mídia devasta a vida daqueles que toma como personagens: acusado, magistrado, delegado, promotor, advogado. Tal conduta torna vulneráveis aqueles que são essenciais à justiça e que – importante notar – ainda são seres humanos. Manobra-se a opinião pública quase que retirando-lhes a independência de atuação. Como admitir que o

convencimento motivado é de fato livre no contexto de uma sociedade que clama por vingança? Em quais megalhas se reduz a presunção de inocência?

Não são poucos os casos concretos que evidenciam como a mídia é capaz de necrotar vidas. O mais famoso deles é o da Escola Base, já um tanto esquecido devido à passagem do tempo. O que se verifica neles é que, no máximo, os lesionados são compensados em danos morais com uma indenização estéril.

A presente pesquisa científica discute os limites da invasão da imprensa nos processos criminais. Procura-se demonstrar que a criminologia midiática tem impacto significativo sobre a liberdade do magistrado ao decidir. Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os principais direitos e garantias processuais violados. Pretende-se mostrar, ainda, a imensa dificuldade existente em se cogitar de limites à atuação da imprensa. Isto porque a ditadura militar deixou no país feridas mal cicatrizadas, que não permitem esquecer o quão desumana era a censura. O resultado foi a ida de um extremo ao outro. Saiu-se do que tudo se cala para o que nada se pode calar. E não há democracias que sobrevivam à ausência de equilíbrio.

A compatibilização das garantias processuais com a liberdade de imprensa e de expressão é problemática e necessita urgentemente ser debatida e solucionada, sob pena de decisões subversivas se multiplicarem em prol de um direito penal da vingança.

No primeiro capítulo, pretende-se discorrer sobre as garantias processuais e alertar sobre a importância de cada uma delas para o Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, procura-se compreender, por meio de uma abordagem histórica, como a liberdade de imprensa chegou ao que é hoje, e como o fantasma da censura assombra qualquer sugestão de contornos à operação midiática.

No terceiro capítulo, demonstra-se como os meios de comunicação podem influenciar nas decisões do processo penal. Analisa-se a vulnerabilidade do magistrado frente às pressões externas enquanto seres humanos passíveis de erro.

Tratando dos procedimentos metodológicos, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, de modo que a pesquisadora trará proposições – algumas baseadas em casos reais –, para analisá-las comprovando argumentativamente a sua tese.

O objeto será abordado de forma qualitativa. A pesquisadora pretende valer-se da bibliografia pertinente à temática (legislação, doutrina e jurisprudência), com enfoque na análise de casos concretos.

1. PRINCÍPIOS E GARANTIAS DO PROCESSO PENAL: O VALOR DE SUA OBSERVÂNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E COMO OCORREM AS VIOLAÇÕES PELA MÍDIA

Os princípios constitucionais, mais do que ideais de justiça ou letras positivadas, são normas-chave do ordenamento jurídico. E quando fundamentais, ocupam o topo da escala normativa.¹ Os princípios são, portanto, os alicerces do sistema, definem sua racionalidade e servem como norte para sua compreensão.² São os princípios que informam o conteúdo das normas de acordo com os valores básicos da sociedade e as tornam harmônicas.

A positivação dos princípios fez surgir gradativamente os direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira – para alguns, até de quarta – gerações. Os direitos fundamentais são “um núcleo mínimo de direitos necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem”³ e funcionam ao lado das garantias constitucionais – mecanismos de defesa dos direitos fundamentais. Estes, apesar de terem surgido há muito, têm íntima relação com a manutenção de um estado democrático. A princípio, pode-se entender que há um conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, posto que eles limitam o poder do próprio povo. Entretanto, conforme salienta Robert Alexy⁴, os direitos fundamentais têm como uma de suas características a de serem contramajoritários. Neste sentido, transferindo tal pensamento para a temática abordada neste trabalho, tem-se que a despeito de todo o povo clamar pela punição severa de um indivíduo, este indivíduo poderá, sozinho, opor àquele o seu direito fundamental.

Passando à análise dos princípios mais relevantes ao tema, insta destacar o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da CRFB/88. Nas palavras de Frederico

¹ PEIXINHO, Manoel Mesias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986, p. 230.

³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45

⁴ ALEXY apud MORAIS, Dalton Santos. *Democracia e direitos fundamentais: propostas para um juízo constitucional democrático*. p. 2. Disponível em <<https://www.google.com.br/url?sa=t&url=j&sq=&source=web&cd=1&cad=rja&uact=2&ved=0abUKRwJWgNtGfzRAkWEhJAKHdgoCFsQFggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.aga.gov.br%2Fpage%2Fdownloads%2F>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

Marques³, alude às “formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu”. É, portanto, princípio do qual decorrem um sem número de garantias processuais, entre as quais a vedação à prova ilícita, o juiz natural, a publicidade, e a duração razoável do processo. Desrespeitado o devido processo legal, viola-se, em última análise, o próprio princípio da legalidade, e abre-se porta para que as decisões judiciais tenham sua formação viciada.

É possível exemplificar tal violação quando programas televisivos produzem e divulgam provas à margem das regras atinentes à sua correta produção. É muito comum deparar-se com matérias que criam circunstâncias a fim de gerar um flagrante, que seria preparado, violador do devido processo legal e, portanto, inadmissível, conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal.⁴

Outro princípio, fundamento do Estado Democrático de Direito, é o da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, III, da CRFB/88. Guilherme de Souza Nucci⁵ salienta que a dignidade possui dois aspectos. O primeiro deles, objetivo, é o que garante o mínimo existencial ao ser humano, atendendo às suas necessidades básicas. O segundo, subjetivo, é o que protege o sentimento próprio de respeitabilidade e autoestima. A dignidade tem uma série de repercussões no âmbito processual penal e marcou a transição do sistema inquisitivo para o acusatório. Isso porque, em linhas gerais, o sistema inquisitivo caracterizava-se pela objetificação do réu, enquanto o sistema acusatório passou a emergir o réu como sujeito do processo, podendo produzir provas em paridade de armas com a acusação, que são avaliadas pelo juiz de acordo com o livre convencimento motivado – o que, por certo, prestigia a dignidade do réu.

Nesse diapasão, a dignidade é o princípio mais facilmente violado quando se trata de casos de grande apelo midiático. Isso porque há um verdadeiro julgamento antecipado do acusado, muitas vezes sem lhe dar direito à manifestação contrária, já considerando-o culpado, o que pode ter uma série de repercussões na vida pessoal do indivíduo. Não é raro ver pessoas publicamente acusadas que perdem o emprego, são abandonadas pelo cônjuge, ganham a repulsa

³ MARQUES apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011, p. 452.

⁴ BRASIL. Súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/ctes/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 04 abr 2017.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33.

dos vizinhos. Por vezes, as consequências são até mais graves, alcançando níveis de depressão, entre outras doenças. Ilustrando esta hipótese, é viável citar o emblemático caso da Escola Base⁸, em que um casal foi injustamente estereotipado pela mídia como abusador de crianças e viu sua vida ser completamente destruída.

Relevantes também são o contraditório e a ampla defesa, positivados no artigo 5º, LV, da CRFB/88. O contraditório é a resistência à acusação, é o que faz a dialética do processo por contrapor duas teses.⁹ A ampla defesa, por sua vez, divide-se em autodefesa e defesa técnica. Como bem salienta Nicolitt¹⁰, o uso do termo “ampla” tem uma razão. Só é ampla a defesa porque reúne ambos os aspectos. Gilmar Mendes¹¹, citando precedente da Corte Constitucional Alemã, asinala que a ampla defesa é uma pretensão à tutela jurídica que vai além da manifestação e informação. Caracteriza-se, em verdade, pelo direito de ver seus argumentos analisados com isenção de ânimo pelo órgão julgador.

No âmbito da exploração midiática dos processos criminais, há flagrante violação ao contraditório e ampla defesa, visto que, em geral, mostra-se somente o lado da acusação. E quando é dada a palavra ao acusado, por certo, é para confrontá-lo, colocá-lo em situação embaraçosa, muitas vezes sem a presença do advogado, o que contamina a suposta concessão de contraditório. Ademais, a edição das entrevistas e a linguagem utilizada pelos apresentadores, em geral, já denotam a escolha de um lado, quase sempre acusador. E com tanto material produzido e insistidamente reproduzido pela imprensa, torna-se quase impossível existir efetiva paridade de armas.

O princípio da proporcionalidade-razoabilidade, para alguns princípio fundamental não escrito¹², é o que impede soluções jurídicas tendentes ao absurdo, induz a uma interpretação aceitável da norma que vise concretizar um direito fundamental.¹³ Este princípio é o que faz com que o direito penal seja subsidiário e fragmentário. Como o processo penal instrumentaliza o

⁸ CHREDA, Marcel J. O caso Escola Base: 20 anos de uma história e de um jornalismo trágico. *Jornal da FUC-Campinas*. São Paulo, n. 158, dez 2014. Disponível em < <http://jornal.puc-campinas.edu.br/n-casu-escola-base-2/> >. Acesso em: 01 jun 2017.

⁹ NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 128

¹⁰ *Ibid.*, p. 129.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gotet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 499.

¹² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Cestralho de, *op. cit.*, p. 84.

¹³ TÁVOIRA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 72.

direito penal, o mesmo a ele se aplica, de modo que somente deve ser deflagrada a ação penal ou imposta uma medida construtiva quando se mostrar proporcional, tendo por base os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

É neste ponto que repousa o impedimento ao uso abusivo de prisões cautelares, ao uso de provas ilícitas e à exposição excessiva das partes do processo, entre outras condutas voltadas ao combate da criminalidade a qualquer custo. Neste ponto reside, ainda, a obrigação do Estado de proteger de forma suficiente o indivíduo acusado dos ataques sociais, dentre os quais pode-se enquadrar aquele perpetrado pela imprensa.

Urge evidenciar, ainda, as garantias de motivação das decisões, imparcialidade do juiz e livre convencimento motivado. As decisões judiciais devem ser motivadas, de acordo com o previsto no artigo 93, IX, CRFB/88 e a motivação deve cingir-se ao que consta nos autos do processo. Vê-se, portanto, que ela está intimamente ligada a outro princípio: o do livre convencimento motivado, previsto no artigo 155 do CPP, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas e decidir.

Nas palavras de Tourinho Filho¹⁴, “o que não estiver dentro no processo é como se não existisse. E, nesse caso, o processo é o mundo para o Juiz”. No que concerne à imparcialidade, tem-se que o juiz imparcial é aquele que tem independência, ou seja, segurança para decidir conforme sua convicção e sem pressões externas. No dizer de Paulo Rangel¹⁵, “a imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada”. Neste sentido, é imprescindível garantir o magistrado de garantias contra os abusos na publicidade dos processos. Não se pode ignorar que o magistrado, embora treinado à imparcialidade, ainda é ser humano e, involuntariamente, absorve notícias que chegam – a todo instante – aos seus sentidos.

A privacidade, no dizer de um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1873, é o direito de estar só (*right to be alone*)¹⁶. A privacidade *lato sensu* engloba a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, todas protegidas pelo artigo 5º, X, CRFB/88. Sem adentrar em maiores minúcias, importa para o tema que a inviolabilidade da privacidade é o que limita o direito à informação sobre os indivíduos.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. V. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/11. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67

¹⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20.

¹⁶ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 208

Neste ponto, mais precisamente no que tange ao processo penal, o juiz tem o poder de tomar as providências necessárias à preservação da privacidade do acusado, conforme leciona o artigo 201, §6º do CPP. Todavia, nem sempre as determinações do magistrado nos autos do processo penal, como a decretação de segredo de justiça, são suficientes para salvaguardar a referida inviolabilidade, tornando-se imperiosa a adoção de outros mecanismos voltados à efetiva limitação da atuação midiática.

Por fim, e não menos importante, o princípio da presunção de inocência, considerado verdadeiro “pressuposto da condição humana”¹⁷. A existência desse princípio se dá, sobretudo, porque é suportável que alguém que cometeu crime seja impune, mas inadmissível que alguém inocente seja injustamente condenado. Alguns doutrinadores como Paulo Rangel¹⁸ diferenciam o princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade. Independente da vertente adotada, é certo que o princípio traz consigo algumas regras de tratamento. No sentido que interessa ao presente trabalho, Aury Lopes¹⁹ salienta entre elas a necessidade de limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado. Vê-se, portanto, que o princípio da presunção de inocência tem também incidência extra-autos, de modo que não pode a mídia tratar o acusado como se culpado fosse até que seja definitivamente condenado.

2. DAS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA: O TRAUMA DA CENSURA E O BCOM DA INTERNET NA CONTRAMAÇÃO DO DIREITO

A liberdade de expressão tem sua origem ligada aos movimentos pela liberdade religiosa que se alargaram na época do Iluminismo. Simone Schreiber²⁰, em obra sobre o tema, aborda as

¹⁷ CARVALHO, Amílton B. de apud LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 184.

¹⁸ O desembargador aponta que não existe presunção de inocência porque toda vez que o juiz profere sentença condenatória ele está a presumir a culpa – presunção esta relativa, que pode ser afastada em grau de recurso. A presunção de inocência somente existiria em uma sentença absolutória. E mais: nas palavras do mencionado desembargador, “o que a Constituição veda é considerar culpado e não presumir”. RANGEL, Paulo, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 188.

²⁰ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva dos julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50-55.

diferentes concepções de liberdade de expressão. Uma delas é a concepção instrumental ou democrática, segundo a qual a liberdade de expressão existe para o bem da sociedade e da democracia. Na prática, entretanto, o que se observa é uma omissão por parte do Estado na regulamentação da atividade midiática, de modo que são as grandes empresas de comunicação que decidem o que deve ou não ser dito, e com um único interesse: o mercado. Nada mais antidemocrático. Neste cenário, a existência de uma restrição à mencionada liberdade mostra-se favorável não só ao indivíduo, mas à sociedade como um todo.

Ademais, se, na concepção democrática, a liberdade de expressão existe para garantir a democracia, é plenamente possível pensar em sua restrição em prol do bom funcionamento das instituições democráticas, entre elas o Judiciário. Isso porque quando não há limites para a exposição midiática de um determinado caso, por certo também não há uma atuação incólume da polícia, do Ministério Público e do Judiciário, que se vêem pressionados a atender o clamor social.

Outra concepção trazida pela mencionada autora é a chamada constitutiva ou não funcional, segundo a qual a liberdade de expressão serve à auto-realização do homem. Neste sentido, seria direito do indivíduo se expressar, ainda que suas ideias fomentem o ódio. Isso porque não se deve avaliar o conteúdo do que se fala ou a intenção de quem fala. Entretanto, mesmo nesta perspectiva, a liberdade não é ilimitada, e pode sofrer restrição frente a outros direitos igualmente relevantes pelo método da ponderação.

Convém ressaltar neste tópico a diferença entre liberdade de expressão e liberdade de informação. Costuma-se dizer que a informação tem um compromisso com a verdade, imparcialidade e objetividade. Isto, aliás, está previsto no Código de Ética Jornalística.²¹ Já a liberdade de expressão remete a um juízo de valor. Apesar disso, alguns doutrinadores como o Ministro Luis Roberto Barroso²², alertam sobre a impossibilidade de se divulgar uma informação totalmente isenta de impressões pessoais daquele que a emite. O autor sugere, então, que a distinção esteja no fato de que a informação não pode carecer de verdade, ainda que subjetiva.

²¹ BRASIL. Art. 2º, II do Código de Ética dos Juristas Brasileiros: "a produção e a divulgação da informação devem ser pautadas pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público". Disponível em: <http://fienj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04-codigo_de_etica_dos_juristas_brasileiros.pdf>. Acessado em 10 fev 2017.

²² BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Críticas de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, V. 235, p. 18, jan-mar. 2004.

Por fim, há que se falar da liberdade de imprensa, cuja distinção repousaria no fato de ser vinculada à comunicação de massa e possuir uma dimensão coletiva.

No Brasil, a liberdade de expressão é assegurada pela CRFB/88²³ em suas diferentes vertentes. A constituição também deixa explícita a vedação à censura. No dizer de Paulo Gustavo Gonet, a censura é uma “ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo da mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal.”²⁴ A preocupação do constituinte em fazer tal menção se justifica pelo momento de transição democrática em que a constituição foi formulada e o histórico do país, que durante a ditadura militar perseguiu e torturou todos aqueles que se manifestavam contra o regime.

É preciso atentar, porém, para o fato de que a vedação à censura não significa que o direito fundamental à liberdade de expressão é absoluto ou não encontra limites. O próprio artigo 220, §1º da CRFB/88, ao prever a liberdade de informação, determina que seu exercício respeite o artigo 5º, X, CRFB, que, por sua vez, assegura reverência à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Desta forma, a vedação à censura visa impedir limitações indevidas ao exercício das liberdades, mas nada impede que haja restrições que assegurem o exercício correto do mencionado direito, ou seja, que o conteúdo do direito não seja ampliado a ponto de prejudicar o restante do texto constitucional.

Portanto, no contexto do presente artigo, independente de um fato criminoso interessar à sociedade, não se pode dizer o mesmo da vida privada de seu possível autor. Desta forma, mostra-se indevida e invasiva a conduta da imprensa de divulgar fotos de momentos pessoais do acusado que nada têm a ver com o fato criminoso a ele imputado ou fazer entrevistas com vizinhos para perguntar como é a rotina do acusado. Confunde-se, em verdade, a informação com uma fofoca, a qual em momento algum a constituição se propôs a privilegiar.

E mais: não só os valores ressalvados no artigo 220, da CRFB/88 são aptos a limitar a liberdade de expressão. Todo e qualquer valor garantido pela constituição deve ser sopesado a fim de que se possa extrair no caso concreto qual deles deve prevalecer. Neste sentido é que os chamados *hate speech*, discursos de intolerância contra grupos motivados por preconceitos, não

²³ BRASIL. Constituição Federal. Arts. 5º, incisos IV e XIV, e 220. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265.

possuem proteção constitucional, conforme já manifestou o Supremo Tribunal Federal no caso *Ellwanger*.²⁵

Não se pode, portanto, sob o pretexto de exercer a liberdade de expressão, fomentar o ódio e promover a segregação social de determinado grupo. E a despeito de, em geral, o *hate speech* estar ligado a preconceito de etnia, religião, gênero e orientação sexual, é possível ensejar o crescimento de um discurso de ódio contra aqueles que cometem crimes: a antiga máxima do “bandido bom é bandido morto”. O comportamento criminoso, por certo, é reprovável e não se pretende coibir manifestações contrárias ao crime. Entretanto, a busca pela punição não pode se aproximar de uma busca pela vingança, sob pena retornar-se ao tempo em que a justiça era feita pelas próprias mãos.

Há cerca de uma década todas as opiniões ou informações veiculadas vêm ganhando uma dimensão maior. Isso porque nesse meio tempo houve o crescimento de uma ferramenta muito importante para a propagação de conteúdos: a internet. Em pesquisa do IBGE²⁶ datada de 2015, chegou-se à conclusão de que 57,8% dos brasileiros têm acesso à internet, e o número só vem crescendo nos últimos anos. Isso torna ainda mais imperioso o cuidado com o que se fala porque o que se fala, se propala.

Como ressalta Ruy Martins Silva²⁷, outros setores da atividade social como telefonia e energia possuem regulamentação, o que falta, porém, ao setor de comunicação. A existência de uma legislação escassa e obsoleta, a exemplo do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), associada à concentração do serviço nas mãos de poucas empresas, propicia o exercício tortuoso da liberdade de expressão e acaba por dificultar a construção de diferentes opiniões.

²⁵ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, V. 1, n. 4, p. 55, out. 2006.

²⁶ PENNAPCORT, Roberta. *Número de domicílios com internet cresce 70% no Brasil em dois anos*. O Estado de São Paulo, São Paulo, dez 2016. Disponível em <<http://brasil.estadão.com.br/noticias/geral/numero-de-domicilios-com-internet-cresce-70-por-cento-no-brasil-em-dois-anos,1000096024>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

²⁷ SILVA, Ruy Martins Altenfelder. A comunicação e o Estado Democrático de Direito. *Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro, n. 160, p. 66, dez. 2013.

3. CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA: MEIOS OCULTOS DE MANIPULAÇÃO DE MASSA E A COMPATIBILIZAÇÃO DA LIVRE EXPRESSÃO COM AS GARANTIAS INDIVIDUAIS

É certo que jornalistas e, em última análise, as empresas de comunicação, se mostram a cada notícia mais cuidadosos, procurando não transmitir de forma tão explícita qual a versão da história adotam. Entretanto, há diversas formas ocultas de se construir uma opinião pública. O magistrado Carlos Alberto Etcheberry²⁸, em artigo sobre o tema, faz emergir a obra de John B. Thompson e traz exemplos de como uma opinião pode ser construída na sociedade através da mídia. No âmbito político, a simples escolha acerca da divulgação ou não de uma pesquisa de intenção de voto a depender de seu resultado é o fermento imperceptível de um candidato. O uso de adjetivos iguais para designar duas pessoas é uma forma de aproximá-las. O mesmo pode ser feito para marginalizar. Neste ponto, mais precisamente sobre réus criminais, é muito comum o uso de palavras pejorativas com o fito de encaixar o réu em um estereótipo de quem deve ser expurgado do convívio social. Com os recursos explanados, as opiniões são travestidas de fatos e induzem o telespectador que, a priori, deveria estar sendo apenas cientificado de fatos para firmar, por si, a própria opinião.

É possível ilustrar o mencionado quadro com o caso do chamado estupro coletivo ocorrido em 2016 em uma favela da Praça Seca, no Rio de Janeiro. Tão logo surgin a primeira notícia a respeito, os meios de radiodifusão, bem como as redes sociais foram tomadas por uma imensa comoção. Por óbvio, não se questiona aqui que o estupro é um crime bárbaro e deve ser combatido, como toda e qualquer herança de uma sociedade machista. O que se questiona é a narração emocionada e parcial que impede a construção da opinião pelo leitor, visto que este apenas absorve uma opinião já construída.²⁹ De início, houve apenas a divulgação de um vídeo

²⁸ ETCHERRY, Carlos Alberto. *A globalização e controle de opinião pública*. AJURIS, Porto Alegre, V. 30, n. 92, out 2003, p. 11.

²⁹ É o que se observa na transcrição do trecho de uma matéria jornalística veiculada no jornal O Globo online sobre o fato. Trata-se de uma entrevista com a vítima que mais se assemelha à narração de um conto: "Com o corpo trêmulo, ela ainda sangrava. A mãe procura acalmá-la. Em vão. Agitada, aparentemente sem conseguir controlar os braços, ela tenta o tempo todo se desvencilhar, como se quisesse fugir de toda. De todos. Num lapso, se solta por um minuto e desaba no chão, com olhos sem esperança, em choque. (...) A menina sem nome, que só tem o anonimato exigido por lei a protegê-la, foi estuprada por mais de 30 homens, numa favela da Praça Seca." BACELAR, Catarina; RAMALHO, Guilherme; ROCHA, Carla. *Adolescente luta para superar trauma de estupro coletivo na Praça Seca*.

em que a vítima aparece ma e desacordada, enquanto vários homens à sua volta vangloriam-se de terem praticado atos sexuais com aquela.

A impressão primeira e mais natural é de que a mulher fora vítima de estupro. Mas não se pode ignorar a possibilidade de que ela tivesse praticado ato sexual consentido e depois adormecido, momento no qual fora gravado o vídeo. Nesta situação hipotética poderia haver um crime outro que não um estupro. Ou mesmo poderia não haver crime algum. Daí porque é tão importante o contraditório e o devido processo legal, a fim de que todas as questões sejam esclarecidas e que se chegue à verdade dos fatos. Posteriormente, os envolvidos foram indiciados e denunciados, não tendo ainda havido sentença, mas certo é que independente do que se extrair no processo, os réus já estão condenados pela toga mais pesada que existe: a social.

Outro exemplo contemporâneo é o do goleiro Bruno, acusado de sequestrar e matar sua ex-namorada. Evidencia-se nele como a mídia sequer concede aos réus o direito ao esquecimento. O acusado permaneceu preso preventivamente por 7 anos aguardando julgamento definitivo e conseguiu ordem de *habeas corpus* para terminar de aguardar o processo fora da prisão, tendo sido posto em liberdade provisória e voltado a realizar seu ofício de goleiro em um clube pequeno do interior de Minas Gerais. Não satisfeita, a mídia tratou de rememorar o caso e explicar o quão absurdo seria um réu criminal estar trabalhando como goleiro³⁰. O resultado da exposição exacerbada foi o abandono de quase todos os patrocinadores do clube, por medo de verem suas imagens vinculadas a de um bandido. Que outra coisa melhor Bruno poderia fazer que não voltar ao seu trabalho? Certamente, para os punitivistas, algum trabalho braçal já naturalmente marginalizado pela sociedade. Que tipo de ressocialização é essa pretendida pelo ordenamento que impede que uma pessoa – nota-se, sobre a qual ainda paira a presunção de inocência – volte ao convívio social depois de tantos anos, trabalhando com o que sempre soubera fazer? Repreite-se: a mídia não confere aos réus e condenados o direito ao esquecimento. Salvo a uns poucos privilegiados, em geral praticantes de crimes do colarinho branco, para os quais o interesse econômico impede olvidar.

O Globo, mai 2016. Disponível em: < <http://globo.globo.com/nio/adultes-este-luta-para-superar-trauma-de-estupro-coletivo-na-praca-seca-19383700> >. Acesso em: 25 jun. 2017.

³⁰ AMARAL, Paulo. *Cogitar volta de Bruno ao futebol beira o absurdo*. Blog Só Reportes R7, fev. 2017. Disponível em: < <http://reportes.r7.com/blogs/r7-so-esportes/cogitar-volta-do-goleiro-bruno-ao-futebol-beira-o-absurdo/2017/02/24/> >. Acesso em: 18 abr. 2017.

Christian Pfeiffer³¹, em investigação realizada no início dos anos 2000 pelo Instituto de Pesquisa Criminológica de Niedersachsen, na Alemanha, chegou à conclusão que, embora o número de delitos tenha diminuído no país, os ansiosos da população e a média das prisões cresceram exponencialmente. E tal crescimento estava diretamente ligado à situação sensacionalista dos programas de TV e jornais. O autor menciona outra pesquisa realizada no mesmo país na qual se observou que o número de programas televisivos cujo foco é o tema da criminalidade cresceu 10 vezes em 18 anos. E mais: há uma relação nítida entre as horas que a pessoa passa assistindo TV e o tamanho da distorção que ela faz sobre o fenômeno criminal.³²

No Brasil não é diferente. A despeito de a realidade social ser um tanto dispare, é notório que a grade de programação dos canais televisivos dedica muitas horas a telejornais que limitam-se a esmiuçar os detalhes de crimes ocorridos no dia-a-dia do país. Não raro é deparar-se com verdadeiros discursos de ódio como o feito pela jornalista Rachel Sheberazade, que rendeu uma ação civil pública contra a emissora que o veiculou, no episódio dos “justiceiros do Flamengo”, no qual um grupo de pessoas amarrou um menor infrator nu no poste e o espancou.

A mencionada jornalista incitou, em horário nobre de um canal aberto, a população a promover a vingança pelas próprias mãos, afirmando tratar-se de legítima defesa coletiva e terminou aconselhando que aqueles que fossem defensores dos direitos humanos poderiam iniciar a campanha “adote um bandido”.³³

José Roberto Franco Xavier³⁴, em pesquisa para tese de doutorado, buscou entender como funciona a relação entre a opinião pública e as decisões judiciais penais. Segundo o autor, apenas afirmar que existe uma influência é simplório demais. Ressalta que a mídia faz um pré-julgamento porque o seu tempo é incompatível com o do processo penal, que leva anos para chegar a uma conclusão.

Destaca que as decisões do sistema criminal resultam de um processo interno e não de firma direta do estímulo externo da opinião pública. Isso porque promotores e magistrados, ainda que influenciados, são dotados de independência funcional que não pode ser menosprezada.

³¹ PFEIFFER, Christian. A demonização do mal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Ano 2005, V. 13, n. 52, artigo 9, p. 277.

³² *Ibid.*, p. 281.

³³ Rachel Sheberazade no telejornal SBT Brasil veiculado na televisão em 04 fev 2014. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=onVipQHLDwE>>. Acesso em: 02 out. 2014.

³⁴ XAVIER, José Roberto Franco. A opinião Pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Ano 23, V. 112, jan-fev/2015, p. 151

Neste sentido, o autor descobriu quais são os argumentos jurídicos mais utilizados para atender ao clamor punitivo e conferir ao réu um tratamento mais gravoso. São eles: violação à ordem pública, culpabilidade (reprovabilidade social da conduta), consequências do crime, efeito pedagógico da pena e legitimidade da justiça penal.³⁵

É certo que há influência do clamor social punitivo sobre os juristas e há subterfúgios para estes, sob uma pretensa legitimidade, atenderem àquela. Mas como evitar esse movimento? É possível de alguma forma obstar esse comportamento da mídia e afastar sua autoridade sobre as decisões judiciais? Simone Schreiber³⁶ conclui sua tese de doutorado trazendo uma série de sugestões como resposta a essa pergunta, entre elas: desaforamento, vedação à introdução de provas produzidas pela mídia no processo, ampliação do direito de resposta, restrição da publicidade do julgamento, imposição de punições posteriores à publicação, proibição de divulgação de provas ilícitas e proibição temporária de veiculação de notícias sobre o julgamento. O desaforamento é insuficiente diante de casos de repercussão nacional.

A ampliação ao direito de resposta também se mostra muitas vezes insatisfatória, posto que acontece quando a opinião pública já foi formada e, por certo, muda-la demanda muito mais esforço do que firmá-la. Ademais, a própria indenização por danos morais causados ao réu pode ser irrisória diante de um julgamento penal degradado pela pressão social.

A este trabalho, parecem realmente efetivas apenas as medidas mais drásticas trazidas pela autora, quais sejam: criminalização da publicidade opressiva e concessão de liminar para proibir a divulgação de notícias sobre o julgamento até a sua conclusão. A despeito de, ao longo dos anos, a criação de novos crimes ou agravamento de suas penas não ter se mostrado medida apta a obstar comportamentos indesejados, neste cenário parece ser uma boa alternativa. Mais do que criminalizar, o que se verifica ser necessária é a criação de uma lei que regule a atividade midiática, estabelecendo limites e punições ao desrespeito destes. E mais: punições pecuniárias altas, a fim de atingir justamente o objetivo pretendido pelas empresas com a publicidade opressiva – o lucro. Por óbvio, a pretendida lei deveria ser cunhada em pormenores, a fim de que a restrição ao direito fundamental à liberdade de expressão fosse feita de forma constitucional. Mas sua necessidade é premente.

³⁵ *Ibid.*, p. 157

³⁶ SCHREIBER, Simone, *op. cit.*, p. 385.



Como o legislativo muitas vezes atende às demandas democráticas a destempo – e é o que se verifica no presente caso –, ganha relevo mais uma vez a atividade jurisdicional, que no exercício da função contramajoritária é instada a resolver incompletudes e assegurar direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, cumpre ao judiciário agir para resguardar lesões aos direitos fundamentais dos réus criminais. E uma das formas de fazê-lo é concedendo ordem para proibir a publicidade excessiva dos processos, atendendo ao princípio da proporcionalidade. E não há que se falar aqui em exercício de censura, posto que ela não impede a situação jurisdicional para proteção de direitos outros.

CONCLUSÃO

A cultura do medo cultivada pela mídia faz nascer uma sede por justiça. E a despeito de se encontrar na doutrina aqueles que entendem ser a justiça o objetivo que o direito pretende realizar, o conceito de justiça é extremamente subjetivo, podendo ser alcançado por mais de dez caminhos distintos, alguns deles, inclusive, contrários à aplicação da lei – quando esta é considerada injusta. Fato é que muitas vezes ocorrem situações em que se clama por uma justiça que mais se assemelha à vingança e, definitivamente, o papel do Direito Penal não é vingar, já passou-se há muito dos tempos de Talião.

Entretanto, o problema maior não está propriamente em se querer uma vingança. Pode-se dizer, até, que este é um desejo inerente ao ser humano. A questão se torna crítica quando este desejo passa a influenciar na aplicação do direito, já que este deve ser imparcial. Essa influência ocorre, sobretudo, nas omissões e tenuidades da lei e da teoria penal. A ânsia de se fulminar regras e princípios a fim de se alcançar o objetivo implacavelmente pretendido é fomentado por discursos punitivistas propagados incessantemente pelos meios de comunicação, à margem de uma desapaixionada ética jornalística que deveria embasar notícias meramente informativas e sem tons condenatórios.

Na verdade, transforma-se fatos reais em uma verdadeira novela, na qual há um vilão e a sociedade inteira é a vítima. Trata-se de discurso de ódio institucionalizado, que toma proporções inimagináveis com o advento das plataformas digitais, que permitem a replicação

infinita do que se diz, quase como se a fala fosse um permanente.

É preciso esclarecer que de forma alguma aqui se pretende defender a censura. O que se visa criticar é o uso desmedido de um direito fundamental a ponto de violar o de outrem, bem como a afetação da atuação dos juristas promovida pelos mencionados discursos. É necessário que aqueles que estudaram o Direito e hoje estão investidos em funções importantes à sua aplicação não se deixem influenciar por fatores externos dessa forma. No atual momento brasileiro, uma forma de se evitar tamanha comoção seria revestir os magistrados de maiores garantias, para que se sentissem seguros de decidir segundo o direito e não segundo o clamor social.

Embora haja inúmeras manifestações críticas de importantes estudiosos acerca do tema, as decisões subversivas continuam a se multiplicar, algo cujo desfecho pode se mostrar tão ou mais perigoso que a criminalidade que a sociedade visa exterminar.

REFERÊNCIAS

ALEXY apud MORAIS, Dalton Santos. *Democracia e direitos fundamentais: propostas para um jurisdição constitucional democrática*. p. 2. Disponível em <<https://www.google.com.br/url?sa=t&act=j&q=&ecr=t&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKÉwjWgNrG87zRAhWEhJAKHdgoCFsQFggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Fi>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, V. 235, p. 18, jan-mar. 2004.

BRASIL, Súmula 145 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 04 abr 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.



ETCHEVERRY, Carlos Alberto. *A globalização e controle da opinião pública*. AJURIS, Porto Alegre, V. 30, n. 92, out 2003, p. 11.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NICOLITTI, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79

PFEIFFER, Christian. *A demonização do mal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2005, V. 13, n. 52, artigo 9, p. 277-281.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 1, n. 4, p. 55, out. 2006.

SILVA, Ruy Martins Altenfelder. *A comunicação e o Estado Democrático de Direito*. *Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro, n. 160, p. 66, dez. 2013.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva dos julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. V. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/11. São Paulo: Saraiva, 2012.

XAVIER, José Roberto Franco. *A opinião Pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 23, V. 112, p. 151, jan-fev/2015.

A ESTRUTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO: UMA REFLEXÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jaisah Sorage Farah

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente trabalho objetiva analisar, a partir das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, qual a posição do Poder Judiciário diante da situação dos direitos fundamentais do preso na atualidade. Para tanto, recorre-se à jurisprudência do STF, ao direito comparado, bem como opiniões dos operadores do direito, doutrinadores, e reportagens veiculadas pela imprensa nacional. Busca-se compreender os princípios constitucionais infringidos diante da omissão da Administração Pública na solução do problema e o papel que a Corte Suprema tem exercido na tentativa de superá-lo. Por fim, mostra-se através de um paralelo de análises críticas, qual o tratamento aplicado pelo Estado aos presos no atual cenário do cárcere brasileiro.

Palavras-chave – Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais. Sistema Penal. Cárcere.

Sumário – Introdução. 1. O Estado de Coisas Inconstitucional: a violação de direitos fundamentais e a inércia das autoridades públicas em modificar a atual conjuntura do sistema penitenciário. 2. A inaplicabilidade dos princípios da reserva do possível e da separação dos poderes diante da possibilidade de o Poder Judiciário determinar que os governantes executem obras emergenciais nos presídios. 3. A responsabilidade civil do Estado diante da omissão de políticas públicas no presídios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como enfoque a discussão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal diante da ausência de políticas públicas direcionadas a modificar a atual conjuntura do sistema penitenciário do país. Mais especificamente, analisa, diante desse quadro, a ineficácia da ressocialização, principal fundamento do encarceramento, bem como as constantes ofensas ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema para discutir a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, bem como a necessidade de imposição à Administração Pública, pelo Poder Judiciário, a fim de obrigá-la a executar obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. A Suprema Corte fixa “remédios estruturais” voltados à formulação e execução de políticas



públicas, papel este que não seria possível por meio de decisões mais tradicionais. Ela adota uma postura de judicialização da política diante da omissão do Poder Executivo que não toma medidas concretas para solucionar o problema.

Neste sentido, objetiva-se analisar quais as soluções encontradas pelo Supremo Tribunal Federal para a cessação das violações dos preceitos fundamentais dos presos insculpidos na Constituição Federal, bem como no Pacto de São José da Costa Rica.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta a tese do Estado de Coisas Inconstitucional e a conseqüente judicialização da política, isto é, ao julgar matérias que, via de regra, digam respeito à efetivação dos direitos fundamentais do preso, o Poder Judiciário obriga o Executivo a exercer a competência que pertence a ele mesmo. A Administração Pública é omissa e o Poder Executivo não apresenta propostas de melhoras no setor penitenciário.

O segundo capítulo analisa se o Poder Executivo pode alegar violação aos princípios da reserva do possível e da separação dos poderes mesmo diante da existência do Fundo Penitenciário Nacional e do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O terceiro capítulo explora as recentes decisões do STF acerca do dever do Estado de indenizar o preso, tanto em situação degradante, como em caso de morte.

O resultado da pesquisa é sistematizado na conclusão. Para tanto, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com base na análise de premissas hipotéticas, que serão comprovadas ou rejeitadas de forma argumentativa. A abordagem do objeto de pesquisa é qualitativa, com o exame de bibliografia pertinente à temática em foco, notadamente legislação, doutrina e jurisprudência.

1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INÉRCIA DAS AUTORIDADES PÚBLICAS EM MODIFICAR A ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.

O “Estado de Coisas Inconstitucional” consiste em uma situação que, denominada pela Corte Constitucional da Colômbia, possui três pressupostos principais: a violação generalizada de direitos fundamentais, a reiterada inércia ou incapacidade das autoridades públicas em modificar a situação e a necessidade de uma pluralidade de autoridades, e não somente uma, na superação desse quadro.¹

A Colômbia resgatou seus princípios de soberania popular e constituiu a categoria de “Estado de Coisas Inconstitucional”, devido à ação ou omissão do Poder Público que vem a gerar a “vulneração massiva e contínua de direitos fundamentais”.² Nesses casos, a sentença prolatada não se restringe a efeitos *inter pars*, mas a toda a população afetada direta ou indiretamente, através de políticas públicas participativas, que contam com audiências públicas e metodologia mais complexa e abrangente do que a tradicional figura do *amicus curiae*, por exemplo, presente no ordenamento brasileiro. Em relação ao processo de controle de constitucionalidade, eles contam com uma ação de inconstitucionalidade cujo titular pode ser qualquer cidadão, sem necessidade de representação. Portanto, diferente do Brasil, o acesso a tal ação no país colombiano é mais amplo.³

De todo modo, foi impetrada pelo Partido Socialista e Liberdade, a ADPF 347/DF⁴, face à crise do Sistema Penitenciário Brasileiro, tendo sido apreciada em sede cautelar na seção plenária do Supremo Tribunal Federal em 09/09/2015, e reconhecido o referido instituto do “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Ocorre que dentre as oito providências ajuizadas em sede liminar, somente duas foram deferidas, quais sejam⁵:

1COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentença T-068, de 5 de março de 1998; Sentença SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentença T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentença T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentença T-153, de 28 de abril de 1998; Sentença T – 025, de 22 de janeiro de 2004

²VAL, Eduardo Manuel, et al. *O pensamento pós a descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caracas da Sul: HDUCS, 2014, p. 126

³*Ibid.*, p. 126

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Relator: MARCO AURELIO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/julgadospub/julgador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 10 out. 2016.

⁵CUNHA, Dirley da. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 10 out. 2016.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Vide nota 4.



- I - proibição do Poder Executivo de contingenciar os valores disponível no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. A decisão determinou que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos;
- II - determinação aos Juízes e Tribunais que possam a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas do momento da prisão.

Afinal, diante do elevado grau de inconstitucionalidade enfrentado no cárcere, qual o papel que o Supremo está legitimado a desempenhar? De acordo com o Ministro Marco Aurélio⁶, devido ao excessivo número de prisões provisórias, bem como a aplicação da “cultura do encarceramento”, a Suprema Corte deve racionalizar a aplicação da ordem jurídico-penal na prática e minimizar a situação.

Continua o Ministro em seu voto⁷:

Apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os casos políticos se apresentarem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

Na disseminação da “cultura do encarceramento”, e a consequente inércia dos demais Poderes na adoção de políticas públicas, Zaffaroni e Baptista⁸ citam a influência de outras agências, além da agência policial: a agência política e a agência de comunicação social.

Alessandro Baratta⁹, também defende o mesmo pensamento quando diz que a faceta da opinião pública é tão importante para o processo de criminalização.

Neste sentido, Zaffaroni e Baptista¹⁰ afirmam que a lei penal exerce como função principal a de “tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico” que desemboca em um direito penal de risco simbólico. Explicam os autores que tais riscos não se neutralizam, mas que, no entanto, induzem as pessoas a acreditarem que esses riscos não existem e, assim, abrandam-se a ansiedade no meio social, mente e cria-se um direito penal promocional, “um mero difusor de ideologia”.¹¹ Nesse sentido, o meio jornalístico de informação impede uma análise mais realista e séria sobre esses problemas sociais.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Vide nota 4.

⁷ *Ibid.*

⁸ ZAFFARONI, Emil et al. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p.60-61.

⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p.204.

¹⁰ ZAFFARONI, et al. *op. cit.* p.631.

¹¹ *Ibid.* p. 631.

Ad realizar, a opinião pública, uma falsa sensação de solidariedade entre os cidadãos comuns, que os unifica na luta contra o “inimigo interno comum”, obscurece-se toda a consciência de classe, conforme vai sendo difundida a imagem da criminalidade pela mídia.¹²

A nítida finalidade da campanha de “lei e ordem”, é criminalizar o dissenso, tirando o foco de toda a problemática do sistema político¹³, legitimando o abandono de garantias constitucionais e processuais de tutela do cidadão e, muito mais, do preso, em face da função punitiva do Estado.¹⁴

Uma das grandes consequências desse papel das agências de comunicação social e políticas, resulta em uma competitividade discursiva e simplista que se espalha nas agências judiciais.¹⁵ “O verticalismo: controla toda a capacidade de observação da realidade”.¹⁶ Por esse viés, Zaffaroni e Batista¹⁷ explicam que “o produto final desta competitividade costuma resultar em leis penais absurdas, disputas por projetos mais repressivos, sentenças exemplarizantes, uma opinião pública confundida e desinformada”, e transformam os Poderes Legislativo e Executivo em meros difusores de tais ideologias.

Portanto, respeitar direito fundamental de preso, é confrontar o senso comum difundido na sociedade e, por isso, prejudicar o eleitorado.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio¹⁸ em seu voto, *in verbis*:

Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raras exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo.

Os bloqueios políticos advêm diretamente dessa rejeição e, conforme o Ministro relator, eles “permanecerão se não houver intervenção judicial”. É um tema de pouco prestígio popular, de modo que os poderes políticos não tomariam a iniciativa de enfrentar o tema.¹⁹

Ao adotarem essa postura em suas decisões, tanto a Corte Constitucional Colombiana como o Supremo Tribunal Federal cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais e aumentar o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas

¹² BARATTA, Alessandro. *op. cit.*, p.204-205.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* p.206.

¹⁵ ZAFFARONI, et al. *op. cit.*, p.61.

¹⁶ *Ibid.* p. 61

¹⁷ *Ibid.* p. 62

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Vide Nota 4.

¹⁹ *Ibid.*



Inconstitucional. É como se essas Cortes se engajassem em um ativismo judicial estrutural.²⁰ O Estado de Coisas Inconstitucional refere-se sempre à situações de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias, que abalam todo e qualquer sistema democrático.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos²¹:

Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das Cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados.

Não se pode, entretanto, atuar isoladamente, muito menos proferir decisões impossíveis de serem cumpridas. O STF, no caso brasileiro, deve estar ciente das suas limitações, como também dos seus deveres na adoção de ordens mais flexíveis, bem como um monitoramento de suas execuções²². Além disso, é essencial o diálogo com as demais instituições, ao invés de manter a supremacia judicial, pois “o ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico”²³.

Nesse sentido, é possível perceber que o voto em debate, do Ministro Marco Aurélio²⁴, ao propor que o STF intervenha no implemento de políticas públicas, tal como nas escolhas orçamentárias, mediante ordens flexíveis e monitoramentos na execução das medidas, o Ministro opta pela via dialógica, não havendo falar em “estado de arrogância institucional”.

Por isso, o Plenário do Supremo entendeu liminarmente que tal Tribunal não pode substituir o papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo na consecução de suas tarefas próprias. Assim, o Poder Judiciário deve superar os bloqueios aqui debatidos, mas sem afastar os outros dois Poderes nas soluções necessárias. Assim, o Tribunal achou por bem, não definir o conteúdo de tais políticas²⁵.

Com base nestas considerações, foram indeferidos pedidos que, segundo o STF, já são deveres impostos ao magistrado pela CRFB/88 e leis especiais, como também foram indeferidos pedidos que diziam respeito ao abrandamento e abatimento do tempo de prisão para

²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisa Inconstitucional e o Litígio Estrutural*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> >. Acesso em 10 out. 2016.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Entenda a decisão do STF sobre sistema carcerário e Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html> >. Acesso em 10 out. 2016.

finis de progressão de regime, livramento condicional e outras matérias concernente ao dever de legislar.²⁶

Essa postura, portanto, apesar de resultar em mudanças pouco aparentes à primeira vista, é o que se espera de uma Corte Constitucional que preza pela razoabilidade na solução de seus litígios, bem como pelo princípio da separação dos poderes em um Estado Democrático de Direito, como o nosso.²⁷ Em quadros tão acentuados de violação de direitos fundamentais, as soluções tendem a ser complexas e, é neste sentido que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, não sendo inerte por um lado, nem proativo por outro.²⁸

2. A INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DIANTE DA POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR AOS GOVERNANTES QUE EXECUTEM OBRAS EMERGENCIAIS NOS PRESÍDIOS.

O atual capítulo apresenta a posição do Supremo Tribunal Federal frente aos argumentos trazidos pelas autoridades administrativas responsáveis pela manutenção dos presídios diante de sua omissão em mantê-los adequadamente.

Conforme o julgamento do Recurso Extraordinário 592.581/RS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal²⁹ decidiu que, diante do precário estado de conservação do Albergue Estadual de Uruguaiama, no Rio Grande do Sul, tem o Judiciário o poder de impor à Administração Pública a obrigação de fazer consistente em promover medidas e executar obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Destacam-se, para tanto, a proteção da dignidade da pessoa humana, bem como o cumprimento do art. 5º, XLIX da Constituição Federal, qual seja, o respeito à integridade física e moral do preso.³⁰

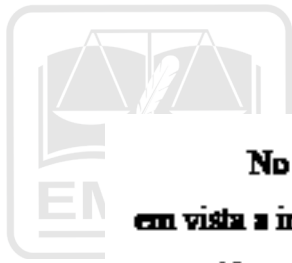
²⁶Ibid.

²⁷CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Vide nota 20.

²⁸Ibid.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

³⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 3 mar. 2017.



No entanto, essa decisão seria também uma forma de judicialização da política tendo em vista a ingerência do Judiciário na concretização de direitos constitucionalizados mas não cumpridos pelos órgãos políticos?

De acordo com Ingeborg Maus³¹, em uma sociedade cívica de poder que a represente, o judiciário torna-se o seu superego. A judicialização da política é o resultado dessa migração do poder de decisão que se dá por conta da deterioração dos espaços republicanos tradicionais. Isso acontece em razão de uma debilidade do Poder Executivo e do Legislativo, que não resolvem os assuntos sociais, e faz o judiciário entrar em cena, alterando o sistema democrático.

No mesmo sentido, Garapon³² compreende que o judiciário passa a ocupar um lugar simbólico na sociedade e se transforma num "guardião das promessas constitucionais", constituindo, portanto, a última instância moral da sociedade.

Já para o Ministro do STF, Luis Roberto Barroso³³, apesar da judicialização representar, em grande parte, a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal, ela é um fato. Esse fato é devido à redemocratização e à constitucionalização. A Constituição Federal trata de inúmeros assuntos, e as pessoas passam a procurar mais o judiciário, inclusive quando se trata de sistema prisional [informação verbal].

Continua o Ministro afirmando³⁴ que diferente da judicialização que é um fato, ativismo é uma atitude, e acontece quando há um déficit de outros Poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis [informação verbal].

Apesar de o ativismo judicial se expandir quando outros Poderes se retraem, ele tem um ponto positivo pois atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. No entanto, apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente [informação verbal]³⁵. No caso presente, não há falar em ativismo judicial pois existe a Lei de Execução Penal e existem os direitos fundamentais dos presos inculcados na Magna Carta, mas não são respeitados.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal compreende que no RE 592.581/RS³⁶ não há falar em violação à separação dos poderes, visto que a determinação é a para proteção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar em um Estado Democrático de Direito. Caso a

³¹ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como o Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 185.

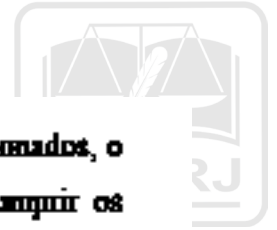
³² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revma, 2001. p. 270.

³³ Palestra fornecida por Luis Roberto Barroso, no seminário *Direitos e Desenvolvimento entre Brasil e EUA*, realizado pela PGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em maio de 2009.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. Vide Nota 29.



omissão por parte das autoridades estatais coloque em risco os direitos dos jurisdicionados, o magistrado não irá substituir o gestor público, mas, tão-somente, obrigá-lo a cumprir os preceitos constitucionais³⁷.

Neste sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski³⁸ em seu voto:

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, compreendida ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

Vale aqui mencionar o Recurso Extraordinário julgado em novembro de 2016³⁹, no qual o STF determinou que a falta de vagas em estabelecimento prisional adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime penal mais gravoso. Ou seja, o detento em regime aberto ou semiaberto poderá ter deferida, inclusive, a sua prisão domiciliar, até que as medidas alternativas sejam propostas. Tal julgamento mostra também a defesa do Supremo na busca da dignidade do preso. A manutenção do condenado em regime mais gravoso caracteriza “excesso de execução” e, ainda que privado da liberdade e dos direitos políticos, “os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua inalienável condição de sujeitos de direitos”⁴⁰.

O RE embasou ainda a aprovação pelo Plenário da seguinte Súmula Vinculante 57: “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320”.⁴¹

Em relação ao Recurso Extraordinário 592.581/RS, para o STF também não prospera a alegação de violação ao princípio da reserva do possível, isso porque a situação atual dos presídios viola diversas normas constitucionais, infraconstitucionais⁴² e normas internacionais que o Brasil se comprometeu a respeitar⁴³. Não se trata de normas meramente programáticas, devendo ser implementadas imediatamente. A defesa do princípio da dignidade da pessoa

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. *op. cit.*, nota 1 – p. 41.

³⁸*Ibid.*, p. 42.

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320/RS. Relator: GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

⁴⁰*Ibid.*, p. 18.

⁴¹SD/AD. Plenário aprova súmula vinculante sobre regime prisional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>. Acesso em: 5 mar. 2017.

⁴²Nesse sentido, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, em seus arts. 3º, 40 e 85.

⁴³Nesse sentido, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, de 10 de dezembro de 1948, em seus arts. 5º, 8º e 9º.



humana exige uma “intervenção enérgica do Judiciário”, nesse aspecto, não há margem para discricionariedade das autoridades.⁴⁴

Portanto, só caberia falar em violação à reserva do possível diante da ausência de recursos financeiros, situação esta que não ocorre na prática. Segundo o Ministro Relator⁴⁵, o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, até junho de 2015 arrecadou R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), sendo que até 2013 foram utilizados somente R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). Além disso, para ter acesso a essas verbas basta que o ente federado celebre convênio com a União a fim de executar projetos submetidos ao Departamento Penitenciário Nacional.⁴⁶ Ainda assim, é persistente a ausência de interesse das autoridades políticas em resolver o problema estrutural do sistema penitenciário.

Como foi visto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em 2015, determinou que a União liberasse o saldo acumulado do FUNPEN com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, como a construção e a reforma de presídios. Em 2016, quase um ano depois, Claudio Lamachia, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil questionou ao Ministério da Justiça sobre os recursos destinados ao sistema penitenciário, e destacou a inércia após a decisão do STF.⁴⁷

No final do ano passado, cerca de 55% do total de R\$ 2,6 bilhões autorizados para o fundo, isto é, R\$ 1,4 bilhão, foram desembolsados. Cerca de 25 unidades da federação receberam o valor de R\$ 44,8 milhões do governo federal.⁴⁸

Mesmo diante da situação, o governo editou a Medida Provisória ainda em 2016, na qual destinava parte dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional que, até então, serviam, exclusivamente, a “financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro” (art. 1º da Lei Complementar nº 79/94), mas que com a MP passaram também a serem empregados em outras finalidades ligadas a segurança pública, sem vinculação com o sistema penitenciário.⁴⁹

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. op. cit.; nota 1 – p. 41.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 64.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁷ Disponível em: <http://blogsdiret.blogfolha.com.br/2017/01/11/cumen-juiza-discute-fundo-penitenciario-com-o-psol/#_=_>. Acesso em 22 maio 2017.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

Faltando sete dias de vigência, a MP 755/2016 foi suspensa pela MP 781/2017, que continua transferindo os recursos do FUNPEN mas, além disso, revoga a destinação para o FUNPEN de metade do montante recebido pela União relativo a serviços fiáveis.⁵⁰

Por fim, ainda em relação ao Recurso Extraordinário 592.581/RS, e por tudo aqui exposto, o Poder Executivo não pode se omitir de cumprir o que ordena a CRFB com base, tão somente, na conveniência da Administração Pública. Conforme o Ministro Luís Roberto Barroso⁵¹, o Judiciário pode intervir para superar o estado crônico de omissão do Executivo e a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite ao Estado não cumprir direitos fundamentais.

Neste sentido, conclui o Ministro Barroso:⁵²

Presos só estão presos porque o Estado assim determinou. E se o Estado se arrega no poder de privar essas pessoas de liberdade, tem evidentemente que exercer seus deveres de proteção dessas pessoas que estão sob sua guarda por decisão sua.

A realidade carcerária brasileira só nos mostra a distância existente entre os fundamentos defendidos pela Carta Magna de 1988 e a realidade atual. Esta distância que separa a norma da prática é devido a reflexos históricos; uma legalidade efêmera confrontada pelo obscurantismo penitenciário, que desde os antigos regulamentos da sociedade escravista brasileira do século XIX, até a presente Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84, e ainda os regulamentos dos sistemas disciplinares estaduais, seguiram e seguem uma perspectiva utilitarista, submetida ao controle social.⁵³

Por isso, o papel do Poder Judiciário passa a ter maior relevância, como afirma o Lewandowski:⁵⁴

O longo histórico de inércia administrativa com relação à caótica situação dos estabelecimentos prisionais, bem como o lastimável desinteresse ou, até mesmo, a franca hostilidade da sociedade quanto a essa temática, permanentemente insuflada por uma mídia sensacionalista, permitem concluir que, se não houver uma decisiva ação judicial para corrigir tal situação, ela só tenderá a agravar-se, de maneira a tornar-se insustentável em poucos anos, como já anteciparam as sangrentas rebeliões de presos, as quais se repetem, com maciça regularidade, em todas as unidades da federação.

⁵⁰Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/01/medida-provisoria-sobre-fundo-penitenciario-e-subsituída-por-nova-mp>>. Acesso em 22 maio 2017.

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 592.581/RS. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/01/rt20150827-14.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 592.581/RS. *op. cit.*; nota 1 – p. 2.

⁵³RHG, Rodrigo Dagnas. *Direito e prática histórica de execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.15.

⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. *Op. Cit.*; nota 1 – p. 60.



Frequentemente, portanto, o Estado suscita a teoria da reserva do possível na tentativa de omissão no cumprimento de diversos direitos insculpidos na Magna Carta, em razão de um processo de “escolhas trágicas”. A expressão “reserva do possível” identifica o fenômeno econômico de limitação dos recursos disponíveis ao ente público para atender todos os comandos constitucionais. Contudo, a jurisprudência já decidiu diversas vezes que, em um primeiro momento, essa tese não pode ser oposta à efetivação de direitos fundamentais visto que não cabe ao administrador preterir-los. Ademais, a real insuficiência de recursos pode ser demonstrada pelo poder público diante de direitos sociais, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal também em situações como as vivenciadas nos presídios.³³

O que se admite é apenas a discricionariedade da Administração Pública e, nesse sentido, deve o ente direcionar o seu orçamento corretamente para que o direito fundamental do preso não seja violado, como se verá adiante.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DA OMISSÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS

O presente capítulo traz uma análise da posição do STF diante da atual conjuntura vivida nos presídios do país. Para tanto, perpassa-se pela opinião doutrinária, opinião de aplicadores do direito, histórica, finalizando no estudo da influência dos recentes acontecimentos e rebeliões no universo jurídico.

O Supremo Tribunal Federal julgou recentemente o Recurso Extraordinário 580252/MS³⁴, e considerou necessário o dever do Estado em indenizar pessoas que se encontram cumprindo pena em presídio em situação degradante. Vulgarmente chamado de “pedágio-

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337/SP. Relator: CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252/MS. Relator Orig. TBORI ZAVASCKI, red. p/ o ac. Ministro GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultaprocessoeletronico/ConsultaProcessoEletronico.jsp?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 20 mar. 2017.



masmorra” e inadmitido pelo STJ³⁷, visto que foi concluído pelo Tribunal da Cidadania que a indenização seria uma forma de o Estado, ao invés de garantir o cumprimento de direitos inalienáveis e imprescritíveis, “pagar aos prisioneiros uma “bolta-indignidade” pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente”.

Afinal, a decisão do STF reflete uma possível mudança jurisprudencial útil à melhoria na situação dos presídios, ou serve, tão-somente, à excusa do Estado em cumprir adequadamente os padrões mínimo de salubridade no período de custódia do preso?

No referido Recurso Extraordinário, foi narrado pelo autor que no caso haveria superlotação nas celas, além de outros problemas como higiene precária e risco, inclusive, de transmissão de doenças. Tudo foi relatado em laudo, mas nenhuma providência foi tomada. O autor da demanda ingressou com ação de indenização alegando tratamento desumano e degradante. O Estado, portanto, afirmou falta de recursos com a consequente aplicação do princípio da reserva do possível.

No entanto, o STF, em repercussão geral no RE, considerou ser dever do Estado manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade, e afirmou ser de sua responsabilidade (art. 37, §6º da CRFB³⁸) a obrigação em ressarcir os danos do preso, inclusive morais, caso tais padrões não sejam atingidos.³⁹

A jurisprudência do STF é firme no entendimento de que o Estado possui responsabilidade objetiva pela integridade física e psíquica daqueles que se encontram sob a sua guarda e custódia. Por isso, se houver negligência na vigilância do detento, uma vez que o Estado está na condição de garante e deve zelar pela integridade física do preso, a sua conduta configurará ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade.⁴⁰

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962934 MS 2007/0145328-6. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099786/recurso-especial-resp-962934-ms-2007-0145328-6/inteiro-texto-19099787>. Acesso em: 20 mar. 2017.

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988: “Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252/MS. Vide nota 1.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 662563/GO. Ministro Relator GILMAR MENDES. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21349297/recurso-extraordinario-com-agravo-are-662563-go-stf>. Acesso em: 20 mar. 2017.



Igual decisão foi tomada no RE 841526/RS diante da responsabilidade civil estatal por morte de detento com a aplicação da teoria do risco administrativo.⁶¹

Conforme o Ministro Gilmar Mendes⁶² explicou, a eficácia do art. 37, §6º é plena de modo que ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a omissão da Administração Pública, faz-se presente a responsabilidade civil do Estado. Assim, a alegação de reserva do possível não prospera na presente hipótese, visto não tratar de ação judicial na qual se pleiteia prestações de natureza social, por exemplo, como saúde e educação. A maioria do plenário do STF decidiu que a indenização deva ser em pecúnia.

Tal posicionamento do Supremo mostra uma tendência dos Tribunais do país a forçar a Administração Pública a tomar uma atitude em relação à falha estrutural de todo o sistema carcerário, nem que para isso se utilize de decisões que estipulem danos morais. Entretanto, o STF não respeitou a decisão do STJ, além de não enfrentar o cerne da questão, pois a configuração de danos morais não resolve o problema *in toto sensu*.

Aliás, é necessário somente o controle da administração pública dentro dos presídios? Ao contrário do que se mostrou até aqui, existe um grupo que também é refém do destempero com sistema carcerário: os agentes prisionais. Eles são expostos rotineiramente à violência interna e externa e são também economicamente vulneráveis frente ao poderio das facções que comandam os presídios.⁶³

Toda essa conjuntura faz com que os próprios agentes penitenciários sejam obrigados a cooperar, alimentando a situação. Os presos também não estão sob vigília do Estado lá dentro, tanto é que nos recentes episódios de rebeliões ocorridas no final do ano passado e início desse ano, “presos mataram presos, presos de uma determinada facção criminosa, mataram presos de outra facção criminosa”.⁶⁴ Chega-se a afirmar que para garantir a sua integridade física e sexual, o detento que recentemente ingressou no sistema virou um “financiador das facções compulsoriamente”.⁶⁵ Ou seja, todos viram financiadores do crime organizado.

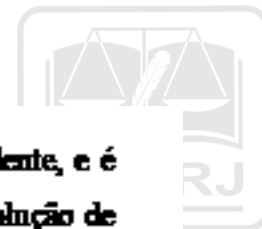
⁶¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841526/RS. Ministro Relator LUIZ FUX. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoelettronico/ConsultaProcessoElettronico.jsf?seqObjetoIncidente=4645403>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252/MS. Vide nota 1.

⁶³DA ROSA, Alexandre Moraes. *Quem garante os presos são as facções: o caso de Manaus*. Disponível em: <http://www.coojuc.com.br/2017-jan-06/fimite-penal-quem-garante-presos-sao-faccoes-manaua>. Acesso em: 20 mar 2017.

⁶⁴DALLARI, Adilson Alves. *Mortes em presídios impõem desafio na identificação de responsáveis civis*. Disponível em: <http://www.coojuc.com.br/2017-jan-19/interesse-publico-mortes-presidios-impoem-desafio-identificacao-responsaveis-civis>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁶⁵DA ROSA, Alexandre Moraes. Vide nota 3.



Diante disso, a violência dentro dos presídios se torna cada vez mais evidente, e é sustentada por uma população que crê na punição, simplesmente, como modo de solução de todos os conflitos. Ou ainda, o próprio STF que ao mesmo tempo em que quer ver o quadro mudar, permite a prisão após a condenação em segunda instância⁶⁶. Aumenta-se o rol de condutas criminalizadas, mas pouco se fala em como enfrentar o grave problema das prisões no país, e o princípio da fragmentariedade deixa de ser regra para ser exceção.

Vale aqui um adendo histórico segundo o qual a criminalização e o tratamento aplicado aos presos carrega em si uma herança proveniente desde os tempos da escravidão.

Roig explica que na Ilha de Santa Bárbara, na Baía de Guanabara, foi construída uma das primeiras prisões brasileiras, além do Calabouço, no morro do Castelo, e o Aljube, no morro da Conceição.⁶⁷ A prisão de Santa Bárbara era destinada aos criminosos condenados pelos crimes mais graves.⁶⁸ Vigorava no Brasil um sistema privatístico e corporal, decorrente de punições públicas dos senhores sobre os seus escravos, por meio dos açoites.⁶⁹ Assim, o autor mostra uma passagem em que Karasch esclarece que os ambientes das “casas de correção” eram predominantemente ocupados por escravos.⁷⁰ E continua ela⁷¹:

Além de escravos criminosos condenados, as prisões, como as das ilhas das Cobras e Santa Bárbara, detinham escravos enviados para “correção” por seus donos, devido a uma falta cometida por eles, como fugir ou contrair uma doença incurável. Se seus donos nunca arrepiassem a libertação, eles eram efetivamente abandonados para o resto de suas vidas (...). Em 1830-1832, esses indivíduos viviam numa “caverna horrível”, escura e úmida, no morro do Castelo. Embora a prisão fosse mantida “relativamente” limpa, a falta de janela fazia com que muitos morressem sufocados no calor do verão. Em 1832, os investigadores recomendaram que a prisão fosse fechada porque havia prisioneiros demais, a maioria deles escravos, que não podiam se manter limpos. Além disso, os prisioneiros sofriam de escorbuto, úlceras e gangrena, e quando os libombos de fugitivos saíam da prisão todos os dias, espalhavam doenças pela cidade. Até mesmo Weech, que acreditava firmemente na necessidade do castigo para escravos, considerava o Calabouço um buraco para animais selvagens, em vez de um lugar para seres humanos.

Atualmente, quase dois séculos depois do que fora acima descrito, há de se notar que a precária situação do cárcere não mudou muito. Fatos recentemente relatados, inclusive pela imprensa, como o caso de Manaus, no qual a ONU pediu imediata investigação das 56 mortes apuradas após a rebelião que durou mais de 17 horas, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 18 mar 2017.

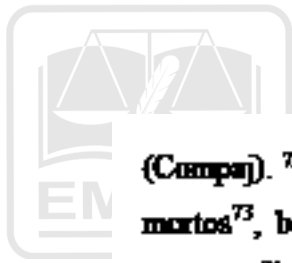
⁶⁷ RCHG, Rodrigo Duque. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revma, 2005, p. 30.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 32.

⁷⁰ KARASCH, 2000, *op. cit.* RCHG, 2005, *op. cit.*, p. 31.

⁷¹ *Ibid.*, p. 31.



(Campus).⁷² Ou ainda, o caso da rebelião de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte que deixou 26 mortos⁷³, bem como os 31 mortos na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (Pamc) em Roraima,⁷⁴ são situações que refletem o desmazelo do poder público, que se perpetua há séculos, diante do sistema carcerário.

Em palestra ministrada na OAB do Rio de Janeiro, o Juiz da Vara de Execução Penal do presídio de Manaus, que foi palco de uma das piores rebeliões da história do país, Luis Carlos Valois⁷⁵ afirmou:

O mundo jurídico que a gente vive é muito diferente da realidade e faz parte do direito encobrir essa realidade. Não é que o direito se afaste da realidade, mas ele é forjado para encobrir a realidade (...) Eles lá (da prisão) têm uns valores, uma moral, totalmente diferente da moral que a gente está tentando impor (...) Responder aqui somos nós, ninguém acha que a prisão tem alguma função reeducadora. Além disso, 60% das ações que usam o termo ressocialização é para aumentar a pena [informação verbal].

Valois⁷⁶ afirmou ainda que a privatização não soluciona o problema das prisões, e que ao privatizar todas as prisões o Estado seria chamado a atuar novamente [informação verbal]. Além disso, existem os riscos e os perigos de se privatizar para obtenção de lucros de uma atividade tipicamente estatal como o sistema prisional.⁷⁷

Em relação à exposição de tais informações relatadas pela mídia, Aury Lopes Junior afirma haver uma vantagem. Para ele, o caso do sistema carcerário passou a ser desvelado e passou a integrar a agenda pública, assim, as pessoas estão percebendo a “barbárie e o descontrole do sistema carcerário que retroalimenta o ciclo da violência urbana”. Entretanto, precisamos mais do que medidas emergenciais e simbólicas, mas sim de uma ação que pense a médio e longo prazo, e com mudanças efetivas.⁷⁸

Para tanto o autor elenca seis propostas da Human Rights Watch, como a retomada do controle das prisões; a separação dos presos; o provimento de programas educacionais e de

⁷² Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/um-pede-investigacao-imparcial-e-imediata-de-mortes-de-detentos-em-manaus.ghtml>>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁷³ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cestidiano/2017/01/1852150-noticia-prende-17-suspeitos-por-envolvimento-com-rebeliao-no-cu.shtml>>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁷⁴ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-06/massacre-33-presos-em-mortes-jurinas>>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁷⁵ Palestra ministrada por Luis Carlos Valois concedida pela OAB-RJ. *Acta Margem – A Crise Carcerária Brasileira*, na sede da OAB na cidade do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2017.

⁷⁶ *Ibid.*, nota 21.

⁷⁷ DA ROSA, Alexandre Moraes. *Quem garante os presos são as famílias: o caso de Manaus*. Vide nota 8.

⁷⁸ LOPES, Aury. *O caso do sistema carcerário e as ações propostas pela Human Rights Watch*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-13/limite-penal-crisis-sistema-carcerario-propostas-human-rights-watch>>. Acesso em: 18 mar 2017.



trabalho dentro dos presídios; a ampliação do acesso à justiça; a redução do número de presos que aguardam julgamento; e a reforma da política de drogas.⁷⁹

Apesar dessa posição, as medidas incentivadas pelo atual Governo Federal no Plano Nacional de Segurança Pública⁸⁰ são em sentido oposto, tais como a construção de mais presídios e a aquisição de mais armamentos, com fomento maior na segurança pública e não no sistema prisional.

⁷⁹ LOPES, Aury. *O caso do sistema carcerário e as ações propostas pela Human Rights Watch*. Vide nota 24.

⁸⁰ SOUZA, Felipe. *"A questão não se resolve com construção de presídios", diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>>. Acesso em: 18 mar 2017



CONCLUSÃO

Vive-se um momento em que Tribunais de diversos países vêm repensando o modo no qual o Estado mantém os encarcerados sob sua guarda. Dentre esses países está a Colômbia, que desenvolveu importante tese sobre o assunto, denominada “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Para tanto, a Corte Constitucional da Colômbia afirmou haver três pressupostos que motivaram o desenvolvimento da referida tese, quais sejam, a violação generalizada de direitos fundamentais, a reiterada inércia das autoridades públicas e a necessidade de superação do quadro por essas autoridades. Aqui no Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem adotando este entendimento no julgamento da ADPF 347/DF, ainda em trâmite.

Dentre os principais motivos ensejadores da cultura do encarceramento estão a influência das agências política e de comunicação social. A campanha de “lei e ordem” retira o foco da problemática do sistema político e legitima o abandono de garantias constitucionais.

Neste passo, a impopularidade dos presos faz com que políticos não apliquem recursos públicos no sistema carcerário, daí a importância da intervenção judicial para o saneamento do problema ou, ao menos, a sua remediação.

As omissões legislativas mas, principalmente, administrativas, ensejaram graves casos de desrespeito à proteção da dignidade da pessoa humana, tratados internacionais ratificados pelo Brasil como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como diversos incisos do artigo 5º da CRFB.

Em sua defesa, o Rio Grande do Sul, um dos estados acionados pelo poder judiciário, alegou o princípio da reserva do possível e a ofensa à separação dos poderes. Entretanto, tal tese foi rechaçada pelo STF, que impôs à administração pública a obrigação de fazer consistente em promover medidas e executar obras emergenciais nos estabelecimentos prisionais. Além desse caso, o STF também obrigou o estado do Mato Grosso do Sul a indenizar preso que se encontrasse em situação degradante.

Diante de tal conjuntura fática e da omissão administrativa, a posição do Supremo Tribunal Federal reflete uma judicialização da política, resultado da deterioração dos espaços republicanos tradicionais, que se explica pela omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em não atenderem aos anseios sociais, fazendo o judiciário entrar em cena e alterando o sistema democrático.

Num país que arrecadou até metade de 2015, R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e



sessenta e quatro centavos) em seu Fundo Penitenciário Nacional, e utilizou somente R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais), ou seja, menos de 16% (dezesseis), é irrazoável alegar princípio da reserva do possível, visto que convênios entre os estados e a União são plenamente viáveis.

A postura do Supremo Tribunal Federal é interessante do ponto de vista do cumprimento da norma, que é o que lhe cabe. No entanto, ela não enfrenta o cerne da questão. É preciso usar mais do que medidas emergenciais e simbólicas por parte da Administração Pública. Ações que pensem a médio e longo prazo são mais necessárias do que nunca. Caso contrário, episódios vividos em vários presídios do Norte e Nordeste do país no início deste ano, tornar-se-ão corriqueiros e o enfraquecimento do vínculo político-jurídico do Estado Democrático de Direito com os indivíduos, cada vez mais patente.



REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Palestra concedida no seminário *Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA*, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em maio de 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Relator: MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 641320/RS. Relator: GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

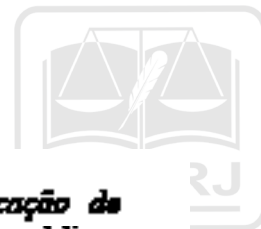
_____. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Ministro Relator TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 18 mar 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no RE 592.581/RS. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150827-14.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisa Inconstitucional e o Litígio Estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 10 out. 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Entenda a decisão do STF sobre sistema carcerário e Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em 10 out. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004



DALLARI, Adilson Abreu. *Mortes em presídios impõem desafio na identificação de responsáveis civis*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-19/interesse-publico-mortes-presidios-impoem-desafio-identificacao-responsaveis-civis>. Acesso em: 18 mar 2017.

LOPES, Aury. *O caos do sistema carcerário e as ações propostas pela Human Rights Watch*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-13/limite-penal-caos-sistema-carcerario-propostas-human-rights-watch>. Acesso em: 18 mar 2017.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como o Suparego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

SP/AD. *Plenário aprova súmula vinculante sobre regime prisional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>. Acesso em: 5 mar 2017.

ROIG, Rodrigo Duque. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Quem garante as pratas são as facções: o caso de Manaus*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-06/limite-penal-quem-garante-presos-sao-faccoes-manaus>. Acesso em: 20 mar 2017.

SOUZA, Felipe. *"A questão não se resolve com construção de presídios", diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>. Acesso em: 18 mar 2017

VALOIS, Luis Carlos. Palestra concedida pela OAB-RJ. *Acta Magna – A Crise Carcerária Brasileira*, na sede da OAB-RJ, em fevereiro de 2017.

ZAFFARONI, Raúl et al. *Direito penal brasileiro I*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO DE GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS DO PRESO PROVISÓRIO

Juliana Alvarenga Luz

Graduada pela Universidade Salgado de Oliveira. Advogada.

Resumo: a audiência de custódia prevista nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil estabelece necessidade de condução imediata do detido em estado de flagrante delito a presença de uma autoridade judicial. Esta imposição tem por objetivo garantir a fiscalização da integridade do acusado, à busca por um processo justo, por meio de imediata atuação do Judiciário na incidência da prisão em flagrante. Assim, a efetividade da medida traduz uma função fiscalizadora do cumprimento imediato do poder de polícia, a fim de coibir eventuais arbitrariedades, como exemplo, a ilegalidade ou desnecessidade da prisão, e a tortura, já que do contrário, a prisão em flagrante se sujeita a riscos de violar frontalmente a integridade do acusado. Nesse sentido, invoca-se o fundamento do Estado Democrático de Direito, do qual a regra é a liberdade, valor intrínseco da Dignidade da Pessoa Humana, razão pela qual, o sistema prisional carcerar tem o dever de proteger o cidadão de eventuais perversidades da fase pré-processual.

Palavra-chave: Superlotação carcerária. Prisão provisória. Audiência de custódia. Resolução n. 213/2015 do CNU. Fiscalização. Vedação da prisão arbitrária.

Sumário – Introdução. 1. O contexto do sistema prisional carcerar sujeito a arbitrariedades. 2. Aspectos procedimentais da audiência de custódia: uma necessidade de efetivação das garantias do preso provisório. 3. A indispensabilidade da observância e preservação dos direitos fundamentais do indivíduo durante a audiência de custódia. **A Conclusão. Referências.**

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objetivo explicar sobre os aspectos mais relevantes e práticos da audiência de custódia, proposta esta, recomendada pelos Tratados Internacionais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que foram ratificados sem reserva, pelo Brasil em 1992, para efetivamente garantir a preservação dos direitos fundamentais do indivíduo preso provisoriamente.

A análise das questões centrais do tema, com o objetivo de aprofundar a importância de um sistema prisional preventivo justo em consonância com o Estado Democrático de Direito, é fundamental para que prevaleça o sistema garantidor, conforme ordena a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A efetividade do procedimento da audiência de custódia também é importante para socorrer a adversidade da superlotação carcerária, reconhecida como um sistema falho, cuja aplicação de medidas alternativas na fase da prisão cautelar é imprescindível.

A audiência de custódia possui como objetivo a verificação dos procedimentos e causas da prisão a fim de resguardar os direitos do preso provisório, com a vedação da detenção injusta, de acordo com o princípio constitucional do devido processo legal.

Serão estudadas as inovações trazidas pelo Projeto de Lei do Senado n. 554/2011 e a trajetória de efetivação da Resolução n. 213/2015 do CNJ, que visam uniformizar o instituto da audiência de custódia, de acordo com a regra de convencionalidade em relação aos Tratados Internacionais reconhecidos pela ADI 5240 e ADFP 347.

A pesquisa será metodologicamente aprofundada através do estudo doutrinário e jurisprudencial a respeito das inovações pertinentes ao instituto para analisar seu impacto e efetividade no sistema prisional cautelar.

No primeiro capítulo, será abordada a problemática do contexto do sistema cautelar sujeito à prática de arbitrariedades contra o indivíduo encarcerado. Nesse sentido, esforça-se para denunciar as mazelas existentes no quadro de superlotação carcerária. Serão analisadas a convencionalidade e a constitucionalidade e o início da implementação do procedimento da audiência de custódia no Brasil.

O segundo capítulo abordará os procedimentos da audiência de custódia e algumas questões polêmicas regulamentadas pela Resolução n. 213/2015 do CNJ.

O terceiro capítulo tem, por intuito, a importância da verificação da preservação dos direitos constitucionais do preso provisório por meio da audiência de custódia com o enfrentamento do acusado apresentado a um juízo de garantia, em momento próximo ao flagrante, possibilitando a melhora da justiça social no sistema cautelar.

Desse modo, possibilita a verificação da trílice finalidade da audiência de custódia: legalidade da prisão, possibilidade de liberdade provisória ou outras medidas cautelares, e o combate à violação de direitos fundamentais, físicos e psicológicos do acusado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que o pesquisador pretende eleger com proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objetivo da pesquisa, explorando a doutrina e jurisprudência do tema.

Assim, se vale de pesquisa qualitativa, pois sustenta a análise de questões bibliográficas para analisar o tema.



1. O CONTEXTO DO SISTEMA PRISIONAL CAUTELAR SUJEITO A ARBITRARIEDADES ANTES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A realidade atual do sistema carcerário revela a necessidade da efetivação do cumprimento das garantias constitucionais do preso provisório e a importância da análise das questões deficitárias desse sistema decorrentes da prisão preventiva excessiva, da superlotação carcerária e máis fatos.

Deste modo, verifica-se a necessidade de buscar medidas emergenciais, a fim de resguardar a integridade do preso provisório, diante da realidade injusta do sistema processual cautelar.

Como um dos efeitos da fragilidade desse sistema, tem-se a superlotação carcerária, o que não condiz com as diretrizes da Constituição da República Federativa do Brasil¹, já que esta tem como fundamento as garantias fundamentais da pessoa humana. Ademais, a Carta Magna se compromete em tutelar a preservação da integridade do preso provisório, a presunção do estado de inocência, o devido processo legal, em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Resalta-se que dados do DEPEN² – Departamento Penitenciário Nacional, de 2014 apresentava um montante de 607.731 mil pessoas presas. Tal pesquisa posicionou o Brasil em quarto lugar no ranking de maior população carcerária do mundo, vencido apenas, por Estados Unidos, China e Rússia. Ademais, constatou-se que existem em média 300 pessoas presas por 100 mil habitantes no Brasil, estando em terceiro lugar, atrás dos Estados Unidos, Rússia e Tailândia.

A consequência da superlotação carcerária é o resultado de um sistema processual cautelar desequilibrado, o que acarreta diversos outros problemas de ordem social, jurídica e até mesmo econômica.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

² Idem. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sens-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 13 de mai. 2017.

Com o objetivo de ilustrar o sistema carcerário, Daniel Sarmento define na petição inicial, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347³, ao compará-la com a obra a Divina Comédia de Dante Alighieri:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, insalubres e insalváveis, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragível, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a complicitade do Poder Público. Falta assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. [...]

Diante desta situação descrita, se faz pertinente a reflexão dos fatores que contribuem com a formação do estado de superlotação.

Esclarece-se que com a superficialidade na cognição sumária, em razão da simples análise dos autos, conforme dispõe o artigo 310 do Código de Processo Penal⁴, gera por consequência, diversas mazelas sociais, como por exemplo, os possíveis casos de tortura e até mesmo os maus tratos com o indivíduo preso.

É importante ressaltar, que como efeito jurídico, pode-se afirmar a existência de eventual injustiça na aplicação da pena provisória, já que o contato físico do magistrado com o acusado, via de regra, ocorre somente no momento da audiência de instrução e julgamento.

Neste sentido, conforme o artigo 310 do Código de Processo Penal⁵, há exigência do recebimento dos autos de prisão em flagrante, não havendo o reconhecimento da necessidade física do acusado neste momento.

Contudo, a dispensa da presença física do acusado, em momento próximo aos fatos, prejudica a sua defesa. Isso porque, deixa de trazer informações minuciosas, referente ao indivíduo preso, e pertinente ao conjunto probatório.

Além disso, não oportuniza ao julgador a possibilidade de conhecer a pessoa humana julgada, conseqüentemente, desumaniza o momento de conversão da prisão provisória.

Em razão disso, o sistema carcelar torna-se uma análise objetiva dos autos, prejudicada da análise subjetiva, pessoal do acusado. Assim, as informações provenientes da autodefesa, se tornam violadas neste momento, já que a presença física do acusado é imprescindível ao

³ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Dele3689.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

⁵ Vide nota 4.



exercício da ampla defesa, bem como, na melhor compreensão do julgador acerca da materialidade e autoria dos fatos.

Ademais, reconhece-se que o momento é propício para a fiscalização de eventual tortura provocada por policiais na fase investigatória, haja vista a concentração de diligências destes com o objetivo de formar o arcabouço probatório.

Além disso, sabe-se que os policiais ostentam presunção de veracidade na qualidade de agentes públicos. Portanto, o ônus de desconstituir os argumentos a cargo do acusado torna-se dificultoso. Neste sentido, a fiscalização do juiz em relação aos atos praticados por policiais revela-se fundamental para coibir possível tortura.

Neste cenário, o magistrado ao ser privado de contato físico com o preso, incide em uma situação de mínima análise dos fatos orquestrados, o que prejudica a fundamentação da sua decisão.

Outro aspecto relevante que se deve registrar é o gasto econômico que o sistema carcerário arca diante do excessivo número de prisão provisória no país.

Salienta-se que o custo do preso provisório está em torno de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) anuais por preso ao Estado, segundo dados do CNJ⁶, o que reflete diretamente na economia do país, na medida em que, o Estado deixa de investir em políticas públicas relacionadas a saúde e educação, ao passo que redireciona a verba às necessidades de manutenção dos presos em estado de superlotação carcerária.

Desta forma, indaga-se se há justiça na decisão cautelar, sem a presença pessoal do acusado perante a autoridade julgadora. Contudo, o que se vislumbra é a inadequação da substituição da presença física do acusado, substituída por meros autos. Isso porque o momento imediato ao flagrante é o mais proveitoso na colheita de provas, na compreensão dos fatos, além da possibilidade de fiscalização de tortura.

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Auditoria de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2018/08/0a95a0ab0eb20f296f8eaf528fdeec09b.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017.



2. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS DO PRESO PROVISÓRIO

É necessário ressaltar os aspectos mais importantes do advento da audiência de custódia no âmbito do território nacional, já que se trata de instituto revolucionário no ordenamento jurídico.

A prisão provisória inserida em um ambiente materialmente desconforme com a Constituição da República Federativa do Brasil⁷, e em desacordo com Pactos Internacionais, carece de um instrumento facilitador dos direitos, sendo criada a audiência custódia, também chamada pelo Ministro Fux e Celso de Mello de “audiência de apresentação”⁸.

A audiência de custódia consiste na garantia que todo indivíduo tem de ser apresentado, sem demora a um juízo ou tribunal que examine a legalidade da prisão, a necessidade de medida restritiva de liberdade, adotando, a máxima efetividade das garantias do preso.

Assim Fux⁹, assevera:

[...] depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto [...].

Deste modo, a audiência de custódia ou de apresentação concretiza o anseio dos pactos internacionais ratificados pelo Brasil, além de dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna Brasileira¹⁰.

Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil em relação à audiência de custódia, desde 1992, são: o Sistema Regional de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, previsto no artigo 7, item 5 do Decreto Lei nº 678/1992¹¹ e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, previsto no artigo 9, item 3 do Decreto Lei nº 678/1992¹² no sistema global.

⁷ Vide nota 1.

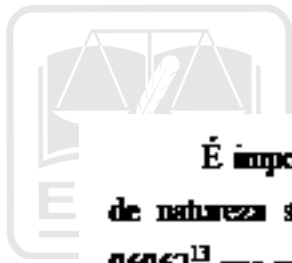
⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

¹⁰ Vide nota 01.

¹¹ Idem. Decreto Lei n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/1992/19920678.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹² Idem. Decreto Lei n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/1992/19920592.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.



É importante dizer que o tratamento dado às normas internacionais segundo o STF é de natureza supralegal, conforme jurisprudência citada no STF, em julgamento do HC 96967¹³ que analisou a prisão civil do depositário infiel.

[...]A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos sottoscritos pelo Brasil, torna implícito a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. [...]

Em razão de tamanha importância, vislumbra-se não somente, a adequação perfeita da audiência de custódia prevista em Tratados Internacionais em relação ao ordenamento jurídico interno, como também a necessidade de concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988¹⁴.

Nesse sentido, precisamente o artigo 5º, e seus incisos III, XXXV, XLIX, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵, disciplinou a vedação a tortura, inafastabilidade do acesso à justiça, comunicação à família do preso, dentre outras determinações. Todavia, a lei ordinária ainda não havia se preocupado com a implementação de um procedimento de apresentação imediata do indivíduo preso a uma autoridade competente, com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais deste acusado.

Assim, o Projeto de Lei do Senado n. 554/2011¹⁶, proposto pelo Senador Antonio Carlos Valadares, ainda em tramitação, preocupou-se em regulamentar a audiência de custódia, prevista nos Tratados Internacionais que o Brasil havia se comprometido.

Em 2014, o estado do Maranhão foi o primeiro na criação da audiência de custódia, após a intervenção da Corte Interamericana¹⁷ no “caso de Pedrinhas”, logo em seguida, mesmo ano, a importância da implantação da audiência de custódia restou mencionada na Comissão Nacional da Verdade¹⁸.

¹³ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC96967. Relator: Ministro Cesar Feltre. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 10 abril 2017.

¹⁴ Vide nota 01.

¹⁵ Vide nota 1.

¹⁶ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 554, de 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014. Medidas provisórias a respeito do Brasil, acesso do complexo penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf>. Acesso em: 11 de mai. 2017.

¹⁸ REVISTA Fórum. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2014/12/10/29-recomendacoes-crv/>>. Acesso em: 13 de mai. 2017.

Já em janeiro de 2015, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, instituiu o Provimento Conjunto nº 03 de 22 de janeiro de 2015¹⁹, que posteriormente se tornou objeto de questionamento na ADI 5240²⁰, que foi proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil), sob o questionamento de que a audiência de custódia somente poderia ser criada por lei federal, sendo impossível a institucionalização por meio de provimento autônomo. Neste sentido, teve como fundamento a alegação de vício formal de iniciativa, com base no artigo 22, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹, bem como a violação do princípio da separação de poderes.

Em decisão da ADI 5240²², o Supremo frisou a importância do Pacto de San José da Costa Rica, desde 1992, não havendo que se falar em inovação do ordenamento jurídico, suscitando a supralegalidade. Assim, a necessidade de condução sem demora a presença de um juiz ou outra autoridade competente deve ser observada, conforme o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos²³.

Além disso, a ADI 5240²⁴ também esclareceu que a quebra de separação de poderes argumentada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) de igual modo, não merece prosperar, eis que a determinação do Provimento n. 03²⁵ tem origem na Convenção de Direitos Humanos²⁶, o que apenas especifica e esclarece o determinado nos tratados, não inovando matéria de Direito, nem sequer invade a competência dos demais Poderes.

Determina ainda que a apresentação do preso ao juiz estaria relacionado a ideia de habeas corpus. Isto é, o direito fundamental a liberdade, pois a essência deste, está no fato de ter contato direto com o juiz para que o julgador pudesse ter acesso pessoalmente ao preso, e visualizar as condições do seu cárcere.

Posteriormente, outro julgado importante foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de medida cautelar n. 347²⁷, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com a pretensão de ser reconhecido o estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, em inspiração da Corte Nacional da

¹⁹BRASIL. Provimento n. 03, de 21 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://api.tjap.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=65062>>. Acesso em: 13 de mai. 2017.

²⁰ vide nota 08.

²¹ Vide nota 01.

²² Vide nota 08.

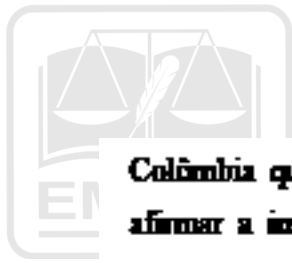
²³ vide nota 11.

²⁴ vide nota 08.

²⁵ vide nota 19.

²⁶ vide nota 11.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 29 mar. 2017.



Colômbia que havia declarado, sob a denominação “estado de coisa inconstitucional” por afirmar a insuportável violação de direitos fundamentais, com o objetivo de que o Poder Judiciário interferira na estrutura e orçamento do referido sistema.

Desta forma, adoção de medida cautelar da ADPF 347, além de reconhecer o estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, ainda deliberou acerca da realização da audiência de custódia em todo o território nacional. Nesse sentido, determinou um marco de grande repercussão institucional em todos os estados da federação, tendo em vista que estabeleceram o prazo de 90 dias para o cumprimento da audiência de custódia, da qual determina o comparecimento do preso perante a autoridade competente no prazo máximo de 24 horas a partir da prisão.

Deste modo, tendo em vista a necessidade de urgência na regulamentação da matéria, o Conselho Nacional de Justiça criou a Resolução n. 213 de 15 de dezembro de 2015²⁸, a qual traça diretrizes básicas a respeito da criação da audiência de custódia, para que não haja discrepância, entre os procedimentos dos estados, buscando, portanto, uniformizá-los.

Assim, estabelece no artigo 1º da Resolução n. 213/2015²⁹, que toda a pessoa presa em flagrante delito, seja apresentada em até 24 horas da comunicação do flagrante, a autoridade judicial competente. Sendo a sua entrada em vigor a partir de 01 de fevereiro de 2016, conforme dispõe o artigo 17 da Resolução n. 213/2015³⁰ do Conselho Nacional de Justiça.

Importante salientar, que a garantia de apresentação física do preso não está necessariamente vinculada a proximidade temporal da prisão em flagrante, já que o artigo 13 prevê que possa se valer da audiência de custódia em momentos diversos da prisão em flagrante.

A criação da Resolução n. 213/2015³¹ do CNJ tem por escopo a efetividade imediata do cumprimento das garantias fundamentais, de modo que não só faça valer a uniformização como também, a mudança de consciência, para que haja uma postura revolucionária de descaracterização do sujeito preso injustamente, por meio de uma análise individualizada, com a necessidade de contato físico do acusado no ato da audiência de custódia.

A análise do prazo de apresentação do preso, previsto na Resolução 213/2015³², trata de aferição casuística, de acordo com eventual hipótese de violação a Convenção. Isto porque a mesma, apenas faz menção ao requisito “sem demora”, e permite que os países signatários,

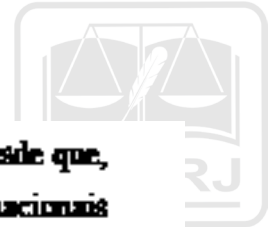
²⁸ Idem. Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/nuova-sites-sdm?documento=3059>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

²⁹ Vide nota 28.

³⁰ Vide nota 28.

³¹ Vide nota 28.

³² Vide nota 28.



tenham a liberdade de acordo com a sua realidade. Isto é, o melhor prazo interno, desde que, com razoabilidade, reconheça a apresentação imediata que os Tratados Internacionais determinam, a exemplo do direito comparado.

André de Carvalho Ramos³⁰ observa que os países americanos cumpriram um prazo imediato conforme determina os Pactos Internacionais:

[...] Argentina, prazo de seis horas após a prisão em caso de prisão sem ordem judicial; Chile, em casos de prisão em flagrante, o suspeito seja apresentado dentro de 12 horas a um promotor e, caso não seja solto, a um juiz no prazo de 24 horas de prisão; Peru, 24 horas, (...); Colômbia, 36 horas; e México, 48 horas. Assim, o em que pesa indeterminação do conceito "sem demora", fica evidente que o lapso temporal da apresentação do preso ao magistrado deve ser eliminado, para que seja cumprido o comando dos tratados de direitos humanos acima expostos. [...]

Entende-se como essencial a observância de prazo rápido do preso a autoridade competente, em razão do cumprimento útil da medida de prevenção da qual se pretende efetivar com o objetivo de cumprir as garantias do indivíduo preso.

No Brasil, a doutrina tende a estabelecer o prazo máximo de 24 horas, em razão de já haver a possibilidade de apresentação dos atos em 24 horas conforme artigo 306, §1º do Código de Processo Penal³⁴, e assim, entende a maioria dos estados da federação, exceto Maranhão, o primeiro a regulamentar, que previu o prazo de 48 horas para sua apresentação. Igual modo, Rafael Melo defende o prazo de 48 horas para apresentação do preso³⁵.

Nesse sentido, o artigo 1º da Resolução n. 213/2015³⁶ do CNJ, define a necessidade de apresentação imediata do preso em flagrante delito, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e cuidada sobre as circunstâncias em que realizou a prisão ou apreensão.

Ainda no mesmo contexto, é importante mencionar, a possibilidade da implementação da videoconferência, em razão do questionamento da constitucionalidade.

Assim, o cerne das indagações está em validar ou não a fiscalização do magistrado, por meio audiovisual, já que nesses termos, não se tem total análise de eventuais agressões, a dificuldade de atestar a integridade física do preso, mas por outro lado, facilita comunicação do preso com a autoridade competente.

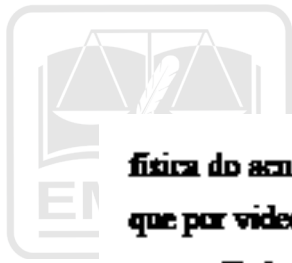
Nesse momento, o que deve ser ressaltado é a proteção da dignidade da pessoa humana, que por instrumento da realização da audiência de custódia, possibilita a presença

³⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 682.

³⁴ Vide nota 4.

³⁵ Melo, Rafael. *Audiência de Custódia no Processo Penal*. 1. ed. Minas Gerais: D'Páccido, 2016, p. 117-118.

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 28.



física do acatado, da qual é indispensável para análise efetiva das condições reais do preso, o que por videoconferência se tornaria inócuo.

Todavia, o Provimento 24/2014³⁷ do Tribunal de Justiça do Maranhão, excepcionalmente, prevê a possibilidade da videoconferência, o que relativiza a ideia da uniformização dos tribunais estaduais em território nacional, que a Resolução n. 213 de 2015 do CNJ³⁸ visou realizar.

Convém ressaltar, que tanto a CADH³⁹, artigo 7,5 e o PIDCP⁴⁰ estabelecem o termo “sem demora, à presença do juiz”, de modo que se entende, por presença física e não videoconferência, já que esse desvirtua o sentido fiscalizador da audiência de custódia.

Guilherme de Souza Nucci entendeu, em decisão de HC n. 20161527020158260000⁴¹ que a audiência de custódia pode ser exercida por outra autoridade, diversa do juiz, inclusive Delegado de Polícia, e portanto, já é exercida normalmente no Brasil. Contudo, o restante da doutrina⁴², diversamente, entende que não é compatível ao delegado ser a autoridade competente.

Além disso, é importante mencionar que a tal autoridade deve estar em conformidade com o disposto no artigo 8º, §1º da CADH⁴³, devendo ser independente e imparcial, e estabelecida por lei anterior ao cometimento do fato.

Desse modo, para que se consiga vislumbrar a proteção do preso, bem como a proteção do processo justo, a autoridade judicial, deve ser compreendida de modo a ter independência e imparcialidade, o que diverge do Delegado de Polícia. Portanto, a interpretação da autoridade judicial competente deve restringir a figura do juiz, tendo em vista a natureza imparcial deste cargo.

O magistrado, segundo Gustavo Badaró⁴⁴, realiza um juízo bifronte, isto é, juízo retrospectivo, analisando a legalidade da prisão, e um juízo prospectivo, analisando, assim a

³⁷ BRASIL. Provimento n. 24 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://portal.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407902/pmv_m_24_20012015_1633.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

³⁸ Vide nota 28.

³⁹ Vide nota 11.

⁴⁰ Vide nota 12.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. HC n. 20161527020158260000. Relator: Desembargador Guilherme de Souza Nucci. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/sgf/getArquivo.do?cdArquivo=8445742&cdFoco=0>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

⁴² NUCCI apud FONSECA ANDRADE, Mauro, ALFEN, Paulo Rodrigo. *Audiência de custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 79.

⁴³ Vide nota 11.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Rightivsky. *Audiência de Custódia no Rio de Janeiro em três aspectos processuais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-05/gustavo-badaro-audiencia-custodia-tj-positos-principais>>. Acesso em: 07 mai. 2017.



proporcionalidade da audiência de custódia. Esta fiscalização previne o encarceramento injusto.

De modo a corroborar a necessidade da figura do magistrado, constata-se que a Resolução n. 213/2015 do CNJ⁴⁵, prevê como autoridade judicial, o juiz, e da mesma forma a ADPF n. 347, assim como também a ADI n. 5240, assim entendeu.

3.A INDISPENSABILIDADE DA OBSERVÂNCIA E PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO DURANTE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

As garantias do preso provisório merecem especial atenção, quanto aos principais efeitos da audiência de custódia. Nesse sentido, faz-se necessário, a análise do desenvolvimento dos mecanismos para que haja verdadeira proteção à garantia do preso provisório.

Constata-se que a ausência da audiência de custódia permite uma análise superficial da manutenção da prisão cautelar, ao receber os autos de prisão em flagrante, nos termos do artigo 310 do CPP⁴⁶. Por consequência, gera uma prática tendenciosa por parte do juiz em converter a prisão flagrante em preventiva, sem avaliar de modo individualizado as peculiaridades do acusado. Até porque, pouco se tem de substrato a efetivar um juízo cognitivo firme acerca da prisão cautelar, restando somente fundamentação dos autos.

Salienta-se que com o advento da audiência de custódia, o preso provisório passa a ter a oportunidade de manifestar-se, de modo mais detalhado, conforme dita o exercício da ampla defesa, pois, a audiência corre em momento próximo aos fatos, o que viabiliza de modo mais eficiente a aplicabilidade do relaxamento da prisão, quando verificada a ilegalidade. Além da possibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, consoante artigo 310 incisos I e III, do Código de Processo Penal⁴⁷.

Ademais, este momento é oportuno para que o juiz possa analisar por meio do livre convencimento motivado, nos termos do artigo 157 do CPP⁴⁸, a dispensa de fiança, em casos

⁴⁵ Vide nota 28.

⁴⁶ Vide nota 04.

⁴⁷ Vide nota 04.

⁴⁸ Vide nota 04.



que se detecta a hipossuficiência do preso, conforme artigo 350 do Código de Processo Penal⁴⁹.

Também é importante mencionar que através da audiência de custódia, haverá um maior combate a possíveis torturas praticada por autoridades policiais responsáveis, já que esta pratica é tão comum, mas também, difícil de ser coibida, tendo em vista a presunção de idoneidade dos depoimentos das autoridades policiais, que somente seriam afastados caso comprovado o interesse na investigação.

A audiência de custódia não pode ser utilizada para eventuais análises do mérito. Portanto, o preso não pode ser sujeito de julgamento nesse momento, sob pena de violação da sua ampla defesa e contraditório. Não se trata de audiência de instrução de julgamento, devendo o juiz se ater somente às garantias do acusado.

O artigo 8º, inciso VIII da Resolução n. 213/2015⁵⁰ aderiu aos limites cognitivos, estabelecem:

artigo 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo (...) IV- abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do ato de prisão em flagrante.

Estarão presentes também na audiência de custódia o Defensor Público e o Promotor de Justiça, para que haja a integralização da dialeticidade da audiência. Devendo a presença da defesa ser obrigatória conforme artigos 4º e 6º da Resolução n. 213/2015 do CNJ⁵¹, caso não haja Defensor Público, deverá ser designado um defensor *ad hoc*, para garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A presença dos policiais, não causa problemas, exceto quanto àqueles envolvidos no flagrante, pois ao denunciar maus tratos ou abuso, o ideal é que o preso sinta-se a vontade para explicar a sua versão dos fatos, livre de qualquer receio de represália a sua integridade física.

Esta observância provém do exercício da ampla defesa, já que o momento oportuno para o saneamento de qualquer irregularidade procedimental passa a se concentrar na audiência de custódia. Por conseguinte, o ambiente deste ato deve ser favorável ao que se propõe, de forma que, a ausência de qualquer autoridade intimidadora é fundamental na liberdade do acusado ao se valer das garantias constitucionais.

⁴⁹ Vide nota 04.

⁵⁰ Vide nota 28.

⁵¹ Vide nota 28.



De igual modo, todos os atores processuais, devem se comportar com a finalidade fiscalizadora de irregularidades processuais. Tal conduta, é de suma importância tendo em vista que esta audiência não visa, neste momento, análise de juízo condenatório, pois caso assim fosse, recairia em violação a antecipação dos atos processuais, considerada vício grave.

Assim, deve haver uma postura tanto do magistrado quanto do Ministério Público e Defesa, em colaborar com a repressão de qualquer eventual irregularidade, garantindo ao preso provisório, a segurança de um procedimento justo. Por consequência, resguarda o sujeito processado, e ainda presumidamente inocente de ilegalidade, desnecessidade de prisão ou até mesmo tortura.

A Defensoria Pública tem um papel importante na orientação do preso provisório ao instruí-lo para que consiga desenvolver melhor a sua autodefesa. Dessa forma, deve esclarecer que não se trata de uma audiência com objetivos de aferir a culpabilidade do acusado, mas sim de promover as suas garantias constitucionais, relativas a fase cautelar do processo, a luz do princípio da presunção da inocência, e além de denunciar eventuais práticas de torturas, conforme dispõe o artigo 11 e seguintes da Resolução n. 213/2015 do CNJ.³²

Para Caio Paiva³³, caso o Defensor Público ao instruir o assistido, perceba que o mesmo não tem condições emocionais de participar da audiência de custódia, em razão do risco de prejuízo a autodefesa, poderá requerer a dispensa da audiência de custódia, desde que o assistido, concorde e renuncie ao exercício do seu direito.

Por outro lado, o ato da audiência de custódia, deve ser conduzida por um juiz de espírito fiscalizador, devendo, assim, ter boa apuração, da qualificação do acusado, circunstâncias da prisão, sem que haja análise da culpabilidade, conforme artigo 8º da Resolução n. 213 do CNJ³⁴, apenas no que for pertinente à cautelaridade da prisão. Além disso, o magistrado perceberá peculiaridades do preso, como por exemplo, estado de gravidez, ou algum cuidado especial, como doenças que até então não havia percebido, ou hipóteses previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal³⁵, segundo a qual, permite a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

³² Vide nota 28.

³³ MARANHÃO, Caio Paiva. Associação Nacional dos Defensores Públicos, 2016.

³⁴ Vide nota 28.

³⁵ Vide nota 04.



Importante mencionar que a não realização da audiência de custódia é causa de relaxamento de prisão, tendo em vista que se trata de formalidade da prisão em flagrante, de modo que a não realização, gera prejuízo.

O projeto de Lei do Senado n. 554/2011³⁶, que trata de audiência de custódia, segue paralelamente ao Projeto de Lei do Senado 156/2009, que tomou a forma de Projeto de Lei 8.045/2010³⁷ na Câmara dos Deputados e segue a sua tramitação, e instaura o Capítulo II, artigo 14 do Projeto do Novo Código de Processo Penal³⁸, a figura do “juiz das garantias”³⁹, a fim de proteger os direitos constitucionais assegurados aos presos provisórios. Nesse sentido, dispõe, que o juiz das garantias se responsabiliza pelo controle da legalidade da investigação criminal, bem como, pela proteção dos direitos individuais.

É importante dizer que o “juiz das garantias” é uma figura adotada da própria experiência latino americana⁴⁰, da qual se tem um juízo próprio competente para apreciar análise investigativas, em situações evasivas de direitos fundamentais e não se confunde com o juiz sentenciante, que analisa a imputação do acusado.

Essa estrutura já é aplicada em países da América latina, como o Chile, Colômbia⁴¹, acarretando um aperfeiçoamento do modelo sentencial, que é esperado pelo desenvolvimento do Processo Penal brasileiro, com o objetivo, de melhorar as condições do sistema penitenciário, de modo especial, o relacionado ao preso provisório.

Assim, percebe-se que os atores do Poder Judiciário, quais sejam, o juiz, defensor e o promotor, possuem grande responsabilidade na maneira de conduzir o fenômeno, audiência de custódia, já que formalmente estabelecido conforme a Resolução 213/2015 do CNJ⁴², e com o Projeto de Lei do Senado 554/2011⁴³, devem materializa-lo, à luz das garantias constitucionais, e observâncias de tratados internacionais.

³⁶ Vide nota 16.

³⁷ BRASIL. Projeto de Lei 8.045/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegr?jsciencid=00PRF543231609517/B66337PB736BCC1/proposicoes/Web/bsitem1?cditor=E3178E&filemre=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em: 13 mai. 2017.

³⁸ Vide nota 57.

³⁹ Juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado.

⁴⁰ GALLARDO, Eduardo. *Juiz de garantias, substituição de custódia: a experiência Chilena*. Rio de Janeiro: FMBRJ, 2016, 1 DVD.

⁴¹ Vide nota 60.

⁴² Vide nota 28.

⁴³ Vide nota 16.



CONCLUSÃO

Diante de tais considerações é importante frisar a preocupação em ter um cuidado maior com a efetividade das garantias constitucionais por meio da audiência de custódia, já que esta significa um grande instrumento concretizado de proteção ao preso provisório.

Destaca-se que o simples fato do contato visual do acusado com o juiz em momento próximo ao flagrante traduz em verdadeiro exercício de fiscalização de justiça, do qual se coíbe as práticas mais reprováveis, tais como a ilegalidade ou desnecessidade da prisão, e a permissibilidade da tortura policial.

Nesse sentido, deve-se observar as práticas institucionais, a fim de preparar melhor as peculiaridades de cada estado da federação, já que a inovação do instituto exige maior capacitação da estrutura do Poder Judiciário, de modo que o instituto conquiste o alcance de todos.

Por outro lado, o investimento com a qualificação de juizes, defensores e promotores, dentre outras estruturas, faz-se necessário para desempenho do sistema cautelar.

Assim, tendo por consequência a evolução do sistema processual penal, de modo a efetivar as garantias constitucionais, promove maior justiça social, além de proporcionar maior economia com os gastos públicos em razão da superlotação carcerária.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righivalvy. *Audiência de Custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 07 mai 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-cedo/wpcontent/uploads/site>>. Acesso em: 13 mai 2017.



_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. Decreto Lei n. 592. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Decreto Lei n. 678. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. Projeto de Lei 8.045/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessid=00F8F5432316095D7B66337FE736BCC1&proposicoesWebExterno1?codtem=831788&filename=Tramitacao-FL-8045/2010>. Acesso em: 07 abr. 2017.

_____. Resolução do CNU n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 abr 2017.

_____. STF. ADI n. 5240/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documentos/informativo795.htm>>. Acesso em: 10 abr 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal ADPF n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://jota.5555info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>><<https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>> Acesso em: 10 abr 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 13 de mai. 2017.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 554/2011. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014. *Medidas provisórias a respeito do Brasil, assusto do complexo penitenciário da Pedrinhas*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf>. Acesso em: 11 de mai. 2017.

GALLARDO, Eduardo. *Juiz de garantias, audiência de custódia: a experiência Chilena*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2016.

MARANHÃO, Caio paiva. *Defensoria no cárcere*. Associação Nacional dos Defensores Públicos, 2016.

MELLO, Raphael. *Audiência de Custódia no Processo Penal*. 1 ed. Minas Gerais: D' Plácido, 2016.



MELLO, Raphael. *Audiência de Custódia no Processo Penal: Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011.* 1. ed. Minas Gerais: D' Plácido Editora, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza apud FONSECA, Mauro Andrade; ALFEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no Processo Penal brasileiro.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

RAMOS, Andre de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



O CONFLITO ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A IMPOSIÇÃO DE DEVERES ÀS ESCOLAS PRIVADAS NA INCLUSÃO DA CRIANÇA COM DEFICIÊNCIA

Kécia Rodrigues Alves

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo – a educação é um direito fundamental do cidadão para com o Estado, que tem o dever de oferecê-lo a todos os cidadãos. A essência do trabalho, então, é analisar as obrigações impostas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência às escolas que ofertam da educação pela rede privada de ensino e se isso interfere na livre iniciativa.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Administrativo. Educação Especial. Educação inclusiva. Livre iniciativa.

Síntese: Introdução. 1. Direito à Educação como um direito fundamental e instrumento de desenvolvimento da pessoa com deficiência 2. Obrigações e deveres das escolas particulares impostas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência 3. Dever de solidariedade na distribuição dos custos do ensino especial ou livre iniciativa? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o conflito existente entre o princípio da *livre iniciativa* e a imposição de deveres trazidos pelo Estatuto da pessoa com deficiência às escolas particulares para que haja a inclusão do aluno portador de deficiência de maneira isonômica.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a discutir se existe a possibilidade de realização de uma parceria entre as escolas privadas e o Estado, assim como parceria entre as escolas e os pais de todos os alunos, já que a educação é um dever de solidariedade, o qual, este deve ser prestado por toda a sociedade.

Nos últimos anos, o movimento mundial de inclusão das pessoas portadoras de deficiência tem crescido e com isso foram criados muitos mecanismos para que as pessoas com deficiência possam exercer os seus direitos e liberdades fundamentais em condições de igualdade com outras pessoas. Diante desse novo cenário, foi editado no Brasil, em 2015, o Estatuto da pessoa com deficiência (L. 13.146/2015), que teve como fundamento a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, realizada em Nova York, março de 2007. O Estatuto estabelece em seu art. 28, §1º e art. 30, que as escolas privadas devem oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência sem que possam cobrar valores adicionais, de qualquer natureza nos mensalidades, anuidades e matrículas para o cumprimento da obrigação. Em razão desta previsão normativa, antes do

Estatuto entrar em vigor, houve uma polêmica, já que as escolas privadas ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 5357, sob o argumento de que com a aplicação do dever trazido pelo Estatuto haveria uma intervenção do Estado na *livre iniciativa*, já que o custeamento da inclusão dessas crianças passou para a instituição privada de ensino, embora fosse dever do Poder Público.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão do tema e abordando os motivos pelos quais as instituições de ensino privadas são obrigadas a acolher os alunos portadores de deficiência, se tal imposição é devido a aplicação dos direitos fundamentais nas relações interpessoais, além disso, enuncia-se o direito à educação como um direito fundamental que deve ser prestado a todos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a imposição realizada pelo Estatuto (L. 13.146/2015) na obrigação de equipar as escolas para recepção dos alunos que possuem algum tipo de necessidade especial, e se isso não estaria limitando o *princípio da livre iniciativa*, já que esse custeamento poderia interferir na saúde financeira das escolas particulares, além de ensejar um rechaçamento ainda maior na inclusão dos alunos que possuem deficiência.

O terceiro capítulo, destina-se a examinar se existe a possibilidade de realizar uma parceria entre as escolas privadas e o Estado, ou entre a escola e todos os pais, se esta medida não seria capaz de solucionar as colisões entre os princípios constitucionais da isonomia e da *livre iniciativa*. Assim como, se haveria a possibilidade de haver um maior equilíbrio econômico-financeiro das escolas particulares e, por isso, tornar mais efetiva a inclusão e acolhimento das crianças deficientes.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisa e fecha na fase exploratória da pesquisa para sustentar a sua tese.



1. O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Inicialmente, faz-se necessário observar que Constituição Federal de 1988¹, trouxe inovações no que diz respeito aos direitos fundamentais em comparação com as disposições constitucionais anteriores, já que a referida Carta Constitucional tratou do tema de direitos fundamentais com uma maior relevância por ter sido editada no período de redemocratização.

De acordo com Clarice Silva Duarte², isso significa que os postulados implícitos ao modelo de Estado social e ao regime político democrático não podem ser deixados de lado para compreensão e interpretação da ordem jurídica vigente. Além disso, de acordo com Ingo W. Sarlet³ para que haja a concretização desse modelo constitucional é necessário que sejam respeitados os direitos individuais, assim como os direitos sociais.

A Constituição de 1988 reconheceu, de maneira expressa, o direito à educação como um direito fundamental social, em seu artigo 6º os denominados direitos sociais, tais como a educação, saúde, alimentação, o trabalho, a moradia, lazer, dentre outros direitos.⁴

Além da previsão no capítulo de direitos sociais, que deve ser interpretado como um direito fundamental, José Afonso da Silva⁵, explicita que o direito à educação também foi abordado de maneira mais detalhada a partir do Capítulo III, que trata da educação, da cultura e do desporto (art. 205 a 214). Por esta razão, o autor afirma que a leitura dos dispositivos constitucionais que versam sobre direitos sociais e educação devem ser realizadas de maneira conjunta. O art. 205 da CRFB preceitua que a educação é um direito de todos e dever do Estado e também da família, de modo que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10 out. 2016.

² DUARTE, Clarice Seixas. *A educação como um direito fundamental de natureza social*. <<http://www.scielo.br/pdf/rev/v28n100/a0428100.pdf>> Acesso em: 08 out. 2016.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.ed. 2001, p.67.

⁴ "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.Ed. São Paulo: Malheiros, p. 316



Ao realizar a leitura da maneira como indicada pelo autor⁶, visualiza-se, de maneira clara, o direito o direito à educação como um direito fundamental pelo fato de ser um direito que deve ser prestado a todos, sem qualquer distinção, e por isso, seria decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se caracteriza como atributo de todo ser humano. Deste modo, conforme exposto pelo autor⁷,

o art. 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o art. 6º, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que a educação é direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Vale dizer: todos têm direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família.

Com base nisso, Luciana Vieira Santos Moreira Pinho⁸ dispõe o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que fora ratificado pelo Brasil pelo Decreto n. 591/1992, assinala, no art. 13 que os Estados, os quais fazem parte do Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação, porque esta visa o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa humana no aspecto de sua dignidade além de reforçar os direitos individuais e as suas liberdades fundamentais, além de concordar que

a educação deve habilitar toda a pessoa a desempenhar um papel útil numa sociedade livre, promover compreensão, tolerância e amizade entre todas as nações e grupos, raciais, étnicos e religiosos, e favorecer as atividades das Nações Unidas para a conservação da paz.

De igual modo, além da previsão constitucional tratando do direito à educação como um direito fundamental, existem outros documentos que abordam o tema de maneira similar, neste sentido Duarte⁹ dispõe:

há uma série de outros documentos jurídicos que contém dispositivos relevantes a respeito do direito à educação, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto legislativo n.592, a 6 de dezembro de 1992; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001), entre outros.

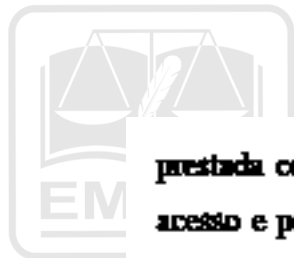
Destaca-se, ainda, que com base nos documentos mencionados assim como os dispositivos constitucionais fica evidente que a educação, é um direito de todos e dever de colaboração do Estado e da Família, visando o desenvolvimento pleno da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania. Por ser a educação um direito de todos, ela deve ser

⁶ *Ibid*, p. 316

⁷ *Ibid*, p. 316

⁸ SANTOS, Luciana Vieira dos. A garantia da educação especial na rede privada de ensino. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/20576/a-garantia-da-educacao-especial-na-rede-privada-de-ensino>>. Acesso em: 08 out. 2016

⁹ DUARTE, op. cit. Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tes/v22n1/00/a0428100.pdf>> Acesso em: 08 out. 2016



prestada com base no ensino em igualdade de condições, que deve oferecido a todos para acesso e permanência na escola, conforme disposto no art. 206, I da CRFB¹⁰. Dentro deste princípio de igualdade de condições, está inserido o direito específico da pessoa portadora de deficiência, conforme disposto no art. 208 da CRFB, o qual dispõe que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Nesse sentido, Mrech¹¹ assevera que o aluno portador de deficiência poderá exercê-lo de maneira indiscriminada, por meio da educação inclusiva, que é conceituado doutrinariamente como um processo social de inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais ou as que possuem dificuldades na aprendizagem na rede comum de ensino.

Além do dever Estado, verifica-se que a educação deverá ser promovida por todos da sociedade em colaboração, de modo que se insere a obrigação da escola, que precisa aceitar os alunos portadores de deficiência, atuando, segundo Maliska¹², de maneira democrática, já que a aceitação implica na adequação das escolas com equipamentos e instrumentos pedagógicos, que colaborem para dar suporte a essa diversidade e prestar o desenvolvimento de todos os alunos.

Igualmente importante, no que diz respeito à inclusão educacional, são as Lei n. 7.853/89, assim como o Estatuto da pessoa com deficiência Lei n. 13.146/2015, as quais asseguram às pessoas com deficiência o exercício pleno e inquestionável de seus direitos básicos: à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, à maternidade, ao amparo infantil, entre outros benefícios. Assim, verifica-se que a Constituição e a legislação infraconstitucional permitem que o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência seja prestado de outra forma que não apenas na rede comum de ensino. De acordo com a cartilha de direitos da pessoa portadora de deficiência¹³, a legislação permite, que o atendimento educacional especializado para a pessoa com deficiência seja realizado pelas escolas especiais públicas e privadas. Assim, por ser um direito das pessoas com deficiência, a educação poderá ser ofertada tanto pelo Poder Público, quanto por escolas privadas, as quais

¹⁰ "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...)"

¹¹ MRECH, Levy Magalhães. *O que é educação inclusiva?* Disponível em: <<http://www.luzimarteixeira.com.br/wp-content/uploads/2010/10/1-o-que-e-educacao-inclusiva.pdf>> Acesso em: 08 out. 2016

¹² MALISKA apud PINTO, Luciana Vieira dos Santos. *A garantia da educação especial na rede privada de ensino.* Disponível em <<http://fjps.com.br/artigos/20576/a-garantia-da-educacao-especial-na-rede-privada-de-ensino>>. Acesso em: 08 out. 2016

¹³ BRASIL. Senado Federal. *Cartilha de direitos de pessoas com deficiência: conhecer para exigir.* Senador: Flávia Arra. Disponível em: <<http://www.mrcb.org.br/leis/cartilhadireitosdeficientes.pdf>>. Acesso em: 16 de jan. 2017

serão mantidas por entidades sem fins lucrativos e poderão obter recursos do Ministério da Educação, que serão oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, o qual foi criado pela Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007.¹⁴

Diante disso, de acordo com os ensinamentos da professora Eugênia Augusta Gonzaga Fávero¹⁵, a escola nada mais é do que um estabelecimento público ou privado em que se ministra aos alunos e possui a coletividade como público, para ela, a escola deve ter a localidade em que estudam os alunos do bairro, comunidade, independentemente das suas características individuais.

Só assim a escola será o espaço adequado e privilegiado da preparação para a cidadania e para o pleno desenvolvimento humano, objetivos que devem ser alcançados pelo ensino e que estão previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 205).

Deste modo, percebe-se que a escola, ao realizar a educação inclusiva, ajuda no desenvolvimento da criança portadora de deficiência com os demais alunos, contribuindo para formação de padrões éticos morais, colaborando para o convívio social das crianças portadoras de deficiência.

2. OBRIGAÇÕES E DEVERES DAS ESCOLAS PARTICULARES IMPOSTAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)¹⁶ e as legislações infraconstitucionais vigentes, conforme analisado no capítulo anterior, determinam que a educação é um direito da pessoa com deficiência, visando o desenvolvimento pleno da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania ficaram assegurados direitos das crianças portadoras com deficiência e deveres a serem prestados por escolas públicas e privadas. Com base nisso, faz-se necessário analisar o Estatuto da Pessoa com Deficiência que possui o objetivo de fazer com que as pessoas com deficiências exerçam seus direitos e liberdades

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ FAVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. O direito das pessoas com deficiência à educação. Disponível em: <<http://e.gov.nfsc.br/portal/sites/default/files/arquivos/15875-15676-1-PR.pdf>>. Acesso em: 09 de out. 2016

¹⁶ Vide nota 1



fundamentais em condições de igualdade com outras pessoas, visando a sua inclusão social e cidadania, conforme disposto no art. 1^o.¹⁷

A Lei 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência)¹⁸ foi aprovada no ano de 2015, fortemente influenciado pela Convenção sobre Direito das Pessoas com deficiência, a qual, esta foi realizada no ano de 2007 em Nova York, que foi ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e posteriormente, pelo Decreto Presidencial n. 6.949, em agosto de 2009, em conformidade com o procedimento previsto no art. 5, §3^o da CRFB, ou seja, a Convenção passou a vigorar com *status* de emenda constitucional, de acordo com o disposto no parágrafo único do art.1^o do Estatuto.

Para compreensão acerca de quem se encaixa no conceito de pessoa com deficiência, o art. 2, do Estatuto da pessoa com deficiência, dispõe que será considerada como pessoa portadora de deficiência aquela que possui impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual, sensorial o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir a participação deles a uma plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Estatuto se dedica à existência de dispositivos aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, e busca conferir ainda, a regulamentação dos direitos à educação da pessoa portadora de deficiência em igualdade de condições com outras pessoas, visando a garantia do cumprimento do comando Constitucional. Isto posto, o art. 27 determina que a educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis de aprendizado ao longo de toda vida da pessoa, de modo a alcançar o máximo de desenvolvimento possível das habilidades física, sensorial, intelectual e sociais, com base nos interesses, características e necessidades de aprendizagem da pessoa em desenvolvimento. O dispositivo determina, ainda, em seu parágrafo único que o Estado, a família, a comunidade escolar e a sociedade possuem o dever de assegurar educação de qualidade às pessoas com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

¹⁷ Art. 1^o É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/L13146.htm> Acesso em: 26 de fev. de 2017



Diante desta previsão legislativa, Cristiano Chaves de Farias¹⁹ assevera que o conceito de educação está ligado a noção de direitos humanos e ao princípio da igualdade, de modo que a educação apenas será proporcionada de maneira universal quando se faça um estudo em que se permita o acesso de todos, sem qualquer distinção, para que se possa dar a oportunidade de crescimento daquele indivíduo. Por meio da convivência, será possível desenvolver o acolhimento de tolerância e a ética.

De acordo com a nota técnica do Ministério da Educação e da Secretaria da Educação especial²⁰, a educação inclusiva, que possui como fundamento princípios filosóficos, políticos e legais dos direitos humanos compreende uma mudança da concepção pedagógica, na formação docente e de gestão, passará por transformações para que o direito de todos à educação seja efetivado, destaca, ainda que, há necessidade de transformação das estruturas educacionais que reforçam a oposição entre o ensino comum e especial e a organização de espaços segregados para alunos público alvo da educação. Evidencia-se, assim, o objetivo a inclusão do aluno com deficiência no sistema educacional regular, de modo que os alunos portadores de deficiência não devem ser segregados em escolas específicas para deficiências, mas devem ser educados em classes comuns nas escolas regulares da sua comunidade, para que tenham convívio, desde a primeira infância, com as diferenças, de modo natural, sem que haja preconceito, negações por parte do outro.²¹

Diante do exposto, é possível concluir que o ensino inclusivo milita em favor da dialógica implementação dos objetivos que foram desenhados pela Constituição da República Federativa Brasileira e que somente será possível a efetivação destes valores pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a qual seja voltada para realização do bem de todo. Assim, a educação inclusiva é uma política pública estável que deve ser exercida pela rede regular de ensino, seja ela pública ou privada, de modo que deverá ser adaptada para o acolhimento das pessoas portadoras de deficiência. Nesse aspecto, Cristiano Chaves de Farias²² sustenta que será necessário que, nas escolas, uma rede de apoio acompanhe o deficiente no ensino, com várias maneiras que possam suprir as deficiências dos alunos, afirma o autor que:

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Ruy de Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto de pessoas com deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016. p.21

²⁰ BRASIL. Ministério da Educação e da Secretaria da Educação especial. *Nota técnica – anexo/gráfico 11/2010*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_document&view=download&layout=5204-notatecnica-112010&Itemid=30192. Acesso em: 26 fev. 2017.

²¹ FARIAS apud RRESENDE, op. cit., p.101.

²² FARIAS, op. cit. p.100



Várias formas de suprir eventuais deficiências são contempladas no dispositivo em exame, ao prever um projeto pedagógico que atenda às necessidades do deficiente (inc. III), que conte com a participação da família (inc. VIII), e com a oferta de profissionais de apoio (inc. XVII), etc.

Nesse aspecto, o artigo 28 do Estatuto²³, o qual determina que incumbe ao poder público, criar, desenvolver, assegurar, incentivar, acompanhar e avaliar às crianças portadoras de deficiência um sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, assim como devem ser assegurado o aprendizado ao longo de todo processo de participação e aprendizagem. O estatuto, determina, ainda, que haja aprimoramento dos sistemas educacionais com a finalidade de que todos tenham condição de acesso e permanência por meio de oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena; assim como deve haver atendimento educacional especializado com adaptações a serem feitas para atender as características individuais de cada estudante, dentre outras. Tais determinações possuem o objetivo de implementar a educação inclusiva no Estado Brasileiro, trata-se de um dever do Poder Público na oferta da educação, de igual modo, o art. 28, §1º determina que às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, também devem aplicar obrigatoriamente o disposto nos incisos do caput.

O dispositivo do Estatuto determina que serão assegurados: o sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, assim como o aprendizado ao longo de toda vida; aprimoramento dos sistemas educacionais que devem garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem do aluno, por meio de oferta dos serviços e recursos de acessibilidade que sejam suficientes e eliminem as barreiras existentes; projeto pedagógico que institucionalize do atendimento educacional especializado, assim como deve ser fornecido aos portadores de deficiência adaptações suficientes ao atendimento das necessidades, dentre outros deveres previstos nos incisos do caput art. 28.²⁴

Além da previsão de deveres impostos às instituições de ensino, o art. 28, §1º e o art. 30 do Estatuto da pessoa com deficiência, determinam que as escolas privadas ofereçam, assim como as escolas públicas, o atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas portadoras de deficiência, sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para que cumpram esta obrigação legal.

Restalte-se, que ao determinar os referidos deveres o legislador tomou por base o fato da educação ser tratada pela doutrina como modalidade de serviço público, o qual pode ser

²³ Vide nota 18

²⁴ BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.html> Acesso em: 26 de fev. de 2017



delegado pelo Estado, por meio de concessão ou autorização. Diante disso, como observado por Cristiano Chaves de Farias³⁵, o art. 209 da Constituição Federal ao dispor sobre a liberdade do ensino a cargo de instituições privadas, também impõe determinadas condições para que aquele seja realizado pela iniciativa privada, a saber:

Cumprimento das normas gerais da educação nacional e autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Também a Lei n. 9394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), prevê em seu art. 3º, inc. V, a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, e, mais adiante, (art. 7, incisos I e II), repete o texto constitucional.

Dessa feita, é possível verificar que o ensino particular se sujeita ao controle por parte do Estado, o qual, poderá impor normas de observância obrigatória. Nesse sentido, o referido autor, ainda conclui que os dispositivos elencados pelo estatuto da pessoa com deficiência (art. 28 e art. 28, §1º, ressalvada a hipótese prevista no inciso VI do caput), devem ser aplicados pelo serviço particular de educação, de modo que compete ao Ministério Público e aos órgãos vocacionados para tanto zelar pela aplicação dos dispositivos.

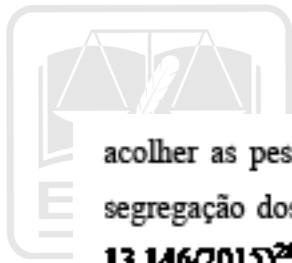
Ante as disposições normativas é possível visualizar que se trata de uma ferramenta adotada pelo legislador brasileiro para o cumprimento dos diversos Tratados Internacionais e que as pessoas com deficiência não devem ser tratadas segregadas da sociedade, de forma que o poder público e a sociedade deve contribuir para o avanço da educação no País, como será analisado no capítulo subsequente.

3. DEVER DE SOLIDARIEDADE NA DISTRIBUIÇÃO DOS CUSTOS DO ENSINO ESPECIAL OU LIVRE INICIATIVA?

Como analisado no capítulo anterior, a inclusão dos alunos portadores de necessidades especiais nas escolas demanda um atendimento educacional especializado, o qual, este necessita de disponibilização de recursos materiais, arquitetônicos, humanos e tecnológicos para que se efetive a educação. O cerne do presente estudo cinge-se no questionamento acerca da obrigação das entidades de ensino privadas em se equipar nos aspectos físicos e humanos para garantir educação de qualidade aos alunos portadores de deficiência e a *livre iniciativa* dessas entidades.

Sabe-se que as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e após as diversas transformações ocorridas pelo advento da inclusão social, devem se adaptar para

³⁵ FARIAS, *op.cit.*, p.101



acolher as pessoas com deficiência sem que haja barreiras. Com o objetivo de por fim na segregação dos alunos portadores de deficiência, o **Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015)**²⁶ tratou da inclusão dos alunos das redes regulares de ensino, assim como das obrigações como analisado no capítulo anterior do presente trabalho. Quanto as obrigações impostas às escolas públicas e particulares, a lei destaca que elas devem ser efetivadas sem que haja a cobrança de valores adicionais nas mensalidades das crianças portadoras de deficiência, especificamente prevista no art. 28, §1º, com objetivo de proporcionar a isonomia material.

Diante de tal previsão legal, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem), antes mesmo da entrada em vigor do Estatuto, ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a ação de inconstitucionalidade (ADI) n. 5357, com pedido liminar, sob o fundamento de que as exigências realizadas comprometeriam a existência das escolas privadas e que seria dever do Estado o atendimento educacional das pessoas deficientes. O Relator do caso, Min. Edson Fachin, indeferiu o pedido liminar, sob a justificativa de estavam ausentes a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora, no mais, afirmou que²⁷:

se é certo que se prevê como dever do estado facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade, bem como, de outro lado, a necessária disponibilização do ensino primário gratuito e compulsório, é igualmente certo inexistir qualquer limitação da educação das pessoas com deficiência a estabelecimentos públicos ou privados que prestem o serviço público educacional.

Posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, deliberou, por maioria, julgar o pleito improcedente, entendeu que as disposições do Estatuto nos dispositivos impugnados tratam da obrigatoriedade das escolas privadas de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência e reputou que a responsabilidade pela alteridade é um elemento estruturante da Constituição. Nesse sentido, o STF asseverou que a atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência pressupõe a ideia de que essa ação tem via dupla, ou seja, traz benefícios a toda a população.²⁸

²⁶ Vide nota 18

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357 MC-Referendo/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procen/verProcessoAndamento.asp?numero=5357&rlbase=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 28 de fev. 2017.

²⁸ De acordo com o Supremo Tribunal Federal, todos os cidadãos têm o direito ao acesso a uma democracia plural, de pessoas, credos, ideologias e outros elementos. Especificamente, a Constituição prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência (artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, § 4º, I; 201, § 1º; 203, IV e V; 208, III; 227, § 1º, II, e § 2º; e 244). Para a Corte, ao se compreender pluralidade e igualdade como duas faces da mesma moeda, entende-se que a igualdade não se esgota diante da previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que possibilitem, de fato, esse acesso e sua efetivação concreta. Ainda, de acordo com a Corte Suprema, a Lei 13.146/2015 estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e



Nesse julgamento, ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, o qual julgava o pedido parcialmente procedente, já que ele considerava que a intervenção estatal no mercado deveria ser minimalista e que a obrigação principal, por se tratar de educação, é do Estado. Diante disso, faz-se necessária a análise das imposições pela Lei 13.146/2015²⁹, conforme analisado nos parágrafos anteriores e a *livre iniciativa* das Escolas Privadas.

Em conformidade ao que foi analisado nos capítulos anteriores, entende-se que a educação é um instrumento imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e o efetivo exercício da cidadania, razão pela qual a sua prestação deve ser realizada com base na igualdade de acesso, como bem regulamenta o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sem que haja qualquer forma de discriminação ou distinção ao direito ao aprendizado. Em contrapartida a este direito de igualdade, está o princípio da livre iniciativa, o qual assegura a qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal, ressalvados os casos previstos em lei de modo expresse.

A prestação educacional por estes privados depende de prévia autorização estatal, assim como observância aos princípios de ordem pública, consoante previsão no artigo 209 da Constituição Federal, o qual determina que o ensino é livre à iniciativa privada, desde que atendidas as condições de cumprimento das normas gerais da educação nacional (inciso I) e haja autorização e avaliação de qualidade pelo poder público (inciso II), mas isso não significa que os agentes econômicos que o prestam possam fazê-lo de maneira ilimitada ou sem responsabilidade. Da mesma forma, os estabelecimentos privados não podem eximir-se dos deveres de estatura constitucional impostos ao sistema educacional do País.

A previsão de obrigações para as instituições privadas trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁰ devem ser observadas, já que ao dispor sobre o ensino inclusivo o referido estatuto milita em favor da implementação dos direitos fundamentais. **Vê-se de maneira inequívoca, que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações travadas pelas instituições de ensino privada tem ganhado força, de modo que a autonomia privada não pode ser concebida como um axioma absoluto, já que deve receber uma leitura harmonizada pelos**

prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas das crianças portadoras de deficiência. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357 MC-Referendo/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?nome=5357&acao=ADIdetorigem=Adhoccurso=UltimoJulgamento=M>> Acesso em: 28 de fev. 2017.

²⁹ Vide nota 18

³⁰ FARIAS, op. cit. p. 101



operadores de direito segundo os princípios e valores constitucionais.³¹ Diante disso, o entendimento insigne professor José Afonso da Silva³² é no sentido de que o princípio da livre iniciativa pode ser interpretado sobre dois aspectos, tanto como uma liberdade de comércio, como a liberdade de contrato. No entanto, para o referido autor, somente será legítimo quando exercido no interesse da justiça social. De modo que será considerado como ilegítimo quando exercido com puro objetivo de lucro e realização pessoal do empresário.

No caso de vedação da cobrança para implementação da inclusão da criança portadora de deficiência nas escolas regulares privadas, por mais que haja resistência das instituições privadas no oferecimento desse atendimento educacional especializado diante da suposta alegação de que as instituições não teriam como arcar com as despesas referentes à inclusão, como afirmado na proposição da ADI n. 5357, observa-se que as instituições privadas exercem atividade estatal de firma delegada, e por isso, não podem sobrepor os seus interesses particulares frente a implementação dos princípios constitucionais.

Assim sendo, compete às instituições privadas providenciar a adaptação necessária ao efetivo desenvolvimento dos alunos portadores de deficiência. Contudo, deve-se observar que a educação, de acordo com o disposto no art. 205 da Constituição da República Federativa Brasileira³³, é um direito de todos e dever do Estado e da Família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa humana. Deve ser levado em consideração o dever de solidariedade o qual, este, deverá fazer parte de conjunto de ações de iniciativa entre os poderes públicos e a sociedade (na qual se inclui às instituições privadas de educação).

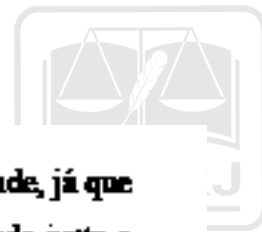
É notório que a inclusão da criança portadora de deficiência demanda de alto investimento por parte das instituições de ensino que deverão aplicar uma série de recursos ao atendimento educacional especializado, como analisado no início do capítulo. Os custos necessários à educação especial de qualidade não poderão ser cobrados do aluno portador de deficiência, por expressa vedação legal. Mas, também não seria justo que a cobrança fosse realizada apenas da instituição privada de ensino. Nesse sentido, para a Luciana Vieira dos Santos Moreira Pinto³⁴, afirma que os custos também não devem integralmente suportado pela escola particular e por isso, propõe como única solução ao questionamento a distribuição

³¹ SANTOS, Luciana Vieira dos Santos *apud* VALE, André Rufino. *A garantia da educação especial na rede privada de ensino*. Disponível em <<http://jos.com.br/santos/20576/a-garantia-da-educacao-especial-na-rede-privada-de-ensino>>. Acesso em: 08 out. 2016

³² SILVA, *op. cit.*, p. 794.

³³ Vide nota 1

³⁴ SANTOS, *op. cit.*, p. 3.



dos custos entre todos os alunos, a qual encontra amparo no princípio da solidariedade, já que este dever é a realização do comando constitucional de construção de uma sociedade justa e solidária.

É possível concluir, que apenas com a efetivação da educação inclusiva nas escolas regulares é que os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil previstos no art. 3 da Constituição Federal que são os de: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação serão efetivados com base no dever de solidariedade existente na sociedade.

CONCLUSÃO

O direito à educação é um direito fundamental caracterizado como um processo de desenvolvimento da pessoa humana, intelectual e moral, para que se tenha a sua integração na sociedade e o pleno exercício da cidadania, o qual deve ser prestado a todos. Diante disso, tem sido garantida tanto no ordenamento jurídico brasileiro, assim como internacionalmente por meio de tratados internacionais. Por se tratar de um direito subjetivo pertencente a todos, compete ao Estado promover a educação, de maneira satisfatória a todos os cidadãos, dentre eles, as pessoas portadoras de deficiência.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (L. 13.146/2015) veio para reconhecer que as pessoas portadoras de deficiência são cidadãos detentores desse direito e devem ser incluídos nas escolas. Nesse contexto, regulamentou a inclusão criança portadora de deficiência em escolas públicas e particulares, sendo dever do Estado, da família e da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa portadora de deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Discutiu-se nessa pesquisa sobre as obrigações que devem ser cumpridas pelas escolas particulares sem que haja repasse para as crianças portadoras de deficiência e até que ponto isso interferiria no *princípio da livre iniciativa* das instituições privadas de ensino. Conforme já mencionado, o direito à educação é instrumento de pleno desenvolvimento humano, e por isso, a sua prestação deve ser realizada com base na igualdade de acesso, sem que haja qualquer forma de distinção e cobrança. **Em contrapartida, tem-se o princípio da livre**



iniciativa também protegido pela Constituição Federal, o qual assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica. Vê-se de maneira inequívoca, que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações travadas pelas instituições de ensino privada tem ganhado força, de modo que a autonomia privada não pode ser concebida como um axioma absoluto, já que deve receber uma leitura humanizada pelos operadores de direito segundo os princípios e valores constitucionais.

Portanto, compete às instituições privadas providenciar a adaptação necessária ao efetivo desenvolvimento dos alunos portadores de deficiência. Ademais, deve-se observar que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da Família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, razão pela qual o dever de solidariedade deve ser observado para que haja um conjunto de ações de iniciativa entre os poderes públicos e a sociedade sem que isso gere prejuízos às instituições privadas de ensino.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 26 de fev. de 2017.

_____. Ministério da Educação e da Secretaria da Educação especial. *Nota técnica – sasep/gab/nº 11/2010*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_document&view=download&alias=5294-notatecnica-n112010&Itemid=30192>. Acesso em: 26 fev. 2017

_____. Senado Federal. *Direitos da pessoa com deficiência: conhecer para agir*. Senador: Flávio Arns. Disponível em: <<http://www.onch.org.br/leis/cartilhadireitosdeficientes.pdf>>. Acesso em: 16 de jan. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Exatidão n. 855. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5357&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

DUARTE, Clarice Seixas. *A educação como um direito fundamental de natureza social*. <<http://www.scielo.br/pdf/est/v28n100/adM28100.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2016

FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanchez; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador. Ed. Juspodivm, 2016.



FAVERO, Engênia Augusta Gonzaga. *O direito das pessoas com deficiência à educação.* Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15675-15676-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 de out. 2016

MALISKA apud PINTO, Luciana Vieira dos Santos. *A garantia da educação especial na rede privada de ensino.* Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/20576/a-garantia-da-educacao-especial-na-rede-privada-de-ensino>>. Acesso em: 08 out. 2016

MRECH, Leiry Magalhães. *O que é educação inclusiva?* Disponível em:<<http://www.luzimarteixeira.com.br/wp-content/uploads/2010/10/1-o-que-e-educacao-inclusiva.pdf>> Acesso em: 08 out. 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia das diretas fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 4. Ed. Porto Alegre. Livraria do advogado,2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SANTOS, Luciana Vieira dos. *A garantia da educação especial na rede privada de ensino.* Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/20576/a-garantia-da-educacao-especial-na-rede-privada-de-ensino>>. Acesso em: 08 out. 2016



O PRINCÍPIO DA BANDEIRA NO DIREITO BRASILEIRO – A DERROGAÇÃO DO CÓDIGO PENAL PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

Laila Antonia Olinda de Magalhães Nascimento Santos

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – as normas de Direito Internacional não se comportam da mesma forma que as normas de direito interno no ordenamento jurídico. Esse fato, aliado à importância que os tratados possuem, torna necessário um estudo adequado de qual a hierarquia que eles apresentam no mundo jurídico brasileiro e como se dará a solução de antinômias. Dessa forma, a essência desse trabalho é abordar de uma forma geral a hierarquia dos tratados, a compatibilização entre convenções e leis internas e, mais especificamente, a colisão entre a extraterritorialidade da lei penal em crimes cometidos a bordo de navio em mar territorial. O tema tem tratamento oposto no Código Penal e na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, ratificado pelo Brasil.

Palavras-chave – Direito Internacional Público. Direito Penal. Jurisdição. Extraterritorialidade.

Sumário – Introdução. 1. Hierarquia entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras: da omissão constitucional à divergência doutrinária e jurisprudencial. 2. Relação entre norma internacional internalizada e lei nacional: revogação ou suspensão de eficácia? 3. Compatibilização entre o sistema de extraterritorialidade da jurisdição em relação aos navios no Código Penal e na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a disciplina da extraterritorialidade para os crimes cometidos a bordo de navio estrangeiro em mar territorial no Código Penal brasileiro e na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Procura-se demonstrar que o princípio da bandeira foi estabelecido às avessas no Código Penal, o qual foi derogado com a promulgação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Com o fito de alcançar este objetivo investiga-se a legislação nacional e internacional vigente quanto aos crimes cometidos a bordo de navios privados em mar territorial estrangeiro, num mundo em que a via marítima privada é expressiva, tanto para fins comerciais quanto para fins recreativos, e em que a jurisdição aplicável não é clara para os jurisdicionados e para os aplicadores do Direito.



O presente trabalho interessa-se em meio a um mundo onde as relações entre Estados são cada vez mais relevantes. O Direito Internacional destina-se a reger tais relações e, portanto, sua correta e uniforme aplicação é imprescindível para a coexistência pacífica e ordenada entre tais Estados.

Com um fluxo expressivo de vasos mercantes privados, é comum que haja incidentes que ensejem responsabilidade penal. Quando o crime se dá em alto-mar, não há discussão doutrinária ou jurisprudencial. Entretanto, a ocorrência de um crime em mar territorial pode ensejar dúvidas quanto ao direito aplicável, uma vez que há duas jurisdições potenciais: a do país de bandeira do navio e a do país costeiro.

Embora seja doutrinária, a discussão também tem relevante aspecto prático. Faz parte do devido processo legal, direito garantido na Constituição, o prévio conhecimento da lei aplicável e de suas consequências. O cidadão, assim, antes de cometer qualquer ato, deve ter condições de saber sobre qual jurisdição estará submetido e deve ter sua legítima expectativa preservada, o que é também decorrência do princípio da legalidade.

Desta maneira, o tema é determinante tanto na esfera internacional – definir qual Estado será responsável por julgar o delito – quanto na esfera individual, ao proporcionar ao jurisdicionado um sistema pré-estabelecido de normas bem delineadas, de forma a permitir ele que planeie suas ações, sem que se frustrate o devido processo legal e o princípio da legalidade.

O primeiro capítulo do artigo investiga as categorias que uma norma internacional pode adquirir ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, a depender do tema e da forma de ratificação.

O segundo capítulo busca revelar que a norma internacional, embora passe por um processo de internalização, não se torna uma norma interna propriamente dita, de modo que produz efeitos distintos daqueles das regras nacionais quando confrontadas com outras leis incompatíveis. Dessa maneira, indaga-se qual efeito elas produzem no ordenamento jurídico interno.

O terceiro capítulo, por fim, levando em consideração a categoria da norma internacional no Direito pátrio e os seus efeitos, objetiva harmonizar a disciplina incompatível do princípio da bandeira da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar quanto aos delitos cometidos a bordo de navios privados em mar territorial estrangeiro e a disciplina do Código Penal, inversa. Chega-se à conclusão que a Convenção das Nações Unidas é a atual regra vigente.



Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo. A hipótese estabelecida para análise é a de que “prima facie, utiliza-se o princípio da bandeira em casos de crimes cometidos a bordo de navios em mar territorial estrangeiro”, como estabelece o próprio artigo 27 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A partir dela, analisar-se-á a legislação brasileira, investigando-se se é consonante com tal premissa.

Neste ensaio, a abordagem da pesquisa será qualitativa, uma vez que se analisará a bibliografia nacional e internacional sobre o tema de modo a sustentar a tese.

1. HIERARQUIA ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS E AS LEIS INTERNAS BRASILEIRAS: DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL À DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil¹ (CRFB) promulgada em 1988, em sua redação originária, não determinou qual seria o *status* que um tratado ratificado assumiria no ordenamento jurídico pátrio. O poder constituinte derivado somente pronunciou-se explicitamente sobre o tema quando do advento da Emenda Constitucional n. 45/09², ao estabelecer hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que seguirem procedimento específico de aprovação no Congresso Nacional.

As demais convenções internacionais, entretanto, continuam a figurar em um vácuo normativo. Assim, cabe à doutrina e jurisprudência determinar como um tratado internacional comporta-se no ordenamento interno. Existem quatro orientações básicas sobre a hierarquia dos tratados, conforme ressalta Quixadá³: hierarquia supraconstitucional; constitucional; supralegal; e legal.

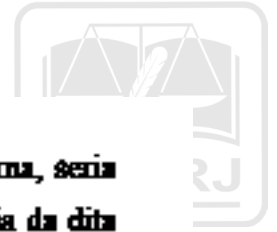
Mello⁴, partidário da primeira corrente, sustenta que o Direito Internacional deve ter primazia em relação ao direito interno. As normas internacionais seriam dirigidas aos Estados, que devem se sujeitar e adequar seu ordenamento interno, sob pena de se negar unidade ao

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

² BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

³ QUIXADÁ, Lécia Antonio. *O Supremo e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*. 2009. 74f. Trabalho monográfico (Pós Graduação em Direito) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009, p. 25. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=148>. Acesso em: 07 out. 2016.

⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115.



Direito. Se a ordem jurídica internacional fosse revogada pela ordem jurídica interna, seria sobrepor o sujeito de direito à própria ordem jurídica, o que seria negar a existência da dita ordem jurídica.

Piovesan³, por sua vez, interpreta que o art. 5º, §2º, da CRFB instaura no ordenamento jurídico o *status* constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos. A partir da redação do artigo, Mazzuoli⁴ defende a existência de um “bloco de constitucionalidade”. O texto da norma determina que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem direitos expressos em tratados. Ora, se os direitos expressos em tratados não estão excluídos, eles estão na verdade incluídos na Constituição, de forma a configurarem regra constitucional fora do texto da Lei Fundamental – o chamado bloco de constitucionalidade.

A interpretação do art. 5º, § 2º, da CRFB, contudo, nunca foi unânime doutrinária e jurisprudencialmente: havia autores, como Mello⁵, que defendem o caráter supraconstitucional dos tratados de direitos humanos – e de todos os demais tratados –, ao passo que não havia uniformidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.

Para solucionar a controvérsia existente, a Emenda Constitucional n. 45/09 incluiu o §3º ao art. 5º da CRFB, consagrando expressamente o *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, desde que eles seguissem o processo de aprovação de uma emenda constitucional. Contudo, a nova redação trouxe ainda mais discussões, uma vez que não estabeleceu a hierarquia de todos os tratados, mas sim um procedimento para que os tratados de direitos humanos assumissem hierarquia constitucional. Não definiu a Constituição, por exemplo, qual a posição de um tratado de direitos humanos internalizado sem o procedimento e estabeleceu uma possível “categoria de tratados”⁶. Mazzuoli⁷ sustenta que o § 3º deveria ter sido uma interpretação autêntica, mas não foi a intenção do legislador constitucional.

Também se encontra em Miranda¹⁰ um defensor da supralegalidade dos tratados. Segundo o doutrinador, por um princípio geral de Direito, não é permitido a ninguém vincular-se a uma pessoa e depois eximir-se dessa obrigação por ato unilateral. Assim, se um

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/textos.htm>>. Acesso em: 07 out. 2016.

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 838.

⁵ MELLO, *op. cit.*, p. 115.

⁶ MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 845.

⁷ *Ibid.*, p. 842.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. Caracas: Principia, 2012, p. 153 e 171.



Estado comprometem-se perante a ordem internacional por meio de um tratado, não pode unilateralmente, por meio de lei interna, eximir-se desse acordo. Os tratados, por outro lado, estariam sujeitos à Constituição, pelo princípio da soberania e do Estado de Direito. Assim, para o autor, todos os tratados teriam *status* supralegal.

A corrente que defende que os tratados internacionais têm *status* infraconstitucional, mas supralegal, foi adotada pelo STF no julgamento do RHC 79.785/RJ¹¹, no qual determinou que a supremacia da Constituição não admite que prevaleça norma internacional contrária. O magistrado nacional teria sua jurisdição fundada na Lei Fundamental, de modo que o magistrado não pode “buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinômias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição¹²”. Ademais, a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre os tratados – art. 102, III, “b”, CRFB – e o processo de internalização mais simples do que o de aprovação de emenda constitucional seriam outros argumentos a ressaltar o caráter infraconstitucional da norma internacional.

Ao mesmo tempo, o STF asseverou ainda que entender o tratado como norma infraconstitucional não significaria equipará-lo à lei ordinária. Reconheceu a Corte Constitucional caráter supralegal dessas convenções, ou seja, superior às demais normas de direito interno, mas inferiores à Constituição.

Contudo, essa posição é ultrapassada na jurisprudência da Corte. É adotada, de firma excepcional, somente no que tange aos tratados de direitos humanos internalizados antes da Emenda Constitucional n. 45/09, como estabelecido pelo RE 466.343/SP¹³.

A posição hegemônica do STF¹⁴ é a de reconhecer aos tratados, de firma geral, o *status* de lei ordinária. Ao analisar conflito entre um tratado e uma lei interna, decide a Corte pela aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*. Nas palavras de Mazzuoli¹⁵:

[...] o STF prefere ater-se à noção de que não há prevalência hierárquica entre tratados internacionais e leis internas e, sendo assim, um compromisso internacional poderia ver-se revogado, sem maiores consequências no plano do Direito interno, por legislação ordinária posterior.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 79.785. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/InteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=102661>>. Acesso em: 07 out. 2016.

¹² Vide nota 11.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Pelúzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listafurisprudencia.asp?x1=%2B466343%2ERNDUMB%2E+CU+466343%2ERACMS%2R%29&base=taseArquivos&zai=http://tinyurl.com/trf5eef>>. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 80.004/SR. Relator: Ministro Cezar Pelúzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listafurisprudencia.asp?x1=%2B80004%2ERNDUMB%2E+CU+80004%2ERACMS%2R%29&base=taseArquivos&zai=http://tinyurl.com/sjv3ysk>>. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁵ MAZZUOLI, op. cit., p. 379.

A Corte Constitucional entendeu, assim, que os tratados internacionais possuem mesma hierarquia de uma lei interna, não sendo dotados de prevalência especial por serem frutos de negociações diplomáticas. Teriam o mesmo valor que uma norma aprovada pelo Congresso Nacional, e poderiam revogar-se mutuamente.

Além da hierarquia constitucional, supralegal e legal, também é possível que um tratado adquira *status* de lei complementar: quando versar sobre matéria tributária. O Código Tributário Nacional¹⁶, em seu art. 98, adotou a chamada teoria monista internacionalista, segundo a qual a norma internacional possui prevalência em relação ao direito interno.

Por conseguinte, tratado tributário prevaleceria sobre a norma interna anterior ou posterior. Como o CTN foi recepcionado como Lei Complementar pela Constituição de 1988, tratados internacionais de matéria tributária também teriam essa hierarquia.

Todavia, Mello¹⁷ ressalta que a jurisprudência do STF não aplica o artigo segundo sua literalidade. A Corte Suprema distingue os tratados-contrato dos tratados-normativos. Tratados-contrato são normalmente bilaterais e estipulam prestações e contraprestações recíprocas, segundo Mazzuoli¹⁸. Os tratados-normativos são aqueles semelhantes às leis internas, que determinam normas gerais e abstratas. Segundo a jurisprudência do STF, haveria prevalência do Direito Internacional somente em relação aos tratados-contrato, ao passo que os tratados-normativos poderiam ser revogados por lei interna, à semelhança dos tratados em geral.

Mazzuoli¹⁹ e Mello²⁰ criticam severamente a posição do STF, ressaltando que onde a lei não distingue, não caberia ao intérprete distinguir. Outrossim, a própria distinção entre tratado-contrato e tratado-lei estaria abandonada pelo Direito Internacional, não fazendo sentido que o STF a retomasse. Ademais, a redação do art. 98 do CTN não traz distinção alguma entre tipos de tratado.

Desta maneira, o sistema atual de hierarquia de tratados, conforme aplicado pela jurisprudência, consiste em: hierarquia de lei ordinária para os tratados em geral, hierarquia constitucional para os tratados de direitos humanos aprovados segundo o quórum do art. 5º, § 3º, CRFB, supralegal para os tratados de direitos humanos aprovados antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/09 e lei complementar para os tratados em matéria tributária.

¹⁶ BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172/Compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹⁷ MELLO, op. cit., p. 118.

¹⁸ MAZZUOLI, op. cit., p. 404.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ MELLO, op. cit., p. 118.



2. RELAÇÃO ENTRE NORMA INTERNACIONAL INTERNALIZADA E LEI NACIONAL: REVOGAÇÃO OU SUSPENSÃO DE EFICÁCIA?

A partir da hierarquia estabelecida pela doutrina e, mormente, pela jurisprudência do STF, deve-se investigar a relação que se opera quando da antinomia entre norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro e norma nacional. A origem heterogênea das regras, segundo respeitável doutrina, poderia justificar um tratamento diferenciado, de forma a se afastar os três critérios básicos de solução de antinomias: critério hierárquico, cronológico e da especialidade.

Tradicionalmente, como já abordado, o STF considera os tratados internalizados como integrantes da estrutura legal brasileira, ora posicionando-os como equivalente a emendas constitucionais, ora como normas de caráter supralegal, ou ainda de status de lei ordinária ou complementar. A consequência, segundo a Corte Constitucional²¹, seria a total equiparação entre as normas internas e internalizadas, o que levaria à aplicação dos critérios básicos de solução de antinomias no ordenamento.

Desta forma, para fins de melhor ilustrar a questão, suponha-se que uma lei ordinária determine que as placas de trânsito devam ter a cor amarela e letras pretas. Posteriormente, é internalizado tratado que assevere que a cor é vermelha e as letras são brancas. Há antinomia, pois, em tese, ambas as normas são vigentes, mas possuem regramentos opostos e inconciliáveis. Como em geral os tratados são internalizados como lei ordinária, não é possível solucionar a antinomia pela posição hierárquica no ordenamento jurídico. Assim, pelo critério cronológico, a lei posterior é a que prevalece, de modo que revoga a lei anterior. Também seria possível aplicar a regra da especialidade, segundo a qual, se uma lei tratar do mesmo tema de forma mais específica que uma lei geral sobre o tema, aquela deve prevalecer.

O entendimento do STF, dessa forma, equipara as leis nacionais e os tratados internalizados. O tratado substituiria a lei anterior incompatível, ao passo que lei posterior também poderia substituir o tratado. A substituição dar-se-ia pelo fenômeno da revogação.

Contudo, na visão de Miranda²², essa não seria a solução adequada. Ressalta o jurista que a Constituição é o fundamento de validade das normas e decisões produzidas

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 80.004/SE. Relator: Ministro Cezar Pelúzi. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listafurisprudencia.asp?x1=%2880004%2ENUM%2E+CU+80004%2EACMS%28%29&base=baseArquivos&url=http://tinyurl.com/zjv3yvk>>. Acesso em: 07 out. 2016.

²² MIRANDA, op. cit., 183.



internamente pelo Estado. Os tratados, por não fundamentarem as leis internas, não atingem a sua validade, mas somente a sua produção de efeitos.

Por outro lado, as normas internacionais têm validade ditada pelas próprias regras de Direito Internacional, e não vinculada à Constituição de um país. A Carta Constitucional, em verdade, representa um limite à produção de efeitos dos tratados.

Portanto, a solução apontada pelo STF não aparenta ser a mais técnica. A solução para a incompatibilidade entre normas internacionais e normas internas deve se dar pelo plano da eficácia. Um tratado que ingresse no ordenamento jurídico nacional não revoga a lei interna que o antecede, mas, sim, suspende sua eficácia.

Conforme assevera Bulygin²³, a revogação opera-se no plano da validade. A norma revogadora estabelece um novo sistema jurídico, tornando a lei revogada inválida perante esse novo ordenamento. Entretanto, a relação entre norma interna e internacional não se dá, como visto, no plano da validade, mas no da eficácia.

Desta maneira, caso tratado sobrevenha a uma lei nacional, ele não a revogará, mas suspenderá sua eficácia. É por este motivo que, ao tratar de matéria tributária, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho²⁴ entendeu que a norma tributária anterior a tratado perde sua eficácia, mas a retoma se o tratado for denunciado:

[...] O art. 94 do CTN prescreve que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. Partindo dessa premissa, prevalecem os Tratados e as Convenções Internacionais sobre o direito interno, como nota o Professor LEANDRO PAULSEN, não obstante a norma tributária fale em revogação ou modificação da legislação interna, o que efetivamente ocorreria seria a mera suspensão da eficácia da norma tributária nacional, que poderá adquirir aptidão para produzir efeitos se e quando o tratado for denunciado (Direito Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Porto Alegre, LARL, 2011, pp. 221/227). [...]

Embora o julgamento tenha se referido às leis tributárias, o raciocínio é aplicável para qualquer outra matéria, uma vez que se baseia nas regras gerais de Direito. Assim, pode-se afirmar que, apesar da vedação geral do art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro²⁵, o fenômeno da reinstalação é possível quando se tratar de lei nacional anterior a tratado denunciado posteriormente.

²³ BULYGIN apud MOUSSALEM, Tarek Moyses. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 192.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.304.157 – PA. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <

<http://www2.stj.jus.br/processos/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200105642&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.es>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

²⁵ BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.



É importante notar que é razoável que um tratado suspenda a eficácia de uma lei nacional anterior, que retoma sua eficácia uma vez que ele seja denunciado. Contudo, é de se crer estranheza que uma convenção internacional possa ter sua eficácia suspensa pela mera edição de lei interna incompatível. Segundo Mello²⁶, tal fato, primeiramente, traria insegurança jurídica à ordem internacional, uma vez que tratados assinados não teriam mais valor, pois bastaria mera norma interna para revogá-lo. Em segundo lugar, seria burla ao sistema de denúncia dos tratados, procedimento próprio para um Estado se desvincular de regra internacional que pactou cumprir. Por fim, a recusa de aplicação de um tratado internacional ratificado pode gerar responsabilização do Estado no plano internacional. Todavia, as críticas não foram acolhidas pelos Tribunais Superiores.

Por conseguinte, em que pese a posição do STF, não parece adequado sustentar que a solução para tratados internacionais e leis internas incompatíveis dê-se pela revogação, uma vez que a colisão entre eles ocorre no plano da eficácia. Já que, segundo os Tribunais Superiores, as normas internacionais e as normas internas têm – em regra – hierarquia de lei ordinária, a lei nacional ou a convenção posterior suspenderá a eficácia do regramento anterior, o qual poderá voltar a vigor pelo fenômeno da reinstauração.

3. COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE EXTRATERRITORIALIDADE DA JURISDIÇÃO EM RELAÇÃO AOS NAVIOS NO CÓDIGO PENAL E NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

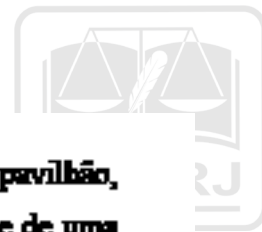
A partir dos dois conceitos previamente abordados por este trabalho – hierarquia entre tratados e leis nacionais e solução em casos de antinômias – passa-se a investigar como se dará a compatibilização entre a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM, ou Convenção de Montego Bay²⁷) e o Código Penal²⁸. Ambos têm regramentos incompatíveis no que tange à disciplina da extraterritorialidade da lei penal em crimes cometidos a bordo de navios em mar territorial.

Como o mar é uma área de intensa utilização para os mais diversos fins, tornou-se necessário estabelecer qual jurisdição seria aplicável quando um crime fosse cometido a bordo de um navio. Quando um delito ocorre em um navio em alto mar, a jurisdição

²⁶ MELLO, *op. cit.*, p. 119.

²⁷ BRASIL. Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto/1990-1994/D99165imprensa.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

²⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.



competente é a do país de bandeira da embarcação, o que é chamado de princípio do pavilhão, expressão de jurisdição marítima mais antiga, nas palavras de Gavounelli²⁹. Trata-se de uma dedução relativamente simples, uma vez que sobre o alto mar não incide jurisdição de Estado algum. Todavia, a mesma simplicidade não é encontrada quando há um crime em navio privado que navega em mar territorial de país costeiro, uma vez que há duas jurisdições potencialmente aplicáveis: a do país de bandeira e a do Estado costeiro³⁰.

O Código Penal brasileiro, nos seus arts. 5º, §2º e 7º, II, “c”, traz uma linha pela qual, em regra, é aplicada a lei do país costeiro e, em casos excepcionais, a lei do país de bandeira do vaso. O art. 5º, §2º, assevera que, se um crime for cometido em embarcação estrangeira que navega em mar territorial brasileiro, a lei aplicável será a brasileira. Na mesma linha, o art. 7º, II, “c”, determina que, se um crime for cometido em embarcação brasileira em mar territorial estrangeiro, a jurisdição aplicável, a princípio, é do país costeiro. Todavia, se o crime não for julgado nesse Estado e se cumpridos os demais requisitos do § 2º do mesmo artigo, será aplicada, excepcionalmente, a jurisdição brasileira.

A seu turno, a Convenção de Montego Bay, no art. 27, estabelece lógica diametralmente oposta. A Convenção aplica o princípio do pavilhão a todos os casos como regra geral, de modo que a jurisdição aplicável será a do país de bandeira do navio. O Estado costeiro será competente apenas em quatro casos excepcionais: consequências para o Estado costeiro, perturbação da ordem do Estado costeiro, assistência solicitada pelo funcionário diplomático ou consular do país de bandeira ou tráfico internacional de entorpecentes.

Assim, está caracterizado um quadro claro de conflito entre as duas fontes normativas. Cabe, da forma estudada nos dois capítulos anteriores, realizar a compatibilização.

Em primeiro lugar, é necessário investigar a posição hierárquica das duas normas. Os arts. 5º e 7º do Código Penal foram inseridos pela Lei n. 7.209/84³¹, que é uma lei ordinária. Por sua vez, a Convenção de Montego Bay, por ser um tratado que não versa sobre direitos humanos ou algum dos temas específicos delimitados pela jurisprudência, também tem força normativa de lei ordinária.

²⁹ GAVOUNELLI, Maria. *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 53.

³⁰ O regimento dos navios públicos (navios que pertencem a um Estado ou são por ele fretados para fins de uso das forças armadas ou para serviços públicos de natureza civil, na forma dos arts. 29 e 37 da Convenção de Montego Bay) é peculiar, regido pelo art. 32 da dita Convenção, de modo que não faz parte do objeto do presente trabalho.

³¹ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1984-1989/L7209.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.



Quando há conflito entre um tratado e uma lei e ambos possuem o mesmo grau hierárquico deve-se, como visto, passar à análise do critério cronológico. A Lei n. 7.209/84 foi publicada em 1984. A seu turno, a Convenção de Montego Bay entrou em vigor no Brasil na forma do Decreto n. 1.530/95²¹ e do art. 308 (1) da própria Convenção, a partir do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação do tratado, em 1995. Tem-se, dessa forma, que a Convenção de Montego Bay é posterior à Lei n. 7.209/84, de modo que deve prevalecer sobre a lei nacional.

Portanto, a prevalência da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar é certa. Cabe analisar se será pelo instrumento da revogação, conforme entendimento do STF, ou pela suspensão da eficácia, conforme entendimento de Miranda e defendido por este trabalho.

Ad se adotar o posicionamento do STF²², os arts. 5º, § 2º e 7º, II, “c”, do Código Penal foram revogados pela CNUDM. Assim, se a Convenção for denunciada pelo Brasil, o tema da extraterritorialidade da lei penal em casos de crimes cometidos a bordo de navios em mar territorial ficará completamente sem regulação no país. Isto inevitavelmente traria uma extrema insegurança jurídica e um verdadeiro vácuo normativo.

Por outro lado, segundo a premissa levantada por este artigo, os citados artigos do Código Penal estariam com sua eficácia suspensa. Logo, a Convenção de Montego Bay é a norma aplicável até que ela seja denunciada pelo Presidente. Caso isso eventualmente aconteça, os artigos do Código Penal voltam a ter plena eficácia, de modo que não haverá vácuo normativo ou mesmo insegurança jurídica sobre o tema.

De qualquer forma, valendo-se tanto da posição adotada pelo STF quanto da exposta neste artigo, o Código Penal, no que tange à extraterritorialidade da lei penal em relação a navios em mar territorial, não é aplicável no Brasil, já que é incompatível com a Convenção de Montego Bay, que lhe é posterior. Isso é extremamente relevante porque, na doutrina penalista brasileira, pouco se discute sobre a compatibilização da Convenção com o Código Penal. Da mesma forma, a doutrina internacionalista brasileira, na maior parte das vezes, também não trata do tema.

A ausência de abordagem sobre a temática pode levar à aplicação do Código Penal, norma revogada ou com eficácia suspensa, no lugar da Convenção de Montego Bay. O princípio da bandeira, norma de Direito Internacional estabelecida na CNUDM, pode ter sua

²¹ BRASIL. Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

²² Vide nota 14.

aplicação denegada por simples desconhecimento dos juízes. Isso também violaria o princípio da legalidade, estabelecido no art. 1º do Código Penal e art. 5º, XXXIX, da CRFB, uma vez que o jurisdicionado tem direito a ser julgado pela lei vigente no ordenamento jurídico.

Cumpre salientar ainda que tão importante quanto a aplicação do direito correto é a aplicação correta do direito. A hermenêutica é o que dá vida aos comandos normativos. A aplicação errônea do direito correto é o mesmo que a aplicação de um terceiro direito. O Direito Internacional, para esse fim, estabelece Cortes Internacionais, cujo papel também é o de uniformizar a aplicação dos preceitos normativos. Dessa maneira, a interpretação do Direito deve se dar da maneira adequada. Os juízes nacionais devem ter o conhecimento de que o princípio da bandeira é a regra geral, mas, além disso, de quais são as exceções a essa regra geral: quais as hipóteses e como elas são interpretadas pelos órgãos competentes. No caso específico da CNUDM, as exceções à aplicação do princípio da bandeira são cláusulas gerais, sujeitas a uma maior amplitude interpretativa. Por isso, é necessário guiar-se pelo norte mostrado pelo Direito Internacional.

Ademais, como já salientado, a não aplicação da Convenção de Montego Bay, ratificada pelo Brasil e vigente tanto nacional quanto internacionalmente, pode levar à responsabilização do país perante as Cortes Internacionais. Se o Brasil não pretende aplicar a CNUDM, a forma de fazê-lo é pela denúncia do tratado que, pela posição defendida por este trabalho, restauraria a eficácia do Código Penal. A não aplicação de norma em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, seja interna ou internacional, não é uma opção.

CONCLUSÃO

As normas internacionais, ao serem ratificadas, ingressam no ordenamento jurídico pátrio. A Constituição, contudo, somente define a hierarquia de uma espécie de tratado: os que versam sobre direitos humanos e forem aprovados segundo procedimento específico no Congresso Nacional. Assim, quanto aos demais, a doutrina divide-se em quatro orientações básicas.

A primeira defende que os tratados têm hierarquia supraconstitucional, em virtude do princípio da primazia do Direito Internacional. A segunda orientação sustenta que eles teriam status constitucional, por interpretar que o art. 5º, §2º, CRFB traz um bloco de constitucionalidade para o ordenamento jurídico nacional. A terceira corrente doutrinária afirma que os tratados possuem hierarquia supralegal, por se subordinarem à Constituição,



mas serem mais elevados que as demais normas internas, de modo que não poderiam ser revogados unilateralmente pelos Estados. O Supremo Tribunal Federal adotou essa corrente para os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004 no RE 466.343/SP. Por fim, a quinta orientação, adotada pelo STF para os tratados em geral, dispõe que eles possuem *status legal*. A depender da matéria, poderá ser lei complementar, como as normas sobre matéria tributária, de acordo com o art. 98 do CTN; ou lei ordinária, nos demais casos.

Embora a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal seja a de considerar os tratados em princípio como lei ordinária, segundo precedente firmado no RE 80.004/SE, essa orientação não é imune a críticas. Trata-se, em verdade, de desrespeito a princípios do Direito Internacional. Segundo a orientação seguida hoje pelo Brasil, é possível deixar de aplicar um tratado, fruto de negociações entre Estados, por um ato unilateral. O respeito ao Direito Internacional, basilar para seu efetivo funcionamento, fica ameaçado.

A partir desse entendimento do STF, o próprio Tribunal estabeleceu que, em caso de contradição entre norma interna e tratado, a questão resolver-se-ia pelos critérios normais de revogação. Contudo, a revogação trabalha no plano da validade da norma, o que não parece mais correto. Na verdade, como o tratado e a lei interna possuem fundamentos de validade distintos – um é o Direito Internacional e o outro é a Constituição – o mais técnico seria resolver a antinomia por meio do plano da eficácia. Como o fundamento de validade das normas é distinto, não há como uma atingir a outra. O único plano em que se encontram no ordenamento jurídico é o plano da eficácia. Assim, a norma mais recente suspenderia a eficácia da norma mais antiga.

Com base nessa premissa, é possível solucionar a incompatibilidade entre a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e o Código Penal, cujo tratamento sobre a extraterritorialidade da norma penal é distinto. Segundo o art. 5º, § 2º, e art. 7º, II, “c”, do Código Penal, em relação a crimes cometidos a bordo de navio em mar territorial, aplica-se a lei do país costeiro e, em casos excepcionais, a lei do país de bandeira do vaso. Por outro lado, a Convenção de Montego Bay, no art. 27, estabelece lógica diametralmente oposta. Segundo ela, aplica-se a jurisdição do país de pavilhão do navio. O Estado costeiro será competente apenas em quatro casos excepcionais: consequências para o Estado costeiro, perturbação da ordem do Estado costeiro, assistência solicitada pelo funcionário diplomático ou consular do país de bandeira ou tráfico internacional de entorpecentes.

Como as duas normas são hierarquicamente iguais, com valor de lei ordinária, cabe analisar o critério cronológico. Os arts. 5º e 7º do Código Penal foram introduzidos em 1984,



ao passo que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar entrou em vigor em 1995, na forma do Decreto n. 1.530/95. Assim, como lei posterior prevalece sobre lei anterior, tem-se que o Código Penal teve sua eficácia suspensa a partir de 1995.

A compatibilização entre os dois institutos deve ser feita para que seja possível a aplicação da lei efetivamente vigente no ordenamento jurídico aos casos concretos, de forma a respeitar o princípio da legalidade, garantia dos cidadãos, e o próprio Direito Internacional, uma vez que o Brasil pode ser responsabilizado por não o aplicar.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172/Compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99165impressao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.304.157 – PA. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200105642&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.es>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

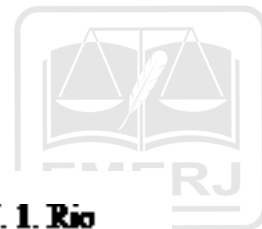
_____. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 79.785. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=102661>. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Pelozo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?id=%28466343%2ENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvf5ssE>>. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 80.004/SE. Relator: Ministro Cezar Pelozo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?id=%2880004%2ENUME%2E+OU+80004%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zjv3yvk>>. Acesso em: 07 out. 2016.

GAVOUNELLI, Maria. *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. Cascais: Princípiia, 2012.

MOUSSALEM, Tarek Moyses. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2007.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Disponível em: <<http://www.dlmet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/textos.htm>>. Acesso em: 07 out. 2016.

QUIXADÁ, Leticia Antonio. *O Supremo e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*. 2009. 74 f. Trabalho monográfico (Pós Graduação em Direito) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009, p. 25. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=148>. Acesso em: 07 out. 2016.

A CONSTITUCIONALIDADE DA TRAMITAÇÃO DIRETA DE INQUÉRITOS POLICIAIS ENTRE AS DELEGACIAS E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Laura Bretas Lessa

Graduada pela Faculdade de Direito
Vianna Jr. Advogada. Pós-graduada em
Ciências Criminais no Curso LFG.

Resumo – a tramitação de inquéritos criminais, procedimentos administrativos nos quais se busca a aferição de indícios suficientes de materialidade e autoria de forma a viabilizar a propositura de ações penais, sempre exigiu a participação do judiciário em todos os seus movimentos, por força e determinação insculpada no Código de Processo Penal. Ocorre que, tal exigência se revela notadamente dispendiosa e ineficaz na grande maioria dos casos, posto que, salvo quando é necessária a apreciação de alguma tutela de urgência, não cabe ao juiz fazer outra coisa senão apenas determinar que o fato seja encaminhado ao Ministério Público e de volta à delegacia, a cada novo movimento. Assim, alguns órgãos ministeriais passaram a questionar tal exigência, atuando na prática diretamente em contato com as delegacias, conduta que vem sendo objeto de discussão, momento após a decisão esmerada pela Suprema Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2886/RJ. A finalidade do presente trabalho é analisar a constitucionalidade da supradita tramitação direta à luz dos princípios da celeridade e eficácia, bem como das garantias de segurança jurídica e devido processo constitucional.

Palavras-chave – Inquérito Policial. Tramitação Direta. Constitucionalidade. ADIN 2886/RJ. Devido Processo Constitucional.

Sumário – Introdução. 1. Modelo tradicional – tramitação com interferência do judiciário em todos os atos do inquérito policial (art. 10, §1º do CPP). 2. Modelo proposto – tramitação direta entre o Ministério Público e as Delegacias de Polícia (resolução n. 063/2009 do CJF). 3. Análise da constitucionalidade do modelo de tramitação direta do inquérito entre o Ministério Público e as Delegacias de Polícia. Conclusão. Referências.



INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva discutir a necessidade de atuação do judiciário em todos os movimentos do inquérito policial entre as Delegacias de Polícia e o Ministério Público, bem como analisar a constitucionalidade de leis estaduais que permitem a tramitação direta entre os órgãos.

O Código de Processo Penal sempre exigiu a participação do judiciário em todos os movimentos do inquérito policial, notadamente a fim de permitir o amplo controle judicial da investigação.

Ocorre que, com o aumento do número de inquéritos, aliado à mudança do ordenamento processual penal, que hoje preza pela figura do julgador imparcial, afastado ao máximo possível da fase pré-processual em ordem a garantir o sistema acusatório que não prevalecia à época da edição do Código de Processo Penal, tal exigência passa a se revelar não apenas inadequada, mas até mesmo dispendiosa e ineficaz na grande maioria dos casos. Isto porque, salvo quando necessária a apreciação de alguma tutela de urgência, não cabe ao juiz fazer outra coisa senão apenas determinar que o feito seja encaminhado ao Ministério Público e de volta à Delegacia, a cada novo movimento.

O tema é controverso pois, embora o Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado em sede de ADI (2886) pela inconstitucionalidade de leis estaduais que permitem a tramitação direta, alguns órgãos ministeriais passaram a questionar tal exigência e, com base em resolução do Conselho Nacional do Ministério Público e do CJF (resolução nº 063/2009), atuam na prática diretamente em contato com as delegacias. E as instâncias ordinárias do Judiciário tendem a seguir pelo mesmo caminho, sobretudo diante da realidade prática dos tribunais, que evidencia a impossibilidade de um acompanhamento tão próximo dos inquéritos, sob pena de “atrasar” o próprio dia a dia forense.

Para melhor compreensão do tema, será abordada a decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada na ADI nº 2886; a recém aprovada proposta de resolução conjunta do CNMP e CNJ regulando a questão (processo nº 1045/2013-24); a resolução nº 063/2009 do CJF e a ADI nº 4305, ajuizada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal no sentido da sua inconstitucionalidade; bem como posicionamentos doutrinários acerca das consequências jurídicas e práticas da tramitação direta do inquérito policial.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o modelo tradicional, trazido pelo Código de Processo Penal, que consiste na necessidade de interferência do judiciário em todos os atos do inquérito policial – momento em que se analisará o posicionamento do



Supremo Tribunal de Justiça escarado na ADI de nº 2886, bem como a letra da lei processual penal e da Carta Magna.

Segue-se para o segundo capítulo com a análise do modelo proposto de tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e as Delegacias de Polícia, sem a necessidade de interferência do judiciário em todos os atos do procedimento administrativo. Neste particular serão também analisadas as resoluções que legislam neste sentido, bem como seu eventual confronto com a Carta Magna.

O terceiro e último capítulo se destinará à análise das consequências jurídicas e práticas dos modelos demonstrados nos capítulos anteriores.

O presente trabalho pautar-se-á pelo método dialético, considerando que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social; as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que requerem soluções. É necessária a adoção de um modelo de tramitação que assegure a legalidade nas investigações administrativas sem, todavia, inviabilizar a justiça frente, observando-se ainda o princípio da celeridade e da máxima eficiência.

Para atingir o objetivo metodológico, a abordagem do objeto será qualitativa, visto que todo o estudo será baseado em bibliografia e decisões jurisprudenciais pertinentes ao assunto.



1. MODELO TRADICIONAL – TRAMITAÇÃO COM INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO EM TODOS OS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL (ART. 10, §1º DO CPP)

O inquérito policial consiste em procedimento administrativo inquisitorial por meio do qual a Autoridade Policial faz e/ou determina que façam diligências de investigação com o intuito de buscar indícios de autoria e prova da materialidade de infrações penais a serem fornecidos ao Ministério Público ou ao querelante (no caso de ação penal privada) para que este possa oferecer a denúncia ou queixa-crime, respectivamente.

O modelo tradicionalmente utilizado pelo ordenamento brasileiro é o disposto no artigo 10, parágrafo 1º do Código de Processo Penal¹, que estabelece que após concluído o inquérito policial a Autoridade Policial deverá fazer um relatório, sem qualquer juízo de valor, detalhando as diligências realizadas, juntá-lo ao inquérito e encaminhá-lo ao juiz competente.

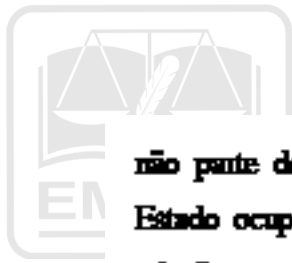
Ao receber os autos do inquérito o magistrado deverá abrir vista dos autos ao Ministério Público, que poderá: (i) entender pela presença de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade e então oferecer denúncia; (ii) requerer que os autos sejam devolvidos à Autoridade Policial por entender pela necessidade de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; (iii) percebendo o Ministério Público que não há indícios suficientes de autoria e/ou prova da materialidade delitiva, deverá requerer ao magistrado pedido de arquivamento do inquérito policial.

O §1º do artigo 10 do Código de Processo Penal faz parte da redação original do Código de Processo Penal, que data de 1941, tendo entrado em vigor em 01 de janeiro do ano seguinte – época em que vigorava o sistema inquisitorial, segundo o qual cabia ao magistrado atuar de maneira ativa e até mesmo de ofício em todas as fases, processuais e/ou pré-processuais, da persecução penal.

Não por outro motivo, discute-se acerca da recepção ou não do supracitado dispositivo à luz do ordenamento vigente após o advento da Constituição Federal de 1988, que adotou o sistema acusatório no processo penal pátrio, consoante posição majoritária na doutrina e jurisprudência.

Segundo este sistema – diversamente do que ocorria no modelo ultrapassado – o magistrado tem poderes instrutórios restritos, por tratar-se de sujeito da relação processual, e

¹BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_05/Decreto-Lei/Del3689/Compilado.htm>. Acesso em 03 de abr. 2017.



não parte do processo. Sua imparcialidade deve corresponder à posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, atuando como órgão suparrendado às partes ativa e passiva da relação processual.

Além disso, segundo entendimento doutrinário, não há que se falar em “busca da verdade real” no processo penal, mas tão somente em busca da “verdade possível”.

Portanto, por tratar-se o inquérito policial de procedimento investigatório preliminar e, como tal, não ser passível de contraditório, não seria adequada a interferência do julgador neste momento, visto que este estaria extrapolando sua posição de órgão julgador. Tal situação colocaria em risco sua imparcialidade, na medida em que, ao tomar ciência na questão de fundo antes mesmo do recebimento da denúncia, já começaria a formar sua convicção em um ou outro sentido, antes mesmo do contraditório processual.

Conforme leciona Amy Lopes Jr²:

a intervenção do órgão judicial é contingente e excepcional. Isso porque o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção do juiz. Ele não é um sujeito necessário na fase pré-processual e será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir a autorização ou controle judicial ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa, à prova, acesso aos autos etc. por parte do investigador.

Diante de tal polêmica, parte da doutrina posicionou-se no sentido de que para assegurar o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, o inquérito policial deveria, em regra, tramitar de maneira direta entre as Delegacias e o Ministério Público, sem a intermediação do Poder Judiciário, salvo quando necessário o esboço de medidas cautelares.

Ocorre que, no julgamento da Ação de Inconstitucionalidade n. 2886/RJ³, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do §1º do artigo 10 do Código de Processo Penal⁴ que, conforme a Suprema Corte não só foi recepcionado pela Constituição Federal como, inclusive, encontra-se em vigor.

Apesar de tal declaração de constitucionalidade, na prática, tal exigência disposta no §1º do artigo 10 do Código de Processo Penal se revela dispendiosa e ineficaz na grande maioria dos casos, posto que, salvo quando é necessária a apreciação de alguma tutela de

² LOPES JÚNIOR, Amy. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 260.

³ _____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2886/RJ de 3 de abril de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stj.jus.br/STJ/ADI_2886_RJ_141936836810.pdf?Signature=mb2NBDWymisZDRtZ%2F0Rpa0dePRg%3D&Hqipes=1491236159&AWSAccessKeyId=AKIAIPMZXEMZACAXC-MBA&response-content-type=application/pdf&x-ams-meta-md5-hash=37a2a42e98c111be5e00c9044a36601e>. Acesso em: 03 de abr. 2017.

⁴ Vide nota 1.

urgência, não cabe ao magistrado fazer outra coisa senão apenas determinar que o feito seja encaminhado ao Ministério Público e de volta à Delegacia, a cada novo movimento.

Por esta razão é que a aplicação do modelo tradicional trazido pelo Código de Processo Penal não atende, com a eficácia e celeridade que se espera de um dispositivo, as necessidades atuais com a grande demanda de inquéritos policiais, gerando morosidade da persecução penal diante de mera burocracia imposta ao órgão que terá que se manifestar em qualquer movimentação do inquérito.

Ainda por este motivo, o modelo tradicional trazido pelo Código de Processo Penal deve ser questionado e superado, fazendo-se necessária a possibilidade de aplicação de outro procedimento, diverso do que dispõe o §1º do artigo 10 do CPP, sendo a intermediação do judiciário, que não tem competência ou atribuição para interferir na produção de diligências inquisitórias, possível somente nos casos em que sua manifestação seja imprescindível, tais como, decretação de prisão preventiva, decretação de interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário.

2. MODELO PROPOSTO – TRAMITAÇÃO DIRETA DO INQUÉRITO POLICIAL ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS DELEGACIAS DE POLÍCIA

Diferentemente do modelo tradicional aplicado pelo ordenamento brasileiro na forma do §1º do artigo 10 do Código de Processo Penal³, descrito no capítulo anterior, o modelo novo proposto por parte da doutrina consiste na intervenção do judiciário apenas como exceção, não se aplicando a interferência do judiciário aos casos que não consistissem em tutelas de urgência.

Conforme leciona Renato Brasileiro de Lima⁶, há que se entender pela não recepção do art. 10, §1º do CPP pela Constituição Federal, que adotou o sistema acusatório e outorgou ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública e, portanto, não se pode admitir que a necessidade de remessa inicial dos autos ao Poder Judiciário ainda subsista.

Ainda conforme o autor supracitado:

ora, tendo em conta que o Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal pública (CF, art. 129, I), logo, o destinatário final das investigações levadas a cabo no curso do inquérito policial, considerando, ademais, que o procedimento investigatório é destinado, principalmente, a subsidiar a atuação persecutória o órgão ministerial, e diante da desnecessidade de controle judicial de atos que não

³ Vide nota 1

⁶ BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Processo Penal: material suplementar*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 47.



«Sem direitos e garantias fundamentais do indivíduo, deve-se concluir que os atos da investigação policial devem transitar diretamente entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário, a não ser para o caso de medidas cautelares.»

Quando a movimentação do inquérito envolvesse tutela de urgência, tais como a decretação de prisão preventiva, decretação de interceptação telefônica etc., hipóteses em que a fundamentação judicial é imprescindível para resguardar as garantias constitucionais do cidadão, não seria possível a não interferência do poder judiciário.

Já nos demais casos de movimentação do inquérito policial, a aplicação de tal intervenção seria desnecessária, não havendo a necessidade de que o procedimento administrativo passe pelo crivo do magistrado.

A transição direta foi regulamentada pelo Conselho de Justiça Federal, por meio da Resolução n. 63 de 26 de junho de 2009, que, além de estabelecer situações específicas em que os atos do inquérito policial serão admitidos para registro, inserção no sistema processual informatizado e distribuição às Varas Federais com competência criminal, também estabeleceu um novo sistema.

Esse novo sistema estabelece que os atos dos inquéritos concluídos ou com requerimento de prorrogação de prazo para seu encerramento, somente serão levados ao Poder Judiciário para seu registro e, após esse, os atos serão automaticamente encaminhados ao Ministério Público, sem a necessidade de determinação judicial.

A não intervenção do judiciário em todos os atos do procedimento administrativo tem como assegurar um procedimento mais célere, em respeito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF⁷).

Embora possa ser questionado se esta busca por um procedimento mais célere, eficiente, desburocratizado, com menos riscos de prescrição, poderia configurar, em verdade, a violação às garantias constitucionalmente estabelecidas, como a segurança jurídica e o devido processo legal, tal colocação não merece prosperar.

Para autores como Aury Lopes Jr.⁸, a não intervenção do Poder Judiciário em todos os momentos do inquérito policial não configuraria violação de garantias constitucionalmente estabelecidas - como segurança jurídica e devido processo legal - visto se tratar o inquérito policial de procedimento investigatório preliminar, que ocorre

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 03 abr. 2017.

⁸ LOPES JR., Aury; JACOBSEN GLOECKER, Ricardo. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 260.

anteriormente à ação penal e, pela sua natureza inquisitória, não se faz necessária a intervenção do magistrado, sendo esta inclusive prejudicial em alguns casos.

Tal intervenção é considerada prejudicial em alguns casos porque, segundo Aury Lopes Jr.⁹, o magistrado deve atuar de maneira muito limitada na fase pré-processual, conforme leciona:

o perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. Nesse sentido, além de ser uma exigência do garantismo, é também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.

Esse alinhamento do magistrado é visto pelo autor como importante garantia da imparcialidade, derivando mais do plano da efetividade do que da normatividade, visto que, apesar de certos dispositivos autorizarem a atuação de ofício pelo magistrado, os mesmos condicionam sua atuação à prévia invocação do Ministério Público, da polícia ou do sujeito passivo.

3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO DE TRAMITAÇÃO DIRETA DO INQUÉRITO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS DELEGACIAS DE POLÍCIA

No capítulo anterior foi tratado o modelo no qual a tramitação do inquérito policial se dá, em regra, de maneira direta entre o Ministério Público e as Delegacias de Polícia, sem a prévia intervenção do magistrado, ocorrendo essa intervenção somente nos casos em que esta for imprescindível, como nos casos de análise de medidas de urgência.

Conforme já, o art. 10, §1º do CPP¹⁰, que dispõe acerca da necessidade de o inquérito policial sofrer a intermediação do magistrado em todos seus atos entre as Delegacias e o Ministério Público, teve sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Inconstitucionalidade n. 2886/RJ¹¹, estando o mesmo, inclusive, em vigor.

Imperativo notar, entretanto, que o Supremo, ao declarar a constitucionalidade do referido art. 10, §1º do CPP o fez tão somente analisando sua compatibilidade formal com a ordem constitucional vigente, não enfrentando a questão da recepção ou não do modelo de

⁹ LOPES JR., *op. cit.* 299

¹⁰ Vide nota 1.

¹¹ Vide nota 3.



tramitação ali prevista com o sistema acusatório inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

E, é por tal motivo que, apesar de ter sua constitucionalidade declarada pelo STF, a validade daquele dispositivo ainda é questionada por autores como Aury Lopes Jr. e Renato Brasileiro de Lima, que o consideram burocrático e ineficaz, desconhecendo princípios constitucionais como o da celeridade e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF¹²), e postulados da economia processual e eficiência, além de estar ir de encontro ao modelo ora vigente, no qual a atuação do juiz na fase pré-processual deve ser restrita, a fim de garantir sua imparcialidade.

Não por outro motivo, vários Estados previram e implementaram a tramitação direta dos inquéritos policiais. Nesse sentido, a Lei Complementar n. 106/2003¹³, do Estado do Rio de Janeiro, dispôs em seu artigo 35, IV a possibilidade de o Ministério Público receber diretamente da Polícia Judiciária o inquérito policial.

No entanto, o supracitado dispositivo veio a ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI n. 2886/RJ¹⁴ em decorrência de sua inconstitucionalidade formal, por violar a regra de competência privativa prevista no §1º do artigo 24 da Constituição Federal.

Conforme trecho daquela decisão:

no entanto, apesar de o disposto no inc. IV do art. 35 da LC 106/2003 se condurar com a exigência de maior celeridade no ordenamento jurídico, a sua inconstitucionalidade formal não está afastada, pois insuscetível de superação com base em avaliações pertinentes à preferência do julgador sobre a realização da opção feita pelo legislador dentro do espaço que lhe é dado para livre conformação. Assim, o art. 35, IV, da Lei Complementar estadual nº 106/2003, é inconstitucional ante a existência de vício formal, pois estipulada a competência suplementar delimitada no art. 24, §1º, da Constituição Federal de 1988.

Também no âmbito Federal, a doutrina é unânime no sentido da maior eficácia da tramitação direta. O Conselho de Justiça Federal editou a Resolução n. 063/2009¹⁵ disposto acerca da tramitação direta do inquérito policial entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, bem como regulamentando a matéria.

¹² Vide nota 7.

¹³ BRASIL. Lei Complementar n. 106/2003 de 01 de março de 2003. Disponível em: <<http://sitejri.lajesjri.gov.br/CCNTLH/NSF/IdId40aed4f6resd7c50825648D062e425f1f28578c748b11D683256c1900493736>>. Acesso em 05 abr. 2017.

¹⁴ Vide nota 3.

¹⁵ BRASIL. Resolução n. 063 de 26 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.cjfes.br/download/res-063-2009.pdf>>. Acesso em 16 abr. 2017.

Segundo a Resolução, determinados atos de menor complexidade, tais como, a dilação do prazo para entrega do relatório ao Ministério Público e a requisição do *parquet* ao Delegado Federal de realização de outras diligências, por não necessitarem de intervenção judicial, poderiam ocorrer diretamente entre o Delegado da Polícia Federal e o membro do Ministério Público Federal.

Nesse particular, sobre a mencionada Resolução, leciona Renato Brasileiro de Lima¹⁶:

de acordo com a referida Resolução, os autos do inquérito policial somente serão admitidos para registro, inserção no sistema processual informatizado e distribuição às Varas Federais com competência criminal quando houver: a) comunicação de prisão em flagrante efetuada ou qualquer outra forma de constrangimento aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República; b) representação ou requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público Federal para a decretação de prisões de natureza cautelar; c) requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público Federal de medidas construtivas ou de natureza acatelatória; d) oferta de denúncia pelo Ministério Público Federal ou apresentação de queixa crime pelo ofendido ou seu representante legal; e) pedido de arquivamento deduzido pelo Ministério Público Federal; f) requerimento de extinção da punibilidade com falso em qualquer das hipóteses previstas no art. 107 do Código Penal ou na legislação penal extravagante.

Em que pese o evidente benefício da tramitação direta, defendido tanto a nível Federal como Estadual, a citada Resolução n. 063/2009¹⁷ teve sua constitucionalidade questionada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal por meio da ADI n. 4305¹⁸, esta que não foi julgada até o presente momento.

E, conforme leciona Renato Brasileiro de Lima, caso o Supremo Tribunal Federal siga o mesmo entendimento do julgamento da ADI 2886/RJ¹⁹ a resolução será declarada inconstitucional, o que ocasionará na impossibilidade da tramitação direta entre o Ministério Público Federal e as Delegacias de Polícia Federal, o que configurará em grande retrocesso diante da celeridade e eficácia trazidas por tal tramitação.

Cumpre apontar, no entanto, que a decisão proferida no âmbito da ADI 2886/RJ se fundou na inconstitucionalidade formal da Lei Estadual, tão somente por infração à competência privativa da União para dispor sobre normas de Direito Processual; não tocando na eventual inconstitucionalidade material, esta que jamais foi declarada.

¹⁶ BRASILEIRO DE LIMA, *op.cit.*, p. 48.

¹⁷ Vide nota 15.

¹⁸ BRASIL. ADI n. 4305 de 25 de setembro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/viewProcessoAndamento.asp?numero=4305&classe=ADI&origem=AP&recurso=Ultipal julgamento=M>>. Acesso em: 16 de abr. 2017.

¹⁹ Vide nota 3.



Além disso, aquela decisão se deu por maioria apertada dos votos, sendo certo que dois dos Ministros que decidiram no sentido da inconstitucionalidade já se aposentaram - fato que possibilita um eventual resultado diferente no julgamento da ADI ora em trâmite.

Não por outro motivo, enquanto não existir manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, deve ser mantida a validade da Resolução, sendo permitida a tramitação direta dos inquéritos policiais entre as Delegacias de Polícia e o Ministério Público.

CONCLUSÃO

A principal diferença entre o modelo tradicional apresentado e o modelo proposto reside no momento em que será necessária a interferência do magistrado no curso do inquérito policial. No caso do modelo tradicional, essa interferência se dará em todos os momentos em que o inquérito policial se desloca da Delegacia para o Ministério Público e do Ministério Público para a Delegacia. Já no modelo proposto, a interferência judicial só se dará nos casos em que essa for imprescindível para resguardar garantias fundamentais.

No Brasil, a regra é a aplicação do modelo tradicional, sendo necessária a interferência judicial em todos os movimentos do inquérito policial. Como exceção, tem-se a possibilidade de aplicação do modelo proposto por meio de leis estaduais e federais, tais como, a Lei Complementar Estadual n. 106/2003 e a Resolução n. 063/2009 do Conselho de Justiça Federal.

Tendo em vista que a aplicação do modelo proposto resulta em um procedimento mais célere, eficiente, desburocratizado, com menos riscos de prescrição, é inadmissível que a alegação genérica de que tal modelo violaria garantias constitucionalmente estabelecidas acabe por engessar esta evolução.

Conforme desenvolvido ao longo deste trabalho, pôde-se perceber que a não intervenção do Poder Judiciário em todos os momentos do inquérito policial não configuraria violação de garantias constitucionalmente estabelecidas por tratar-se de procedimento investigatório preliminar, que ocorre anteriormente à ação penal e, pela sua natureza inquisitória, não se faz necessária a intervenção do magistrado, sendo esta inclusive prejudicial em alguns casos.

E, nos casos em que essa fosse imprescindível para assegurar garantias constitucionalmente estabelecidas, a intervenção judicial ocorreria normalmente.

Portanto, a aplicação do modelo proposto não resultaria na violação de garantias constitucionais, visto que no caso de se tratar de garantias em que a Constituição Federal ou o legislador exija espressamente prévia intervenção judicial, como nos casos de decretação de prisões cautelares, realização de escutas telefônicas, expedição de mandados de busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e fiscal, a intervenção judicial irá ocorrer.

A aplicação do modelo tradicional, trazido pelo Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, mostra-se desatualizado principalmente após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que consagrou o sistema acusatório no Brasil. Com a consagração deste sistema, a figura do juiz que antes se envolvia inclusive na



coleta de provas na fase pré-processual, passou a ser uma postura imparcial, com intuito de garantir equidade dos direitos das partes envolvidos na ação penal.

Portanto, não há motivos para que o Brasil continue se baseando na aplicação de uma legislação desatualizada que desconsidera o sistema consagrado na Constituição Federal de 1988, em detrimento de uma legislação cível, atual e de acordo com o sistema atualmente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo necessária a possibilidade da tramitação direta do inquérito policial para a necessária evolução do Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4305 de 25 de setembro de 2009. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4305&classe=A-DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 16 de abr. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 03 abr. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/DeB689/Compilado.htm>. Acesso em 03 de abr. 2017.

_____. Lei Complementar n. 106/2003 de 01 de março de 2003. Disponível em <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI/NSF/1cd40acd4fced2c5032564f0062e425/1E9578c748b110883256cc90049373b>>. Acesso em 03 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2886/RJ. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630078>>. Brasília, DF, 03 de abr. 2014. Acesso em 20 mar. 2017.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Processo Penal: material suplementar*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

LOPES JR., Anny, JACOBSEN GLOECKNER, Ricardo. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



A ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA REINTEGRAÇÃO DE POSSE: REQUISITO OU ELEMENTO QUALIFICADOR DA POSSE

Laura Pinto de Lucca Abelha Guilhermino

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora.

Resumo – o presente trabalho pretende abordar a inserção da análise da função social da posse nos conflitos de reintegração de posse. Não há previsão expressa no ordenamento jurídico acerca da análise, porém, uma vez reconhecida a função social da posse como princípio fundamental, ela não pode ser negligenciada quando da tutela possessória. Sendo assim, verificam-se duas possibilidades de inserção da função social da posse, seja como um requisito implícito para o pleito possessório, seja pelo reconhecimento da função social como fator para qualificação da posse como justa ou injusta. Para melhor abordagem da ideia, tem-se a conceituação de institutos como da posse, função social da propriedade, função social da posse, reintegração de posse.

Palavras-chave – Posse. Função Social da Posse. Função Social da Propriedade. Reintegração de posse.

Sumário – Introdução. 1. O fundamento constitucional da Função Social da Posse: aspectos práticos da aplicação do princípio. 2. A Função Social da Posse analisada como requisito para a Reintegração de Posse: a insuficiência do requisito temporal. 3. A Função Social da Posse analisada como elemento de qualificação da Posse Injusta na Ação Reintegratória: como caracterizar a Posse Violenta à luz do princípio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente tema se insere na discussão acerca da função social da posse como direito fundamental e valor promovido pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão do reconhecimento de que a função social da propriedade se materializa pelo do exercício do direito de propriedade, ou seja, pela posse exercida pelo proprietário. Deste modo, considerando-se que o exercício do direito de propriedade se dá por meio da posse recebendo essa a tutela pelo ordenamento jurídico, cabe questionar a necessidade da incidência do princípio da função social na tutela possessória.

Com o trabalho, pretende-se analisar se a função social deve ser vista na demanda possessória como requisito da tutela liminar ou se deve ser tida como elemento qualificador da posse como injusta. Para tanto, é feita a análise de posições doutrinárias, bem como de entendimentos judiciais no bojo das ações reintegratórias.

Percebe-se quanto ao tema uma relevante repercussão social, em razão dos conflitos que envolvem a posse e sua relação com o direito à moradia, bem como o direito à terra, em



se tratando da posse rural, seja em conflitos expropriatórios ou possessórios, tendo em vista que a análise da função social da posse é consagrada como requisito para a desapropriação, mas vem sendo negligenciada por diversas decisões judiciais quando do deferimento de medida liminar em sede dos interditos possessórios ou mesmo como requisito para o pleito possessório. Verifica-se, porém, que essa desconsideração da análise da função social esvazia o princípio constitucional, principalmente em razão da tutela liminar nas ações de reintegração de posse, isto é, sendo praticamente impossível reverter a medida, tendo em vista seu viés satisfativo.

A Constituição Federal de 1988 estabelece parâmetros para aferição do cumprimento da função social, principalmente quando envolve imóveis rurais, e a restrição de tal análise aos processos de desapropriação precisa ser combatida, uma vez que como princípio constitucional, a função social deve ser examinada em todas as situações nas quais o exercício, isto é, a posse, não se coaduna com os valores constitucionais.

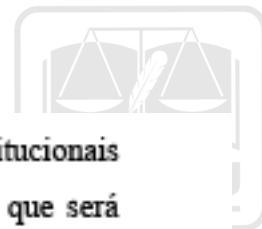
O presente trabalho pretende, mediante análise teórica de institutos jurídicos como “posse”, “propriedade”, “função social da propriedade”, “função social da posse” e “tutela possessória”, a verificação jurídico-racional da necessidade da função social da posse a da propriedade como requisito para a tutela possessória ou elemento qualificador da posse como injusta.

O primeiro capítulo se prestará a conceituar a posse, bem como a ideia de função social da posse, tecendo-se comentários acerca do caráter de transformação social que tem o princípio.

Após, no segundo capítulo, será abordada a ideia da função social como requisito para o pleito possessório, ainda que ausente a previsão na legislação atual. Para tanto, será feito um paralelo com a ideia de desapropriação-sanção, em que a função social é exigida na relação entre o proprietário-possuidor e o bem imóvel.

Por fim, no terceiro capítulo, far-se-á a averiguação da função social da posse como mecanismo de qualificação da posse como justa ou injusta para efeito de configuração de esbulho no pleito reintegratório.

A pesquisa é desenvolvida conforme método hipotético-dedutivo, na medida em que há o apontamento da questão fática a ser analisada, bem como sua descrição e argumentação com hipóteses aptas a solucionar o problema trazido.



Para sua realização, será necessária, portanto, a análise dos parâmetros constitucionais e legislativos que regem a problemática, bem como o ponto fático de conflito, o que será extraído da bibliografia indicada.

1 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE: ASPECTOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

A posse é um instituto com grande relevância na vida humana, uma vez que os sujeitos se apossam das coisas, dão utilidade aos bens, ainda que não reconhecido o direito de propriedade sobre eles. Em razão disso, surgem diversas teorias para conceituar o instituto.

Para Savigny¹, que consagra a teoria subjetiva, o sujeito possuidor tem relação direta com a coisa, contato com ela (*corpus*) ao mesmo tempo em que tem a intenção de dono, vontade de ter a coisa como sua ou de exercer alguma das faculdades da propriedade (*animus*). Mais satisfatória, porém, é a ideia de Ihering, que, por sua vez, reconhece apenas o elemento objetivo, sendo o possuidor aquele que exerce os poderes inerentes à propriedade, seja ele o proprietário ou não.

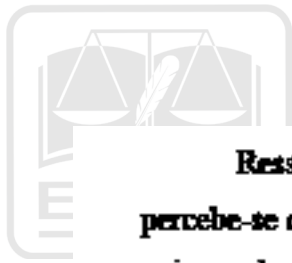
No Brasil, conforme positivado no art. 1.196 do Código Civil², a posse é reconhecida nos moldes da Teoria Objetiva de Ihering. Apesar de a teoria explicar melhor a posse, tem o defeito de colocá-la como subordinada à propriedade. Tal vínculo de subordinação, porém, não é necessário, pois a identificação do possuidor se dá pela verificação de quem tem de fato o exercício de alguns poderes da propriedade. Albuquerque³ destaca o caráter de independência da posse:

Mais do que uma simples relação de fato ou uma exteriorização de um direito, a posse cria uma relação jurídica entre a pessoa do possuidor e a coisa possuída. A posse, em nossa dimensão territorial, é a forma de aproveitamento econômico do solo e forma de produção de riqueza para o possuidor e para toda a sociedade. A posse é forma de ocupação primitiva, corresponde ao fim último de liberdade e de dignidade da pessoa humana, na medida em que possa estar ligada aos direitos de moradia, possa implementar a erradicação da pobreza e torne efetiva a igualdade entre todos, principalmente diante de um cenário amplo de cidadania.

¹ SAVIGNY apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 60.

² BRASIL. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110405.htm>. Acesso em: 18 mar 2017.

³ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 194.



Resaltando, então, o aspecto funcional da posse – e não meramente o estrutural – percebe-se que o instituto tem uma importância sociológica, uma vez que, por meio da posse, pautada sobre o bem possibilidade de produzir, habitar, trabalhar, construir, plantar, promovendo-se, então, a cidadania e igualdade social, não sendo mero reflexo do direito de propriedade. Avaliando-se os aspectos estrutural e funcional da posse concomitantemente, supera-se a noção estática do instituto, vinculada às situações do proprietário exclusivamente, e percebe-se que a posse por ser instituto autônomo tem suas próprias situações jurídicas e sua própria função social.

O direito de propriedade, por muito tempo tido como um direito absoluto, teve seu contorno relativizado e socializado, ganhando limitações, sem perder, entretanto, traços de seu caráter absoluto, como a oponibilidade *erga omnes*. É possível reconhecer que o exercício do direito de propriedade deve cumprir uma função social. Na lição de Monteiro⁴:

O direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que natureza se impregnava. Este, ele sujeito, na atualidade, a numerosas limitações impostas no interesse público e no interesse privado, inclusive nos princípios da justiça e do bem comum. Várias disposições constitucionais, administrativas, militares, penais e civis restringem o seu exercício, de tal modo que se pode afirmar ser totalmente impossível a completa enumeração de todas as restrições. Tanto quanto possível, dentre as mais importantes, podem ser indicadas as seguintes: Restrições constitucionais – A Constituição Federal, como já se viu, garante o direito de propriedade. Contudo, em seguida, impõe a subordinação da propriedade à sua função social, expressão de conteúdo vago, mas que, genericamente, pode ser interpretada como a subordinação do direito individual ao interesse coletivo.

Apesar da fluidez característica do princípio, o ordenamento jurídico procura traçar parâmetros mais concretos para sua compreensão. A Constituição Federal de 1988 em diversos momentos tenta delinear o alcance da função social da propriedade. É o que prevêm o artigo 5º, inciso XXIII⁵, conferindo caráter de direito fundamental; o artigo 170 e incisos⁶, em caráter de princípio da ordem econômica e, ainda, o artigo 186⁷, que aponta como o direito de propriedade deve ser exercido para atender a sua função social.

Destacam-se também os contornos dados pela Lei n.º 4.504/1964⁸ (Estatuto da Terra) à propriedade agrária. Essa tem disciplina diferenciada da urbana, uma vez que naquela não se

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. Rev. e atual. por Carlos Alberto Daluz Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003p. 92.

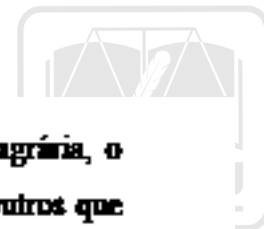
⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em 20 mar.2017.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ BRASIL. Estatuto da Terra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em 20 mar.2017.



admite a posse indireta como na posse civil. Isto é, para configuração da posse agrária, o possuidor deve efetivamente exercer os atos de plantio, muradisa, colheita, dentre outros que caracterizem a atividade agrária. Tem-se, ainda, a previsão do Código Civil, em seu art. 1.228, parágrafo 1º que assim dispõe que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...)”.

Percebe-se que os parâmetros trazidos pelo ordenamento remetem sempre ao modo pelo qual o direito de propriedade será exercido, o que reflete seu aspecto fático e, conseqüentemente, à posse exercida pelo proprietário. Conforme a ideia de Zavascki⁹:

Tal princípio [da Função Social da Propriedade] não está, de forma alguma, confinado a mero apêndice do direito de propriedade, a simples elemento configurador de seu conteúdo. É muito mais do que isso. Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa nasce independentemente da específica consideração de quem detenta o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. [...] Bem se vê, destearte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade. Referida função “é mais evidente na posse e muito menos na propriedade”, observa a doutrina atenta, e daí fabrica-se em função social da posse.

Reconhecendo-se a posse como um direito autônomo à propriedade, conforme visto, e, tendo em vista que a função social a se exigir é a que será conferida no momento deste exercício, fala-se na função social da posse.

Sabe-se que a função social da posse, diferentemente da propriedade, não encontra previsão expressa na Constituição Federal, mas pode ser percebida, a título exemplificativo, quando do reconhecimento do direito à usucapião ao possuidor que dá função social a bem de propriedade alheia. Como preceitua Ana Rita Vieira de Albuquerque¹⁰, “[A função social da posse] é um princípio constitucional implícito dotado de normatividade e em patamar de igualdade aos demais princípios explícitos”.

Vale destacar que somente a posse que atende à função social é capaz de traduzir a possibilidade de efetividade de valores fundamentais do ordenamento jurídico. Assim, tem-se a ideia da posse funcionalizada, que não se resume apenas ao contato direto do possuidor com

⁹ ZAVASCKI, Teori Albin. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005, p.9.

¹⁰ ALBUQUERQUE, op. cit. p.20.



a coisa, mas sua utilização efetiva em conformidade com o contexto fático que se insere. Nas palavras de Torres¹¹:

A tessitura da função social, tanto na propriedade quanto na posse, está na atividade exercida pelo titular da relação sobre a coisa à sua disposição. A função social não transige, não compactua com a inércia do titular. Há que desenvolver uma conduta que atende ao mesmo tempo à destinação econômica e à destinação social do bem.

Percebe-se, então, que a função social da posse pode ser instrumento de transformação social, tendo em vista que a propriedade titularizada de modo estático não é capaz de dar efetividade a direitos como de moradia e de trabalho, mas somente mediante a utilização adequada do bem, isto é, da posse em conformidade com a função social.

Uma vez compreendida e reconhecida a função social da posse como um princípio do ordenamento jurídico, verifica-se que o operador jurídico deve angariar meios de efetivá-lo e concretizá-lo. Nesse espírito, a posse tem proteção específica, distinta da propriedade, a fim de se preservar os valores consagrados pelo ordenamento jurídico, a qual se dá por meio dos interditos possessórios.

Considerando então que a proteção da função social e o fundamento dos interditos possessórios, é razoável que o cumprimento da função social seja analisado nos conflitos em torno da posse de um modo geral. Ocorre que, contemporaneamente, não há previsão acerca da análise da função social nem por parte do esbulhador nem do esbulhado. Nas palavras de Reale¹²:

É urgente encontrar uma solução jurídica para reiterados dramas sócio-econômicos consequentes de conflitos entre os proprietários de terras, vencedores em ações reivindicatórias após dezenas de anos de demandas, e aqueles que, de boa-fé, nelas edificaram, entrementes, sua moradia ou realizaram benéficas de irrecusável alcance social.

Desse modo, percebe-se que a ausência da análise da função social da posse nos conflitos possessórios pode conduzir a soluções não satisfatórias do ponto de vista social, tendo em vista que muitas vezes o possuidor justo ou com justo título não confere destinação adequada ao bem que eventualmente o esbulhador irá conferir.

¹¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse – Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 308.

¹² REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.33.



2 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE ANALISADA COMO REQUISITO PARA A REINTEGRAÇÃO DE POSSE: A INSUFICIÊNCIA DO REQUISITO TEMPORAL

A função social da posse, como princípio constitucional, tem reflexos em demandas que envolvem o direito de propriedade e de posse. Nas ações expropriatórias, por exemplo, é analisada como parâmetro, na medida em que há a previsão constitucional de sanção ao proprietário-possuidor que não dá utilização ou destinação adequada a seu imóvel. Os contornos da utilização da propriedade conforme sua função social são dados pela Constituição Federal em seus artigos 182 e 186¹³, em relação a imóveis urbanos e rurais, respectivamente. Assim, será perquirida a utilização do bem quanto ao aproveitamento da terra, à preservação do meio ambiente, às leis trabalhistas e à dignidade da pessoa humana em relação à propriedade rural e ao bem estar das pessoas e utilização conforme ditames do plano diretor de cada Município em relação à propriedade urbana.

Por outro lado, semelhante tutela da posse não é visualizada nos conflitos possessórios, em destaque, na ação de reintegração de posse, em que o possuidor tem sua posse tomada por outro sujeito, que muitas vezes confere função social jamais dada à posse.

Sabe-se que as duas situações cotejadas não são idênticas do ponto de vista da relação jurídica processual, em que, nos conflitos expropriatórios, têm-se o Poder Público e o particular em litígio; enquanto nos possessórios, a questão se dá entre dois particulares, em regra. Porém, entende-se que a relação entre o proprietário-possuidor e seu bem imóvel deve sempre atender às delimitações constitucionalmente previstas para a propriedade e a posse e, assim, tanto em um conflito como em outro, a função social conferida deve ser relevante no momento da decisão judicial. A função social como princípio fundamental e norma se aplica em todas as situações nas quais a propriedade se materializa. Comparato¹⁴ entende neste sentido, uma vez que defende a vigência imediata dos direitos fundamentais:

Essa exegese da função social da propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, é de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão e do brasileiro, afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos. A Constituição brasileira de 1988, com efeito, declara que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º).

Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quera lista, pois, em direitos fundamentais está,

¹³ BRASIL. Constituição Federal. op. cit., nota 8.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade, *Revista do Centro de Estudos Jurídicos*, v. 1, nº3, set./dez. 1997, p.6.



implicitamente, reconhecendo a existência correspondente de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais.

A reintegração de posse é medida prevista no artigo 560 e tem seus requisitos no artigo 561 do Código de Processo Civil de 2015¹⁵, que replica o disposto nos artigos 926 e 927 do diploma processual anterior. Os requisitos para o ajuizamento são objetivos e se pautam na prova da posse do esbulhado, bem como da perda da posse em decorrência do esbulho praticado em período inferior a ano e dia. Não há questionamento acerca da função social dada ao imóvel quando do esbulho.

A omissão, porém, vai de encontro às disposições constitucionais acerca da propriedade e do reconhecimento da função social da posse como princípio do ordenamento jurídico. Em virtude do dever constitucional atribuído ao proprietário e possuidor, entende-se que a reintegração de posse deve ter como requisito, ainda que não previsto explicitamente na legislação, a análise da função social da posse, a fim de se atingir a decisão mais adequada, mesmo que em detrimento de um direito imediato do proprietário, uma vez que os ditames constitucionais devem refletir por todo o ordenamento jurídico.

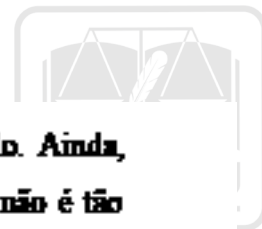
Freddie Didier Jr.¹⁶ propõe que, diante de conflitos possessórios em que o autor além de possuidor é proprietário, o dispositivo que prevê os requisitos para a reintegração - referindo-se ao dispositivo do Código anterior, que tem a mesma redação no atual - deve conter ainda a função social, pois deve ser realizada interpretação conforme a Constituição Federal:

Deste modo, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da função social. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se repete um pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade. A correta interpretação dos dispositivos constitucionais leva à reconstrução do sistema de tutela processual da posse, que passa a ser iluminado pela exigência de observância da função social da propriedade.

Foderia, porém, ser suscitado questionamento acerca da exigência desta demonstração prévia da função social pelo autor da ação reintegratória, uma vez que não há o requisito no

¹⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 20 mar. 2017.

¹⁶ DIDIER JR., Freddie. *A Função Social e o Poder de Posse*. Disponível em: <<http://direitosenfis.files.wordpress.com/2009/03/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-freddie-didier.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.



dispositivo legal que prevê o procedimento e, portanto, não se haveria de exigí-lo. Ainda, tem-se que a prova do cumprimento da função social para determinados imóveis não é tão simples e necessitaria, por exemplo, uma perícia para aferição da eficiência na utilização, na hipótese de imóvel rural e, assim, a reintegração, como instrumento célere de proteção, perderia esse viés e a posse, como forma de efetivação de valores fundamentais do ordenamento jurídico, estaria desamparada, de modo a ferir a segurança jurídica e a paz social.

A razão de ser da proteção possessória, por outro lado, é justamente o proteger a posse por ser esta capaz de dar proveito ao bem, promover a justiça social, a moradia e o trabalho. Farias e Rosenvald¹⁷ destacam a necessidade do respeito aos valores constitucionais como o fundamento da proteção possessória:

A posse é um modelo jurídico autônomo à propriedade, sendo que a razão de seu arrolamento pela ordem jurídica provém primordialmente do valor dado ao uso dos bens através do trabalho e do seu aproveitamento econômico. O não-aproveitamento de um bem representa inequivocamente um dano social. A posse será tutelada como uma situação de fato capaz de satisfazer a necessidade fundamental de moradia e fruição da coisa. O possuidor merece amparo por ser aquele que retira as utilidades do bem e lhe defere destinação econômica, sem que haja qualquer conexão com a situação jurídica de ser ou não o titular da propriedade.

Sendo assim, resta claro que a reintegração de posse tem a função de proteger a posse que cumpre com a função social, motivo pelo qual deve ser afastada a crítica de que sua demonstração não deve ser exigida por não estar prevista como requisito para o ajuizamento da demanda possessória.

O Projeto de Lei n. 8.046 de 2010¹⁸ referente ao Código de Processo Civil promulgado em 2015, teve votada a proposta realizada pelo Deputado Federal Padre João, que vai a encontro da ideia ora trabalhada. Pretendia a adição do inciso V ao artigo 561, prevendo expressamente a função social como requisito. A alteração proposta foi amparada pela seguinte justificativa:

O requisito do cumprimento da função social para a tutela possessória é consequência direta da Constituição, em seus seguintes dispositivos: artigo 5º, inciso XXIII, artigo 170, inciso III, artigo 182 § 2º, artigo 184, artigo 185 parágrafo único e artigo 186, regulamentados pelas Leis nº 10.257/2001 e 8.629/1993. Para o

¹⁷ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.192.

¹⁸ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.046, de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=087AD9D3009128A5E74CD58A7F71A6CBB_node1?codexor=938642&filename=BOC-322/2011-PL602505-%3D%3E+PL+8046/2010>. Acesso em 01 mar. 2017.



Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki, a função social da propriedade diz com a utilização dos bens, e não com sua titularidade. Função social da propriedade realiza-se “mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, (...) seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse”. Por isso a função social diz mais respeito ao fenômeno possessório do que ao direito de propriedade. Esta é a importante lição do jurista Luis Rêson Fackin, para quem a “função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade”. Não existe sentido, na ordem constitucional vigente, em se proteger posse que não cumpre sua função social.

A defesa do novo requisito explícito tinha o argumento de que o princípio constitucional da função social da propriedade deve irradiar pelos conflitos que envolvem a posse para que se proteja apenas aquela que com ela cumpre. A proposta, porém, não foi aceita e o dispositivo manteve redação idêntica à do CPC de 1973.

A despeito de não se ter tido êxito na inclusão do inciso, foi aceita proposta que dá aplicabilidade ao princípio nos conflitos de reintegração de posse em que há invasão coletiva no artigo 565 do Código de Processo Civil de 2015¹⁹. A ideia é que os litígios coletivos não devem se submeter à mesma lógica dos bilaterais, pois naqueles, muitas vezes o imóvel urbano ou rural é invadido por grupos sociais de baixa renda, que não têm outra alternativa senão satisfazer suas necessidades ligadas à dignidade humana, especialmente àquelas de alimentação, trabalho e moradia. Desse modo, deve haver a realização de audiência de justificação prévia ou tentativa de conciliação para o fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, prezando ainda pela integridade física dos sujeitos e por seus bens e benfeitorias construídas. Há ainda previsão da atuação da Defensoria Pública bem como do Ministério Público nos conflitos em defesa dos hipossuficientes.

A negligência, nesses casos, à função social, enseja a concessão da liminar e consequente retirada dos grupos à força, com destruição das benfeitorias eventualmente construídas em uma evidente afronta à dignidade da pessoa humana para se resguardar o direito de posse do esbulhado. Assim, as novidades legislativas permitem o melhor conhecimento da situação fática e uma disciplina mais satisfativa da posse como consequência dos ditames constitucionais.

Conclui-se, portanto, que embora não haja previsão expressa da análise substancial da posse para deferimento da liminar na reintegração, percebe-se que os requisitos objetivos elencados pelo Código de Processo Civil não parecem suficientes para resguardar valores constitucionalmente protegidos como a dignidade da pessoa humana e direitos como moradia,

¹⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20.mar.2017.



trabalho e indenização de benfeitorias. Assim, deve-se realizar uma interpretação sistemática do dispositivo legal, que vai além da avaliação da posse anterior, ato esbulhatório e tempo decorrido para a concessão da liminar.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE ANALISADA COMO ELEMENTO DE QUALIFICAÇÃO DA POSSE INJUSTA NA AÇÃO REINTEGRATÓRIA: COMO CARACTERIZAR A POSSE VIOLENTA À LUZ DO PRINCÍPIO

A função social da posse não é relevante apenas para a análise quanto ao merecimento da tutela da posse, mas também como mecanismo de qualificação do instituto.

Como se sabe, a posse pode ser qualificada como justa ou injusta, havendo vícios objetivos, bem como de boa ou má-fé, se houver algum vício subjetivo da posse.

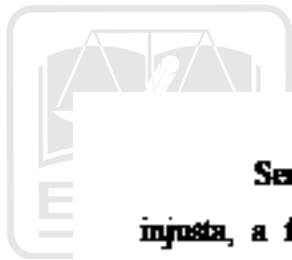
Com efeito, a posse de má-fé se dá quando o possuidor conhece o vício existente, sendo, a contrário sensu, a posse de boa-fé aquela em que se ignora o vício. Conforme preceitua Paulo Nader²⁰, “a posse de boa-fé nem sempre configura posse justa, como a de má-fé pode não se caracterizar como injusta. A posse de quem adquire uma coisa, ignorando que o transmitente a assumira mediante violência, se qualifica como de boa-fé e injusta.”

A posse injusta, por sua vez, é aquela adquirida por meio de violência, clandestinidade ou de forma precária, sendo justa quando não constituída por tais vícios, como se depara da leitura do artigo 1.200 do Código Civil. Alguns autores, por outro lado, não se filiam a essa interpretação restritiva do dispositivo e consideram que para que a posse se caracterize como injusta é necessário que se analise não somente a forma de aquisição, mas também a função social dada à posse do bem. A questão cinge-se principalmente em torno da posse violenta, como aponta Dantas²¹:

A doutrina concorda que a violência se materializa pelo uso da força, mas não existe consenso sobre em que circunstância ele efetivamente a caracteriza. Não há dúvidas de que quando é utilizada diretamente contra uma pessoa, a força representa aquisição violenta, mas permanece a interogação sobre se tal uso direcionado apenas indiretamente, sem que tenha ocorrido um conflito contra alguém, seria suficiente para a materialização da injustiça da posse adquirida desse modo.

²⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.48.

²¹ DANTAS, Marcos Eduardo de Carvalho. *Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 197, p. 29-50, jan./mar. 2013.



Sendo assim, são propostos novos critérios para a qualificação da posse como injusta, a fim de se dar uma maior tutela ao possuidor que dá destinação ao imóvel abandonado, ainda que a forma de aquisição tenha sido violenta. Para Farias e Rosenvald²²:

Não é considerada violenta a posse caso o uso da força se justifique para a remoção de obstáculos físicos para ingresso em bens abandonados (v.g., destruição de cadeados ou supressão de cercas). Pessoas que só há violência quando o apressamento resulta de uma conduta contrária à vontade do possuidor, pelo fato da coisa ser arrebatada de alguém que a isto se oporia. Havendo o abandono do bem que é objeto de ocupação, não é crível pensar em uma "presunida aquisição" por parte de um possuidor que se mostra inerte no cuidado com aquilo que lhe pertencia.

Na hipótese de um sujeito se valer de arrombamento para invadir imóvel cuja posse não cumpre sua função social - como um imóvel abandonado por seu proprietário - e lá estabelecer sua moradia ou utilizar a terra para plantio e cultivo, não estaria configurada a injustiça da posse, ainda que obtida, a priori, por meio tido como violento.

Nesse caso, a função social da posse serve como elemento para a qualificação da posse como justa ou injusta, podendo, inclusive, afastar possíveis vícios da posse, aparentes, ao revés, por ocasião de análise mais profunda, reconhecendo, assim, a funcionalização do instituto da posse.

A posse funcionalizada é tutelada no Código Civil quando do reconhecimento da usucapão na modalidade extraordinária e ordinária com a redução do período de posse nas hipóteses de o possuidor estabelecer moradia habitual ou realizar obras ou serviços de caráter produtivo (artigos 1.238 e 1.242 do Código Civil²³). Têm-se ainda as hipóteses trazidas pela Constituição Federal de usucapão rural e urbana, em que a finalidade dada ao imóvel também são requisitos para a aquisição da propriedade (artigos 192 e 183 da Constituição Federal²⁴).

Outra consequência do reflexo da função social da posse em sua qualificação seria o reconhecimento do direito às benfeitorias que o possuidor tiver eventualmente realizado. Sabe-se que o direito às benfeitorias é garantido ao possuidor de boa-fé por força do artigo 1.219 do Código Civil²⁵ e assim, uma vez aceito que a qualificação da posse é realizada também pelo elemento funcional, ter-se-ia que o possuidor que confere função social é possuidor justo e, no mínimo, de boa-fé, pois, como visto, pode-se defender inclusive a inexistência de vício na posse que atende à função social.

²² FARIAS; ROSENVALD, op. cit. p.143.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*



Desta forma, a função social da posse pode ser tida como elemento qualificador da posse como justa ou injusta quando se considera o aspecto funcional do instituto. A função concretamente exercida por meio da posse deve ser relevante e irradiar pelos institutos da posse e da propriedade.

Sendo assim, os modos de aquisição da posse não devem ser tidos como critério satisfativo e único para se oferecer proteção a essa.

A posse, em virtude de sua relevância fática, tem proteção específica, distinta da propriedade, a fim de se preservar valores como a moradia e o trabalho, por exemplo. Esta proteção se verifica através do “ius possessionis” (direito de posse) e do “ius possidendi” (direito de possuir). Conforme Paulo Nader²⁶, “as ações possessórias não se confundem com as petições, pois aquelas se fundam na simples posse, enquanto essas versam sobre o direito de propriedade ou qualquer outro direito real”.

Ao possuidor são garantidos os interditos possessórios, como forma de proteção judicial célere à posse turbada, esbulhada ou ameaçada. É reconhecido ainda o direito à autotutela mediante previsão do artigo 1.210 §1º do Código Civil²⁷, que dispõe sobre a possibilidade de desforço imediato:

O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse.

Nas ações de reintegração de posse, como sabido, o autor se defende contra o esbulho de sua posse, sendo este proprietário-possuidor ou apenas possuidor do bem. O esbulho, por sua vez é o ato pelo qual o sujeito toma a posse do legítimo possuidor, fazendo com que sua posse seja tida como injusta.

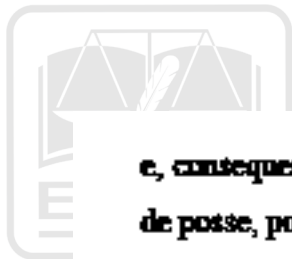
A injustiça da posse ocorre quando há vício objetivo e, como mencionado anteriormente, elenca o Código Civil, no artigo 1.200²⁸, um rol de hipóteses que configuram aquisição injusta da posse. Por outro lado, a função social conferida à posse após sua aquisição não deve ser algo irrelevante na configuração da injustiça, motivo pelo qual, fala-se na função social da posse como mecanismo de qualificação dessa para fins de reintegração.

Com efeito, se um imóvel abandonado for invadido com violência e, posteriormente, o invasor estabelece sua moradia, a posse advinda da invasão não poderá ser caracterizada como injusta. Isto é, a forma de aquisição não é o único critério para definir a justiça da posse

²⁶ NADER, *op. cit.* p.68.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*



e, consequentemente, o proprietário-possuidor não poderá se valer da liminar da reintegração de posse, pois não estará configurado o esbulho. Neste sentido esclarece Dantas²⁹:

Fica claro que o peso maior para a caracterização da injustiça pela violência não está no fato dela ter sido empregada contra uma pessoa ou apenas na remoção de obstáculos. O que os autores sugerem é que o uso da força para a obtenção da posse de um imóvel abandonado não geraria posse injusta quando ele tiver sido caracterizado dessa maneira, porque a função social estaria sendo descumprida. A contrario sensu, quando a função social estiver sendo cumprida, mesmo a força empregada apenas na remoção de cercas e obstáculos caracterizaria a violência geradora da posse injusta.

Essa funcionalização do instituto da posse se torna necessária uma vez que o direito à moradia foi consagrado pela Constituição Federal como direito fundamental e, assim, deve-se primar pela sua efetivação. Não raras são os conflitos atusis envolvendo invasões coletivas urbanas e rurais e, diante do cenário, deve o julgador se adequar para promover a justiça do caso concreto, conforme os ditames legais e garantias constitucionais. Endossa a ideia Ferreira³⁰:

[...] o Estado-Juiz, quando chamado a resolver os conflitos possessórios coletivos sobre imóveis públicos ou privados, atua, constitucionalmente, calcado no modelo delativista formal. Deste paradigma resulta o despejo forçado de mulheres, crianças, idosos e portadores de necessidades especiais, o que implica reconhecer que a posse exercida por esses grupos desaparece frente ao poder de proteção da propriedade, ainda que o comando constitucional e os Tratados Internacionais assegurem o direito à moradia.

Sendo assim, nos conflitos reintegratórios há de se perquirir a destinação dada ao bem para qualificação da posse como justa ou injusta, o que remete à própria existência ou não de esbulho, isto é, quando o possuidor justo confere função social à posse, ainda que ele tenha o imóvel invadido sem violência, será protegida sua posse, caracterizando a do invasor uma posse injusta. Percebe-se que a função social exercida seja pelo possuidor justo, seja pelo injusto deve ser considerada no momento da tutela possessória, merecendo proteção aquela que melhor atender à finalidade do princípio.

²⁹ DANTAS, op. cit., p. 8.

³⁰ FERREIRA, Gilson. A função social da posse como elemento de efetivação dos direitos humanos no contexto do direito de moradia digna, *Revista Jurídica*, São Paulo, v.2, N.1, pp. 99-120, Jan./Junho 2013, p. 115.



CONCLUSÃO

Após a conceituação do instituto da posse e da análise de sua função social, o presente trabalho se prestou a investigar os reflexos do princípio da função social da posse nas ações reintegratórias.

Uma vez reconhecida a função social da posse como princípio constitucional implícito, resta patente seu reflexo por todo o ordenamento jurídico, incluindo-se, assim, os conflitos possessórios, em que o princípio é negligenciado em favor da celeridade na proteção da posse.

O que se vislumbra em sede possessória é o deferimento da liminar com base nos requisitos legais de forma a retirar os invasores sem ouvi-los, sem investigar a situação fática que se insere o conflito, isto é, sem investigar se há função social por parte do autor. Assim, em determinada lide em que há invasão de um imóvel improdutivo por sujeitos que venham a conferir utilidade à posse, a decisão liminar irá ferir o princípio constitucional da função social da posse. Muitas vezes essa negligência acaba por ferir direitos fundamentais como da moradia, da dignidade da pessoa humana, em razão do afastamento do julgador com a situação fática existente.

Sendo assim, entende-se que o possuidor que não confere função social à posse não deve ter proteção imediata por meio da liminar em sede reintegratória.

Como visto, a inserção da função social na reintegração de posse pode ser realizada de duas formas principais: pode-se ter a função social conferida pelo autor como um requisito para o pleito, uma vez que sua posse somente é defendida pelo ordenamento jurídico se com ele está conforme; ou a função social pode ser instrumento de qualificação da posse como injusta para efeito de configuração do esbulho que dá ensejo à demanda.

Tal ideia foi trazida por meio de projeto de lei que pretendia incorporar ao novo Código de Processo Civil o requisito da função social no dispositivo correspondente à reintegração de posse, o qual não foi aprovado. Houve, porém, inovação no sentido de dar tratamento diferenciado aos litígios coletivos, em razão de sua peculiaridade, prevendo audiência prévia de justificação ou de conciliação e, ainda, a intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público.

A adoção da análise da função social vem, portanto, sendo aos poucos incorporada no sistema inerente à reintegração de posse, porém, mostra-se necessário um amadurecimento em torno da problemática, que ainda tem um tratamento eclético em sua aplicação.



REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e suas consequências frente à situação proprietária*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 mar 2017.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 mar 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar 2017.

_____. Estatuto da Terra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em: 20 mar 2017.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8.046, de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessao=087AD9D009128ASE74CDS6A7F71A6CBE_node=17codteor=938648&filename=EMC+322/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010>. Acesso em: 01 mar 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, V. 1, n.º3, set./dez. 1997.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, V. 50, n. 197, p. 29-50, jan./mar. 2013.

DIDIER JR., Freddie. *A Função Social e a Tutela da Posse*. Disponível em: <<http://direitosrevis.files.wordpress.com/2009/03/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>>. Acesso em: 01 mar 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. X. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Gilson. A função social da posse como elemento de efetivação dos direitos humanos no contexto do direito de moradia digna. *Revista Tesis Juris*, São Paulo, V.2, N.1, pp. 99-120, Jan./junho 2013, p. 115.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.33.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.



O PATERNALISMO JURÍDICO RÍGIDO COMO ASPECTO DESLEGITIMADOR DA TEORIA DO BEM JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luciana Quintanilha Pessoa

Graduada pela Universidade Candido Mendes Ipanema. Advogada.

Resumo – No ordenamento jurídico brasileiro se observa uma indevida utilização do Direito Penal como modulador das relações sociais; ao invés de *ultima ratio*, aquele é usado como solução de todos os problemas. Essa desvirtuação do caráter residual do Direito Penal é consequência da postura paternalista rígida do legislador pátrio, que, sob o pretexto de criminalizar todas as condutas que visualiza lesivas à ordem social, acaba por alçar à categoria de bens jurídicos valores que não correspondem a interesses penalmente relevantes. A essência do trabalho é abordar o impacto negativo do Paternalismo Jurídico rígido na Teoria do Bem Jurídico.

Palavras-chave – Direito Penal. Paternalismo Jurídico. Teoria do Bem Jurídico.

Síntese – Introdução. 1. A política paternalista exacerbada do legislador penal brasileiro. 2. A função limitadora do *jus puniendi* estatal conferida ao bem jurídico. 3. A inconstitucionalidade da utilização do modelo paternalista rigoroso como instrumento de profusão de bens jurídicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a legitimidade, dentro do Estado Democrático de Direito, da Teoria do Bem Jurídico, na sua função de limitadora do *jus puniendi* estatal, quando utilizada como um instrumento do Paternalismo Jurídico Rígido. Procura-se demonstrar que a postura paternalista extremada do legislador acarreta uma profusão de bens jurídicos pensis, o que não se coaduna com determinados postulados basilares do Estado Democrático de Direito Estado.

Para tanto, abordam-se determinados tipos pensis, que revelam uma postura claramente paternalista do legislador, sob a ótica da doutrina nacional e estrangeira contemporâneas sobre a Teoria do Bem Jurídico e o Paternalismo Jurídico. O objetivo é verificar a compatibilidade dessa influência do Paternalismo Jurídico rígido na definição de bens jurídicos, frente a princípios como a liberdade individual e mínima intervenção do estado, no ordenamento jurídico brasileiro.



A Constituição da República de 1988 inaugurou formalmente o Estado Democrático de Direito no Brasil, conforme consta no seu Preâmbulo. Assim, pode-se afirmar que o modelo de Estado brasileiro procura proteger os direitos individuais e a liberdade, frente ao próprio poder estatal. Portanto, busca-se impedir que o Estado intervenha na esfera de liberdade do indivíduo, bem como assegurar que aquele atue para garantir aos indivíduos os direitos sociais, o bem-estar, o desenvolvimento, e outros valores inerentes ao que se entende por Democracia.

Dentro deste contexto, o Direito Penal vem como instrumento mais incisivo de intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, vez que sua consequência mais patente é a privação desta. Desta feita, a adoção de um limite material ao jus puniendi estatal é fundamental. Nesse sentido, adotou-se a Teoria do Bem Jurídico, de forma que, sucintamente, somente seria legítima a utilização do Direito Penal para punir condutas ofensivas a determinados bens socialmente relevantes.

Ocorre que a doutrina contemporânea, principalmente na Alemanha, vem se delirando sobre esta Teoria, questionando se a utilização de bens jurídicos como parâmetro da intervenção penal do Estado seria suficiente para dar efetividade ao Direito Penal, bem como se a determinação de bens jurídicos pelo legislador seria de fato legítima dentro do Estado Democrático de Direito, frente aos direitos de liberdade.

Sobressai como aspecto relevante nessa discussão a adoção do modelo Jurídico Paternalista pelo legislador, no tocante à elevação de um determinado valor social ao status de bem jurídico penal. A análise crítica desse fator encontra no Brasil terreno fértil, vez que, o que se vê claramente no sistema de leis penais brasileiro, é uma postura paternalista rígida do legislador pátrio, que, na busca de proteger a sociedade de todos os males imagináveis, vem criando uma lista interminável de bens jurídicos.

Diante desse panorama, pergunta-se: a postura paternalista rigorosa na determinação de bens jurídicos é compatível com os preceitos da Constituição da República de 1988? A resposta é o que se busca construir em conjunto com o leitor deste artigo.

Busca-se, no primeiro capítulo, demonstrar que o legislador brasileiro adota o Paternalismo Jurídico rigoroso no processo de criação das normas penais.

No segundo capítulo, prossegue-se explicando a função limitadora da atuação penal do Estado que é conferida à Teoria do Bem Jurídico na atualidade.

O terceiro capítulo destina-se a conjugar os dois institutos debatidos – Paternalismo Jurídico e Teoria do Bem Jurídico –, explicitando a influência daquele sobre este no processo de elevação de um valor social à categoria de bem jurídico e as consequências, negativas à ordem constitucional, da adoção de uma postura extremista e intervencionista pelo legislador.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, na medida em que os fatos analisados não podem ser considerados fora do contexto social brasileiro.

Para tanto, a abordagem dessa pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, de forma que pretende a pesquisadora se valer dos apontamentos doutrinários nacionais e estrangeiros sobre os temas envolvidos, a fim de sustentar a sua tese.

1. A POSTURA PATERNALISTA EXACERBADA DO LEGISLADOR PENAL BRASILEIRO

O Paternalismo Jurídico penal, em breve síntese, é quando o Estado, a pretexto de proteger o indivíduo, intervém na esfera de liberdade da pessoa, por meio do Direito Penal.

A primeira distinção que é feita dentro do Paternalismo é trazida por Joel Feinberg. Para esse autor, seria possível enunciar dois modelos de Paternalismo Jurídico: o rígido (*hard paternalism*) e o brando (*soft paternalism*)¹.

No Paternalismo rígido tem-se uma absoluta intervenção na esfera de liberdade do indivíduo, sem que sejam considerados fatores subjetivos, como idade, capacidade de discernimento, ou a autonomia da vontade daquele que se pretende proteger. Como exemplos, é possível citar os delitos de lesão corporal de natureza grave e gravíssima (art. 129, §§ 1º e 2º, do CP): o Estado pune o autor do fato, ainda que a vítima tenha consentido com a prática da conduta; isso independente do fato de ser esta “vítima” maior de idade, absolutamente capaz, de plena posse das suas faculdades mentais e de conhecimento absoluto de todas as consequências que poderá sofrer em razão da ofensa a sua integridade física.

¹ SIKHRE, Gebard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídicos. In: HIPPENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamentos de la legitimación del derecho penal a juego de abstracción dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 86.



Por outro lado, o Paternalismo brando seria aquele em que há uma intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, no intuito de protegê-lo, vez que esse indivíduo possui alguma qualidade inerente que exige uma maior atuação do poder estatal. É o caso das leis voltadas aos hipervulneráveis (como se costuma denominar no Direito do Consumidor) – idosos, crianças, deficientes –, aos quais, por um aspecto subjetivo, se faz necessária uma maior proteção legal, justificando até mesmo intervir, em alguns casos, na esfera de liberdade desses indivíduos.

Note-se que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, o Paternalismo Jurídico moderado é acolhido, na medida em que nesse modelo de Estado, deve o poder estatal assegurar a igualdade, o bem-estar, bem como estabelecer e manter uma sociedade harmônica, fraterna, pluralista e sem preconceitos. A ausência de Paternalismo Jurídico seria característico do modelo de Estado Liberal, que não é adotado no Brasil, conforme se vê na Constituição da República de 1988.

Todavia, o mesmo não se pode dizer do Paternalismo Jurídico rigoroso. Este invade a todo tempo a esfera de liberdade dos indivíduos, desconsiderando por completo o discernimento do sujeito, bem como sua autonomia volitiva. Essa vertente é típica do modelo de Estado Intervencionista, que pretende regular todas as relações sociais, diminuindo o espaço de liberdade individual das pessoas.

O legislador penal brasileiro claramente adota uma postura Paternalista rigorosa no processo de elaboração das leis. O nosso sistema normativo penal é repleto de tipos e leis paternalistas, que vão muito além daquilo que seria compatível com a liberdade, defendida pelo Estado Democrático de Direito.

Um tipo penal muito polêmico neste sentido é o de porte ilegal de drogas para uso pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06)². O Estado pune o usuário do entorpecente, ignorando o fato de que este está, na verdade, lesionando a si mesmo, conscientemente, por vontade própria. Isso é: usar ou não drogas, lícitas ou ilícitas, é uma opção que está inteiramente inserida no âmbito da liberdade individual. É certo que, em decorrência do uso imoderado de entorpecentes, pode o sujeito vir a praticar outra conduta, que saia da sua esfera de liberdade e atinja a de outrem, ou à sociedade de qualquer forma; mas isso já seria outro fato. A criminalização do porte de drogas

² BRASIL. Lei nº 11.343/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei11343.htm> Acesso em: 07.jun.2017.



para uso pessoal é uma intervenção desrazoada e inconstitucional do Estado na autonomia do indivíduo para determinar o que quer para sua própria saúde.

Outro exemplo seria o delito de manter casa de prostituição (art. 229 do CP)³. A pretensão de proteger a prostituta, o legislador pune aquele que mantém estabelecimento, no qual aquela exerça a sua atividade. Nesse caso, tem-se uma hipótese de Paternalismo Jurídico indireto; isso é: o legislador, a fim de proteger determinada pessoa ou classe, pune outrem (se difere o Paternalismo direto, no sentido de que nesse pune-se o próprio agente que se deseja proteger)⁴. Imaginemos uma situação – muito recorrente – de uma casa de prostituição, que cobre das mulheres que lá exerçam sua atividade um valor razoável pela utilização do local, do qual nenhuma delas se opõe. Ainda assim haverá a justiça do delito em questão.

Note-se que a norma não cumpre o seu fim declarado, pois é muito mais seguro que a prostituta exerça sua atividade dentro de um local fechado, com uma estrutura adequada, do que na rua, exposta a todo tipo de sorte, desde que, por óbvio, seja de sua inequívoca vontade.

Em ambos os casos, é patente a indevida utilização do Direito Penal como instrumento de intervenção do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos. E isso se estende por diversos tipos penais presentes no Código Penal e na legislação penal extravagante, não deixando dúvidas de que o legislador penal brasileiro é paternalista ao extremo.

De plano, como consequência dessa postura, há uma expansão indevida do aspecto intervencionista do Estado, incompatível com o modelo Democrático de Direito, reduzindo a esfera das liberdades individuais e sem grande efetividade prática. Qual é a segurança efetiva que se traz à ordem social a criminalização do porte de drogas para uso pessoal? Nenhuma. É proibido, mas muitas pessoas incorrem nesta conduta, sem o menor pudor de esconder, bem diante dos olhos da polícia. Sem êxito em diminuir o uso de entorpecentes na sociedade, a norma em questão inflou o sistema jurídico de processos que buscam apurar esse tipo de conduta.

Da mesma forma, em qual sentido protege a sociedade a criminalização da manutenção de casa de prostituição? Em qualquer lugar que se vá, é possível obter facilmente a indicação de onde se tem uma casa de prostituição em funcionamento, mas não há ampla repressão estatal a elas, apenas operações pontuais daquelas que se pergunta como os agentes públicos demoraram

³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm> Acesso em: 07.jun.2017.

⁴ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: anteleções devem ser punidas penalmente? Tradução de Helena R. Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 15, nº 67, jul.-ago. 2007, p.12.



tanto para saber da existência daquela casa. A prática da prostituição em nada diminuiu com a criminalização desta conduta, nem a existência das casas de prostituição, mas o tipo penal continua previsto, em pleno vigor, expondo a incoerência do ordenamento penal com a realidade social fática.

2. A FUNÇÃO LIMITADORA DO JUS PUNIENDI ESTATAL CONFERIDA AO BEM JURÍDICO

Os pensadores do Direito Penal, pelo menos a partir da Idade Moderna, buscaram delimitar, objetivamente, valores e interesses sociais relevantes para o Direito Penal, buscando, assim, legitimar a tutela penal do Estado. Esses pensamentos deram origem à ideia de bem jurídico, a partir da qual se busca justificar a intervenção penal do Estado nos conflitos sociais.

A noção de bem jurídico surgiu em 1834, na obra Johann Michael Franz Bimban (*Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*)³. A partir daí até os dias de hoje estuda-se a chamada Teoria do Bem Jurídico e suas implicações.

Das diversas funções atinentes a essa Teoria, nos cabe tratar apenas da sua função limitadora do jus puniendi estatal.

A tutela penal do Estado, na qualidade de limitadora das liberdades dos indivíduos, necessita de pressupostos legitimadores bem delineados.

A formulação de normas pensis em um sistema jurídico deve refletir a necessidade social de proteção de determinados valores, interesses, que estejam sendo sistematicamente violados por ações humanas dissonantes com os costumes daquela sociedade.

Dessa forma, a delimitação desses pressupostos de legitimação da interferência estatal nas relações sociais, visando estancar tais ações socialmente reprovadas, deve partir de um processo analítico da realidade social. Será, portanto, legítima a tutela penal do Estado, contanto que reflita verdadeiramente os anseios sociais, baseando-se no comportamento social e moral daquela determinada comunidade.

³ MADRACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. In: HRIENCOUKI, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13



De outro lado, deve-se ter como premissa o fato de que a intervenção estatal que se trata na formulação das normas penais, fazendo-se cabível a redundância, tem natureza penal. Quando se onerga a intervenção estatal nas relações sociais e individuais em outros ramos do Direito – Civil, Administrativo etc. – tem-se outras perspectivas, vez que cada ramo do Direito tem seus próprios princípios norteadores.

O Direito Penal se mostra o ramo do Direito mais agressivo. A consideração de determinada conduta como penalmente relevante gera cerceamento da liberdade ambulatorial do indivíduo. Como afirma Roxin, a imposição do castigo penal “coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”⁶.

Nesse ponto, a formulação das normas penais deve partir do princípio da intervenção mínima – ou *ultima ratio* – adotando a ideia de que a tutela penal do Estado somente ocorre legitimamente quando os demais ramos dos Direitos forem insuficientes de dar a tutela devida àquela situação social problemática, violadora dos interesses e valores sociais considerados.

Pelo exposto, conclui-se que a legitimação da tutela penal do Estado deve pressupor fatores empíricos, que, contudo, podem se mostrar deveras amplos, o que possibilitaria uma intervenção estatal maciça na esfera de liberdade dos indivíduos.

Nesse sentido, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara acolhe as críticas feitas por Jakobs à Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade da intervenção penal, destacando, neste sentido – e somente neste, vez que o normativismo sistêmico desenvolvido pelo autor não é compatível com o Estado Democrático de Direito –, que a o bem jurídico não pode ser considerado como fator único de aferição da legitimidade do Direito Penal⁷. Para Jakobs, a fundamentação do Direito Penal a partir dos bens jurídicos, considerando estes como vinculados ao indivíduo, permitiria a consideração de qualquer situação concreta como merecedora de proteção penal, a critério do legislador, tornando a intervenção estatal justificada.

Com efeito, Bechara conclui que:

Antes de tudo, o bem jurídico deve ser valorado apenas como um dos critérios de aferição da legitimidade do Direito Penal. Dessa modo, se toda norma penal incriminadora deve referir-se a um bem-jurídico, o bem jurídico não é critério fundamental de justificação da norma, até porque, procedendo-se a um exercício

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. In: BITENCOUKI, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13

⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 364.

retórico, provavelmente seja possível encontrar um bem jurídico – entendido como sistema normativo de um interesse social fundamental – para fundamentar, sob esse enfoque, qualquer incriminação⁸.

Assim, não se deve relegar a Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimação da tutela penal do Estado, mas apenas considerá-la como um dos diversos fatores de justificação da criminalização de determinada conduta. Dessa forma, o que se defende é a racionalização da elevação de determinados interesses sociais à categoria de bens jurídicos-penais; partindo-se de amplas discussões políticas e estudos sociológicos para, assimente então, consolidar a necessidade da intervenção penal nas relações sociais.

3 O PATERNALISMO JURÍDICO RÍGIDO COMO INSTRUMENTO DE PROFUSÃO DOS BENS JURÍDICOS-PENAIIS

Na tentativa de se estabelecer aquilo que merece ser elevado à categoria de bem jurídico, sugere-se ensejar “bem” como “interesse”.

Esta roupagem já fora trazida ao estudo da Teoria do Bem Jurídico por Rocco, que dizia que todo interesse tem por objeto um bem, assim como todo bem é objeto de um interesse.⁹ Da mesma forma, expõe Feinberg, de forma inconclusiva, que interesse é tudo aquilo importante para o indivíduo¹⁰.

É certo que Feinberg¹¹ se apropriou da ideia de interesse para tratar do Harm Principle, mas a sua ideia deve ser trazida para a Teoria do Bem Jurídico, no sentido de delimitar aquilo que realmente importa ao Direito Penal; principalmente para fins do seu estudo frente ao Paternalismo Penal. Assim, justifica-se a tutela penal do Estado quando uma conduta fere interesse de terceiro (*harm to others*)¹². De outro lado, não há relevância jurídico-penal a antelestão, na medida em que não afronta interesse de ninguém.

⁸ *Ibid.*, 365.

⁹ ROCCO, Arturo. El Objeto Del Delito y De La Tutela Jurídica Penal. In: PRADO, Luiz Regis. *Bens Jurídicos-Penais e Constituição*. 7 ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

¹⁰ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. V.1. New York: Oxford University Press, 1984, p.31-36.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, p.215.

Nesse sentido, aponta Bechara¹³ uma possibilidade de enxergar o bem jurídico como critério deslegitimador das normas penais paternalistas. Para autora, a tutela penal na linha do Paternalismo permite a criação de tipos desprovidos de bens jurídicos e, por esse motivo, ilegítimos.

A crítica trazida por Bechara é precisa e irrefutável, na medida em que o bem jurídico, na qualidade de interesse, é fator de limitação da tutela penal e o seu afastamento implica em evidente abuso de poder pelo Estado.

Segundo essa linha de raciocínio, a compreensão da ilegitimidade do Paternalismo Jurídico-Penal rígido frente à Teoria do Bem Jurídico permite enxergar também uma influência negativa do Paternalismo rígido na própria Teoria do Bem Jurídico.

Remontando-se tudo o que já foi dito nesse estudo, é possível realizar uma construção lógica no sentido de que a adoção de uma postura paternalista rígida pelo legislador, objetivando proteger o indivíduo contra tudo e contra todos – inclusive, contra ele mesmo –, subverte a ideia restritiva de bem jurídico como interesse juridicamente relevante.

Com efeito, da mesma forma que o afastamento do bem jurídico no processo de criação da norma penal deslegitima o Paternalismo Jurídico, a postura paternalista rígida do Estado permite a distorção da ideia de bens jurídicos, tornando a tutela penal sempre justificável, o que deslegitima a Teoria do Bem Jurídico como limitadora do *ius puniendi* estatal.

A análise dos tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro permite se afirmar que o legislador delega ao Direito Penal a tutela de determinadas relações, sob a ótica daquele, relevantes. Não é possível enxergar aquela racionalização, fundamental no processo de consideração de um determinado interesse como juridicamente relevante, elevando-o, portanto, à categoria de bem jurídico-penal.

Trata-se, primeiramente, de um problema político. O legislador não é jurista e, em razão disso, não compreende o conceito de bem jurídico-penal. De outro lado, não há do político brasileiro, genericamente falando, um compromisso com a efetividade e consequência das normas, mas apenas uma vontade de atender aos valores morais defendidos pelo partido ou categoria que representa.

¹³ BECHARA, op. cit., p. 189.



A título ilustrativo, convém analisar o tipo penal da bigamia (art. 235 do CP)¹⁴. Neste busca-se punir aquele que, já sendo casado, contrai novo casamento. O bem jurídico penal protegido, portanto, é o casamento.

Não há que se discutir neste trabalho a possibilidade de se admitir-se ou não o casamento poligâmico, mas apenas se este é um assunto de relevo para o Direito Penal.

Para tanto, pergunta-se, qual é o interesse protegido pelo tipo penal? Os dos “cônjuges”, primeiro e segundo, de serem os únicos consortes daquele com quem casaram? Certamente, não. Ainda que haja ciência, ou mesmo ausência, de qualquer deles, não há afastamento da conduta de bigamia; inclusive, este é um dos fundamentos utilizados pelo STJ para vedar o reconhecimento do polígamo¹⁵.

Poderia se supor, portanto, que o interesse seria do Estado? Não há qualquer interesse deste em punir com o Direito Penal a conduta de quem casa mais de uma vez. Caso o fundamento fosse o de higidez do sistema registral, vez que realização do tipo dependeria de uma declaração falsa do bigamo de que pode se casar¹⁶, não estaria esta conduta já coberta pelo tipo de falsidade ideológica?¹⁷

Dessa forma, nota-se que o objetivo da norma penal em análise é apenas conferir punição ao descumprimento de regra cível, prevista no art. 1521, inciso VI, do Código Civil¹⁸ ou punir aqueles que afrontam contra a monogamia. Ora, ambas as justificativas, sob a ótica penal, são inaceitáveis. As violações às normas civis devem ser problema do Direito Civil, que, no caso do bigamo, prevê que o segundo casamento será nulo¹⁹. No mesmo sentido, não é problema do Direito Penal a proteção de concepções meramente morais. A monogamia não é um valor

¹⁴ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De2848.htm> Acesso em: 01.mai.2017.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 513895-RN. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?trve=bigamia&b=ACOR&p=trve&t=JURIDICO&i=10&i=1>> Acesso em: 01.mai.2017.

¹⁶ “O delito de bigamia exige a falsidade precedente - que se declare em documento público ser solteiro, viúvo ou divorciado. Assim declarada a stipicidade da conduta do crime de bigamia pelo Tribunal a quo, não pode subsistir a figura delitiva da falsidade ideológica em razão do princípio da consunção. A bigamia (crime-fim) absorve o crime de falsidade ideológica (crime-meio). Com esses esclarecimentos, a Turma concordou a ordem para determinar a extensão dos efeitos do transcurso da ação penal do crime de bigamia ao crime de falsidade ideológica.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 39.583-M5. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?trve=200401615071.RHC>> Acesso em: 01.mai.2017.

¹⁷ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De2848/compilado.htm>. Acesso em: 01.mai.2017.

¹⁸ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 01.mai.2017.

¹⁹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 01.mai.2017.

inerente ao Estado Democrático de Direito, muito menos um interesse comum à sociedade brasileira, que hoje leva ao Judiciário questões como o já citado poliamor.

Conclui-se, com efeito, que a consideração do casamento como bem jurídico penal não se coaduna com o ideal proposto pela Teoria do Bem Jurídico, deslegitimando esta como legitimadora do jus puniendi estatal, pois permite indevida interferência do Estado no âmbito de liberdade daqueles que contraem mais de um casamento; ainda que esta não seja uma conduta legal frente ao Direito Civil.

CONCLUSÃO

A intervenção do estatal no modelo de Estado Democrático de Direito deve ser pontual, regida sempre pelas normas legais, a fim de que não haja uma indevida supressão dos direitos e garantias individuais previstos na Carta Magna.

Nesse sentido, justifica-se a adoção da Teoria do Bem Jurídico para legitimar o uso do Direito Penal como instrumento de punição de determinadas condutas pelo Estado.

Assim, o bem jurídico-penal pode ser visualizado sob duas vertentes: uma de autorizar a intromissão do poder estatal em determinadas relações sociais; outra de impedir que o Estado puna condutas que não sejam lesivas a interesses penalmente relevantes. Com isso, há o atendimento a dois valores do Estado Democrático de Direito expressamente previstos no preâmbulo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988: a liberdade e a segurança.

A utilização do Paternalismo Jurídico, na sua modalidade rigorosa, no processo de formulação das leis penais, permite a ampliação indevida do rol de bens jurídicos-penais, criando normas que não trazem na sua *ratio essendi* um interesse penalmente relevante. Dessa forma, desvirtua-se o objetivo legitimador da tutela penal conferido à Teoria do Bem Jurídico, tornando-a incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A profusão de bens jurídicos-penais, causada pela adoção de uma postura paternalista rigorosa no processo de criação das leis, ofende os valores democráticos da liberdade e da segurança, pois permite que o Estado puna condutas que não lesionam interesses penalmente



relevantes – restringindo a liberdade do seu autor –, ao passo que aquele não traz segurança à sociedade – vez que as normas criadas não são efetivas para combater os problemas suportados pela população.

O Direito Penal é e deve ser sempre a *última ratio*, não podendo servir de instrumento à proteção de meros valores morais.

A intervenção penal do Estado na esfera de liberdade do indivíduo somente se justifica quando visa proteger interesses relevantes a determinada realidade social, que não podem ser efetivamente protegidos por outros ramos do Direito. A definição desses interesses depende de larga discussão política, integrada com a sociedade em questão.

De outro lado, não basta a correta definição do bem jurídico-penal, mas também que se permita a sua disponibilidade. Não se sugere neste trabalho o total afastamento do Paternalismo Jurídico no processo de elaboração das leis penais, mas a adoção da sua modalidade branda, com vistas a proteger com maior vigor os bens jurídicos referentes aos hiper vulneráveis e aos direitos supraindividuais (notadamente, o meio ambiente, os direitos dos animais, etc.). Nos demais, quando se verifica que o titular do bem jurídico possui plena capacidade, é preciso que se permita a ele exercer a sua autonomia da vontade. Não se pode impor a um sujeito proteção que ele não quer, caso contrário, tem-se outra violação à liberdade, insustentável no Estado Democrático de Direito.

É certo que a rediscussão de determinadas normas penais incriminadoras talvez levasse categorias às ruas, defendendo a manutenção da proteção a determinados valores/ sentimentos, ou mesmo a manutenção a indisponibilidade de determinados bem jurídicos. Contudo, o legislador brasileiro deve ter coragem para abordar determinadas questões, ainda que polêmicas, bem como comprometimento com o seu missão, para deixar de lado meros valores morais – seus e/ou de seus eleitores –, atendendo de forma eficaz aos anseios sociais e aos fins do Direito Penal.

A questão é de extrema relevância. Não se trata de uma discussão meramente acadêmica, com objetivo de atender com preciosismo aos dogmas do Direito Penal, mas de dar concretude aos objetivos do Estado Democrático de Direito. A revisão proposta buscaria trazer maior efetividade da tutela penal; mais segurança às relações sociais, prestigiando-se a autonomia da vontade; desafogamento dos juízos de matéria penal, vez que apenas conflitos penalmente relevantes seriam objeto de ação penal; e, pelo mesmo motivo anteriormente exposto, diminuição da população carcerária.



REFERÊNCIAS

- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Basu Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Lei nº 11.343/06. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 01.jun.2017
- _____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 01.mai.2017.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constiticao.htm>. Acesso em: 01.mai.2017.
- FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. V.1. New York: Oxford University Press, 1984.
- HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HIRSCH, Andrew von. *Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?* Tradução de Helena R. Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 15, nº 67, jul.-ago. 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Basu Jurídico-Penal e Constituição*. 7 ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



A FRAGILIDADE DA PROVA EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Luciana Soares Monteiro

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – a prova é um dos elementos mais importantes do processo penal, pois é nela que se justifica uma condenação ou uma absolvição. Mesmo com o passar do tempo e com as evoluções tecnológicas, a prova oral ainda é relevante no processo penal brasileiro. Contudo, por ser a mais subjetiva de todas as provas, ela está suscetível a influências internas e externas que podem comprometer o depoimento prestado ou o reconhecimento realizado e, por consequência, gerar condenações injustas. Deste modo, a essência do trabalho é abordar quais os tipos de influências que podem comprometer a qualidade das provas e verificar as medidas que podem ser adotadas para reduzir os danos causados ao processo penal.

Palavras-chave – Direito processual penal. Prova. Teoria das falsas memórias.

Sumário – Introdução. 1. Aspectos históricos sobre as provas no processo penal. 2. A influência da teoria das falsas memórias sobre a prova penal. 3. Medidas para redução de danos: como a prova penal pode se tornar mais confiável? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta da presente pesquisa científica é refletir sobre a fragilidade da prova penal em razão da aplicação da Teoria das Falsas Memórias, segundo a qual a memória humana está suscetível, mesmo que de maneira inconsciente, a se lembrar de fatos que não ocorreram, situações não presenciadas ou lembranças distorcidas de algum evento.

Ainda que o papel da prova testemunhal, quer por meio do reconhecimento de pessoas, quer por meio do depoimento de vítimas ou testemunhas, seja de grande importância no processo penal brasileiro, é preciso discutir até que ponto a memória humana está livre de contaminações internas ou externas, servindo assim de fundamento para possíveis condenações criminais.

Busca-se, então, analisar, sinteticamente, os possíveis fatos que podem influenciar a memória humana e, depois, as medidas a serem tomadas para reduzir os danos causados por depoimentos influenciados pelas falsas memórias.

Percebe-se que o tema proposto é de grande importância social, pois analisa os problemas que podem ser gerados a partir de condenações criminais baseadas exclusivamente em provas orais, sejam elas colhidas por meio de depoimento da própria vítima, sejam elas

colhidas por depoimento de testemunhas oculares, ou até no reconhecimento pessoal, já que depoimentos distorcidos podem gerar conclusões erradas e, conseqüentemente, condenações injustas.

Todavia, é essencial, em um Estado Democrático de Direito, em que ainda vige o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, que se analise também a aplicação das Teorias das Falsas Memórias, segundo as quais, a memória humana é vulnerável, podendo ser influenciada por fatos muitas vezes não queridos pelo depoente.

Dessa forma, no primeiro capítulo, pretende-se analisar o tratamento conferido às provas, no que tange ao conceito, objetivo e os meios de prova utilizados no processo penal, especialmente a prova oral e o reconhecimento pessoal em seus aspectos mais relevantes.

No segundo capítulo, são analisadas algumas teorias da psicologia que estudam a memória e como as situações descritas por essas teorias podem influenciar, de maneira determinante, porém inconsciente, a memória humana.

No último capítulo, são apresentadas medidas que buscam diminuir os danos causados por essas influências internas ou externas. Assim, embora o ideal seja a aplicação dessas medidas durante a tramitação do processo, buscando ao final, provas livres de contaminações e, com isso, condenações justas, é possível, mediante revisão criminal, solucionar os erros judiciais cometidos em razão de provas defeituosas. Pretende-se, ao final, impedir condenações injustas.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inevitável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores do direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.



1. ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

No campo jurídico, o tema prova possui um importante papel, pois a atividade probatória desenvolvida dentro de um processo projeta consequências profundas na vida das pessoas que participaram ou não dele. Isso, por si só, já a torna fundamental para o magistrado em sua busca por uma decisão mais justa possível, seja ela absolutória, seja ela condenatória. E, por estar estritamente ligada à punição estatal, a atividade probatória está repleta de elementos que estão fora da técnica processual, tais como fatores sociais, culturais e políticos.

Taruffo¹ apresenta três teorias que buscam encontrar a função da prova. São elas: (i) prova como uma espécie de *novissima*; (ii) prova no terreno da semiótica; (iii) prova como determinação da verdade.

Na primeira concepção, as provas não servem como meio para determinar a verdade dos fatos, mas apenas para legitimar racionalmente o processo. Na segunda acepção, a prova tem a função de demonstrar a narração desenvolvida por um dos personagens e, assim, ser assumida como própria pelo juiz. Por último, pela terceira teoria desenvolvida pelo autor, a prova teria a função de aproximar aquilo que foi narrado no processo com os fatos ocorridos.

Tomando por base a última teoria, sabe-se que uma das principais funções do processo, seja ele penal ou cível, é a reconstrução histórica do fato narrado na inicial. No processo penal, a denúncia ou a queixa narram um fato ocorrido no passado e, assim, ao longo do processo, tenta-se reconstruir esse fato. Ao final de toda a instrução, a situação narrada pode estar comprovada ou não.

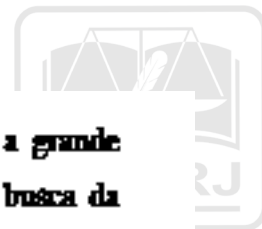
Então, pode-se dizer que, sinteticamente, o objetivo das partes em um processo é fazer o juiz tomar conhecimento daquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos. O instrumento que vai ser utilizado pelas partes para demonstrar a veracidade de suas alegações é a prova. Portanto, pode-se concluir que, no campo jurídico, a prova é o ato praticado pelos sujeitos processuais em que se busca o convencimento judicial.

Nesse mesmo sentido entende Eugênio Pacelli².

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorreram no tempo e no espaço. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

¹ TARUFFO apud GEUSA, Cristina Di, *Prova penal e fatos materiais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 50.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.



Prova e verdade são matérias intimamente relacionadas, até porque, para a grande parte da doutrina, a finalidade do processo, como demonstrado acima, ainda é a busca da verdade por meio das provas ali produzidas.

A verdade real surgiu juntamente com o sistema inquisitório, em que a busca por essa verdade acabou legitimando atrocidades na história da humanidade. Isso porque, em razão da ambição desmedida pela verdade real dos fatos, o juiz assume o papel de investigador, ferindo de morte o princípio da imparcialidade.

Depois de superada a concepção de “verdade real”, passou-se a acreditar em uma verdade processual, que estaria condicionada pelos limites do *due process of law*, sendo, portanto, a verdade possível de ser alcançada no processo. Essa concepção de verdade tem o conteúdo mais reduzido do que o conteúdo da verdade real, pois respeita as regras estabelecidas para a obtenção da prova.

Para alguns autores como Aury Lopes Júnior³, “o problema está na palavra ‘verdade’ e não apenas no adjetivo que a ela se pretende unir (real ou processual)”. Isso porque, em ambos os casos, o conteúdo permanece sendo o mesmo. Para esses autores, o que legitima a decisão, portanto, não é o fato de ela se aproximar ou não daquilo que realmente aconteceu, mas sim de ter sido construída seguindo as regras do devido processo legal.

Certo é que o ideal seria levar para o processo aquilo que realmente aconteceu no mundo dos fatos. Todavia, a atividade recognitiva não é tarefa fácil nem para as partes nem para as testemunhas, na medida em que depende, na maior parte das vezes, da memória, da emoção, da formação de lembranças e outros fatores que influenciam aquele que depõe. Portanto, é inviável continuar falando em verdade no processo diante da impossibilidade de reconstrução do fato tal e qual ele efetivamente ocorreu.

Dentre as diversas espécies de provas existentes no processo penal, escolhem-se analisar a prova oral e o reconhecimento pessoal, por serem elas as principais provas produzidas em um processo, especialmente naqueles que tramitam perante a Justiça Comum. Assim, milhares de feitos são julgados com base unicamente em depoimento das testemunhas ou com base nas informações prestadas pelas vítimas, aliados a um indício qualquer. Vê-se, portanto, que, em que pese a fragilidade e a pouca credibilidade destas espécies de provas, elas acabam sendo o fundamento preponderante da maioria das sentenças condenatórias.

³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.421.



Em relação à prova testemunhal, dois pontos principais merecem ser analisados: a alteração legislativa no Código de Processo Penal de 2008 e a objetividade como é tratada a testemunha.

Com a reforma legislativa de 2008, o art. 212 do Código de Processo Penal⁴ passou a prever o sistema do *cross examination*. Assim, na audiência de instrução e julgamento, a parte que arrolou a testemunha é a primeira a fazer perguntas diretas para ela, testemunha, seguida da parte contrária e, por último, o juiz deve complementar a inquirição suprimindo os pontos não esclarecidos.

Importa mencionar que antes da alteração legislativa, as perguntas das partes eram requeridas ao juiz que as formulava para a testemunha. Tal modelo demonstrava um resquício do sistema inquisitório. Isso porque os questionamentos não eram formulados diretamente pelas partes aos depoentes, ou seja, entre a parte e a testemunha havia uma filtragem exercida pelo juiz.

Tal mudança foi essencial para o fortalecimento do sistema acusatório no processo penal brasileiro. Isso porque o juiz, embora exercendo a função de presidente da audiência, passou a ser também o seu espectador – e não o ator principal, sendo chamado a intervir apenas para controlar a atuação das partes e suprir eventuais lacunas.

Outro ponto fundamental nesta análise sintética sobre a prova testemunhal diz respeito à tentativa de objetivá-la no art. 213 do Código de Processo Penal⁵, que prevê que “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”. Todavia, o objetivo do referido dispositivo é impossível de ser colocado em prática. Isso porque não há como objetivar o mais subjetivo meio de prova existente no processo penal.

Além do fato de a prova testemunhal estar ligada, obviamente, a uma pessoa, o que já garantiria a sua subjetividade, não há como negar que o depoimento das testemunhas é influenciado pelo tempo, pelo lugar e pelo modo como é tomado, conforme será visto nos próximos capítulos.

Também é assim que entende Aury Lopes Júnior⁶:

Se imaginamos a testemunha como o pintor, encontramos em Merleau-Ponty a lição magistral de que falta ao olho condições de ver o mundo e a falta ao quadro, condições de representar o mundo. Isso porque, acima o motor, a ideia de uma pintura universal, de uma totalização da pintura, de uma pintura inteiramente realizada, é destituída de sentido. Ainda que durasse milhões de anos, para os

⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/Dele3689.htm>. Acesso em 11 set. 2016.

⁵ *Ibid.*

⁶ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 477.

pintares, o mundo, se permanecer mundo, ainda estará por pintar, findará se, ter sido acobardado. Isso não significa – espica Merleau-Ponty – que o pintor (ou a testemunha, em nosso caso) não saiba o que quer, mas sim que ele está aquém das metas e dos meios... até pela impossibilidade de apreensão do todo.

Portanto, é fácil compreender que o referido art. 213 do Código de Processo Penal⁷ contém um obstáculo lógico e evidente, eis que é impossível separar a narrativa realizada por uma testemunha de sua própria apreciação pessoal.

Por outro lado, definir o papel do ofendido na produção de prova penal sempre gerou calorosos debates na doutrina. Isso porque, embora a vítima possa ter diferentes intenções na condenação do réu, não há como negar que sua palavra pode ser de essencial importância especialmente em alguns tipos de delitos.

Primeiramente, é necessário distinguir, de maneira sintética, o ofendido da testemunha. O ofendido, de acordo com a disposição tipográfica do Código Penal⁸, não integra o rol de testemunhas, o que o dispensa de prestar compromisso de dizer a verdade.

Essa característica, por si só, já afasta a possibilidade de a vítima responder pelo crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), embora, nada impeça que responda pelo delito de denúncia caluniosa, previsto no art. 399 do Código Penal⁹, caso reste comprovado que deu causa à instrução de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabia inocente.

Todavia, a grande questão que envolve as declarações do ofendido diz respeito ao seu valor probatório. Isso porque a vítima, por estar envolvida diretamente com a situação concreta, pode ter interesse tanto na condenação do acusado – a vingança, eg. – como na sua absolvição – o medo de represálias, eg. Logo, em virtude do sistema da livre persuasão racional e da menor credibilidade que possui, pode-se concluir que a palavra da vítima, assim como qualquer outro meio de prova, tem relativo valor probatório.

Dessa mesma maneira conclui Aury Lopes Júnior¹⁰: “A palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório, e, se não houver prova robusta para além da palavra da vítima, não poderá o réu ser condenado”.

Ocorre que, em alguns tipos de crime, principalmente aqueles praticados de maneira clandestina, pouco resta em termos de prova senão a palavra da vítima. É o caso,

⁷ Vide nota 4.

⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/dele2848compilado.htm>. Acesso em 13 mar. 2016.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 462.



principalmente, dos crimes patrimoniais (roubo e extorsão) e dos crimes sexuais. Nesses casos, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros é no sentido de que o depoimento coerente da vítima agregado à ausência de motivos que indiquem a existência de falsa imputação são suficientes para embasar a condenação criminal. Todavia, não se pode olvidar que, assim como o depoimento das testemunhas, também as declarações do ofendido podem estar influenciadas pelo tempo, pelo lugar e pelo modo como são tomadas.

Por fim, o reconhecimento de pessoas está previsto no art. 226 do Código de Processo Penal¹¹, que preconiza que, primeiro, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento, será convocada a descrever a pessoa a ser reconhecida e, em seguida, esta será colocada, se possível, ao lado de pessoas que com ela tiverem semelhanças. Já o reconhecimento por fotografia, apesar de não ter previsão legal, a ele, a doutrina¹² aplica também o procedimento previsto no dispositivo supracitado.

Todavia, no dia-a-dia das delegacias e dos tribunais, percebe-se que não é esse o procedimento adotado. Aquele que tem que reconhecer sequer descreve o infrator, do mesmo modo que aquele que tem que ser reconhecido também não é colocado ao lado de pessoas com quem tem semelhanças físicas.

Depois de analisados os principais aspectos da prova oral e do reconhecimento de pessoas, é necessário analisar a memória humana para se comprovar com a mesma é falha e suscetível a influências internas e externas, o que é capaz de, por si só, comprometer a prova e, conseqüentemente, toda a instrução processual.

2. A INFLUÊNCIA DA TEORIA DAS FALSAS MEMÓRIAS SOBRE A PROVA PENAL

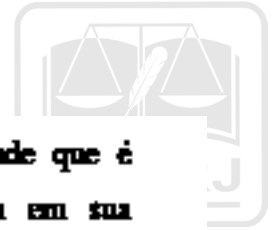
A memória é definida como “a faculdade de reter as ideias, as impressões e os conhecimentos adquiridos”¹³. É, segundo Izquierdo¹⁴, a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações. Assim, tudo aquilo que vivenciamos e sentimos fica armazenado em diferentes partes do cérebro, podendo durar por um período curto de tempo ou durante toda a vida de uma pessoa. Portanto, a memória é o grande fator de diferenciação de uma pessoa para outra, já que nela se traz a coleção pessoal de lembranças.

¹¹ Vide nota 2.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 704.

¹³ GEUSA, Cristina Di. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 107.

¹⁴ Izquierdo apud CRISTINA DI, Geusa. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 108.



Contudo, a lembrança não é igual à realidade. Isso porque a realidade que é vivenciada por uma pessoa, primeiro, é interpretada e, depois, armazenada em sua consciência. Esta, por sua vez, possui um inesgotável poder criador, podendo amular e até mesmo falsificar a realidade absorvida por esta pessoa.

Vários são os fatores que podem contribuir para a distorção da realidade armazenada na memória como, por exemplo, a idade, o lapso temporal, as informações externas que a pessoa recebe tanto de seus familiares, como da mídia e etc. Tal cenário, contudo, torna-se mais crítico quando transportado para o processo penal, em que a lembrança de uma testemunha ou até da vítima acerca do fato delituoso vivenciado não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade. Dessa forma, o que vem aos autos e serve de base para o julgamento é apenas parte daquilo que efetivamente ocorreu.

Uma das principais teorias acerca da fragilidade da memória é a chamada “Teoria das falsas memórias”. Apesar de terem existido diversos estudos sobre esse tema, este trabalho toma como base os estudos feitos por Elizabeth Loftus, a partir dos anos 70. Tal cientista introduziu uma nova técnica no estudo das falsas memórias consistente na sugestão de falsa informação ou na modificação dos fatos realmente vivenciados. Assim, uma informação não verdadeira era inserida em meio a uma experiência que poderia ter sido vivenciada ou não e, ao final do estudo, a maioria das pessoas realmente acreditava ter passado por aquela experiência. Dessa forma, constatou-se que as falsas lembranças eram elaboradas pela combinação de eventos verdadeiros e de sugestões introduzidas por outras pessoas¹⁵.

Cabe ressaltar, contudo, que as falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas. Na verdade, elas são semelhantes às memórias verdadeiras no que tange à sua base neurofisiológica. No entanto, se diferenciam das verdadeiras pelo fato de serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade¹⁶. A autora cita a seguinte situação como exemplo¹⁷:

Chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos, e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos das fotos mostradas no hospital.

¹⁵ GHUSA, *op. cit.*, p. 100.

¹⁶ STEIN, Lilian M. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. São Paulo: Artmed, 2010, p. 22.

¹⁷ LOFTUS apud M. LILIAN, Stein. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. São Paulo: Artmed, 2010, p. 24.



Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto. Ao ser questionado em juízo sobre seu grau de certeza de que os acusados eram mesmo os responsáveis, o taxista declarou: "eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos". Todavia, alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha e, quando interrogados, confessaram diversos delitos, inclusive o assalto ao taxista.

Nesse exemplo, constatou-se que a certeza que o taxista tinha quanto à participação daqueles homens no crime estava relacionada com as fotografias vistas anteriormente no hospital. Na verdade, em razão de toda a emoção que o assalto lhe proporcionou, ele não conseguia reconhecer verdadeiramente os assaltantes.

Dessa forma, embora seja um importante meio probatório do processo criminal, o reconhecimento não deve ser usado como a única prova para obter a condenação. Isso porque, segundo Cristina Di Gea¹⁸, "estatísticas relevam que num marco de dez anos, nos EUA, de quarenta casos em que houve condenação pelo reconhecimento do réu, em trinta e seis deles a autoria foi afastada depois de submissão ao exame de DNA",

Percebe-se, portanto, que uma testemunha ou a vítima ao fornecer um relato não verdadeiro, a partir da falsificação de uma recordação, seja para a autoridade policial, seja para a autoridade judiciária, compromete integralmente a confiabilidade do seu testemunho, o que causa sérios prejuízos para o investigado/acusado, que poderá ser condenado com base em uma prova fictícia.

No que tange à colheita probatória, o ideal seria que todas as provas fossem despidas de contaminação interna ou externa. Contudo, isso é impossível, tendo em vista que as pessoas não vivem em uma redoma de vidro, totalmente isoladas de influências externas. E, mesmo se assim fosse, já foi analisado que a própria memória é capaz de criar e misturar fatos, involuntariamente, com situações pelas quais a pessoa nunca passou.

Há diversos fatores que podem deformar a prova, contaminando-a com erros, tais como¹⁹ a idade de quem fala, o transcurso do tempo, a impressão, o viés do entrevistador e próprio subjetivismo do magistrado.

Em relação ao transcurso do tempo, embora a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII²⁰, garanta, como direito fundamental, a duração razoável do processo, o constituinte não estabeleceu o que seria prazo razoável. Fato é que o processo não pode demorar muito, sob pena de configurar uma negação à justiça, porém também não pode ser rápido demais, sob pena de violar outras garantias fundamentais como, por exemplo, o

¹⁸ GEUSA, *op. cit.*, p. 163.

¹⁹ *Ibid.*, p. 163.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em 04 mar. 2017.

contraditório e a ampla defesa²¹. Contudo, não se pode esquecer que quanto mais tempo um processo demora, maior é a chance de quem depõe não conseguir lembrar com exatidão dos detalhes da situação.

A imprensa repercute na contaminação da prova, principalmente, nos casos de grande repercussão nacional. No Brasil, há vários exemplos de crimes que ocuparam grande parte dos telejornais durante semanas e até meses (caso Isabela Nardoni, caso do menino Bernardo, caso Elisa Samudio, caso Marcos Matsunaga, dentre outros). A exposição massiva sobre detalhes do fato criminoso acabam influenciando as testemunhas, já que estas podem, ao final, não saber o que realmente presenciaram e o que foi absorvido, posteriormente, das notícias jornalísticas, até porque a testemunha/vítima não fica isolada até a data do seu depoimento.

Em relação à idade, já está comprovado²² que a criança possui um grau de sugestibilidade maior do que adultos em razão de dois fatores diferentes: (a) *cognição* ou *auto-sugestão*, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer, (b) e outro social, que é o desejo de se ajustar às expectativas ou pressões de um entrevistador, que podem levá-la a criar episódios que nunca ocorreram. Dessa forma, o depoimento da criança não pode ser tomado como puro, devendo, portanto, ser observado, se o seu depoimento está sendo influenciado por aquilo que dela se espera.

Já o viés do entrevistador também tem grande potencial de influenciar aquilo que a vítima e a testemunha efetivamente sabem sobre o delito. Isso porque o modo como as perguntas são feitas, a entonação utilizada por quem entrevista, a repetição de perguntas, a indução de estereótipos, tudo, acaba influenciando aquele que está tendo o depoimento colhido, principalmente porque pode estar em um momento de fragilidade, logo após um crime. Também neste ponto, as crianças são mais influenciáveis, já que procuram adequar o seu discurso aquilo que acreditam que seja a intenção do entrevistador.

O subjetivismo do julgador também deve ser considerado um fator de contaminação da prova. Isso porque, embora o julgador deva ser imparcial, ele não é neutro, e, assim, a avaliação de toda prova produzida no processo, embora não seja feita de forma discricionária (deve ser observado o princípio do livre convencimento motivado), pode ser contaminada pelo subjetivismo do julgador, que acaba trazendo suas vivências e posturas ideológicas para dentro do processo ao analisar a prova.

²¹ LOPES JUNIOR *opud* CRISTINA DI, *Genes. Prova pericial e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 172.

²² WRIGHT *opud* CRISTINA DI, *Genes. Prova pericial e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 144.



3. MEDIDAS PARA REDUÇÃO DE DANOS: COMO A PROVA PENAL PODE SE TORNAR MAIS CONFIÁVEL

Não há como o processo penal brasileiro, principalmente diante da situação notória em que se encontra a investigação técnica policial, renunciar à produção de prova oral ou o reconhecimento de pessoas. Assim, por mais que esse tipo de prova seja suscetível de contaminações externas e internas, não há, por ora, como deixar de utilizá-lo como fundamento de condenações criminais. Assim, embora o ideal fosse o abandono da prova oral e do reconhecimento pessoal, em razão do alto grau de subjetividade destes meios de prova, é preciso pensar em medidas de redução de danos que melhorem a qualidade da prova produzida, enriquecendo assim o contexto probatório.

A primeira medida a ser adotada é a redução do tempo entre a data do crime e a data do depoimento da vítima/testemunha. Isso porque, conforme já mencionado anteriormente, a memória humana é suscetível de contaminações e, assim, a colheita da prova em um prazo razoável susvizaria a influência do tempo na memória, diminuindo o esquecimento e a possibilidade de inclusão involuntária de fatos que nunca ocorreram.

Outra medida que poderia reduzir os danos provocados na colheita da prova oral é a adoção da chamada “entrevista cognitiva”. Segundo Geisa²³, a técnica desenvolvida por Edward Geiselman e Ronald Fisher tem como objetivo primordial: “obter informações quantitativas e qualitativamente superiores às dos interrogatórios tradicionais. [...] Trata-se de um procedimento composto por quatro técnicas gerais, acrescido estratégias complementares para a recordação de detalhes específicos”. Dessa forma, a entrevista cognitiva proporciona ao processo informações mais fidedignas sobre como o fato efetivamente ocorreu, diminuindo o risco de criação de falsas memórias ou de indução de respostas.

Todavia, assim como todo procedimento, a entrevista cognitiva também tem vantagens e desvantagens²⁴. Dentre as vantagens está a já citada riqueza nos detalhes, havendo minimização dos riscos de influências externas e internas que contaminem o depoimento. Porém, tal técnica possui como desvantagem o maior gasto de tempo, já que possui diversas etapas, tendo o depoente que informar sobre tudo o que se recorda da cena, incluindo as informações parciais e aparentemente irrelevantes, além da necessidade de treinamento dos entrevistadores, o que geraria, certamente, mais gastos.

²³ GEUSA, *op. cit.*, p. 200.

²⁴ *Ibid.*

Também pode-se citar como medida redutora de danos, o chamado “depoimento especial ou depoimento sem dano”. Trata-se de medida alternativa de inquirição de criança vítima ou testemunha de delito sexual²⁵ e, apesar de esta técnica de depoimento já ser utilizada nas varas criminais de Porto Alegre desde 2003, apenas no ano de 2017 é que ela passou a ter aplicação obrigatória nacional pela Lei nº 13.431/2017²⁶.

Importa mencionar que o Projeto de Lei nº 156/09 (novo Código de Processo Penal)²⁷, em tramitação no Senado Federal, a partir do art. 188 descreve o procedimento a ser adotado no caso de inquirição de crianças e adolescentes no processo penal. Trata-se de adoção expressa do chamado “depoimento sem dano”, em que se limita a entrevista da criança ou do adolescente vítima/testemunha a uma única sessão em local separado dos demais envolvidos no processo. Esta sessão deverá ser conduzida por profissional especializado, que fará as perguntas utilizando linguagem simplificada e acessível e deverá ser transmitida por vídeo conferência para os outros participantes e para o juiz que preside a audiência.

Apesar do grande avanço em se prever expressamente em lei nacional medidas capazes de se proteger o depoimento de crianças e adolescentes durante as suas inquirições como vítimas ou testemunhas de crimes sexuais, até porque são elas as pessoas que estão mais sujeitas às interferências internas e externas na memória, tais disposições podem acabar violando princípios consagrados no texto constitucional²⁸, tais como o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), o contraditório (art. 5º, inciso LV) e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

Fato é que a partir do momento em que se reduz a um único depoimento, seja ele feito na fase processual ou na fase instrutória – como forma de produção antecipada de prova, estar-se-ia diminuindo as chances de o acusado se defender, tendo em vista que não há sequer previsão no futuro diploma legal sobre a citação do acusado para se manifestar acerca do depoimento a ser prestado. Ademais, a partir do momento em que o profissional especializado refaz, de modo simplificado, as perguntas do juiz, ele pode estar atribuindo suas impressões sobre o caso e angustinando a resposta do depoente.

Outra forma de diminuição dos danos provocados no depoimento de vítimas e testemunhas é a possibilidade de gravação do depoimento. Tal medida já está prevista no atual Código de Processo Penal²⁹, art. 405, parágrafo 1º, e permite ao juiz que irá sentenciar o

²⁵ *Ibid.*, p. 190.

²⁶ BRASIL. Lei nº 13.431 de 04 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em 05 jun. 2017.

²⁷ BRASIL. Projeto de Lei 156 de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.org.br/ensais/PLS156-09.pdf>>. Acesso em 18 mar. 2017.

²⁸ Vide nota 19.

²⁹ Vide nota 4.



processo ter um acesso completo aos registros eletrônicos da entrevista. Dessa forma, ao proferir a sentença, o juiz vai analisar o modo como efetivamente os questionamentos foram formulados, bem como os estímulos produzidos nos entrevistados, ficando livre das impressões experimentadas por aquele que colheu o depoimento, já que apesar de no Brasil vigorar o princípio da identidade física do juiz³⁰, na prática, há situações em que este princípio vai ser mitigado.

Por fim, a última medida a ser analisada é o chamado *Innocence Project*³¹. Este projeto foi criado em 1992, por dois americanos, Peter Neufeld e Barry Scheck e tem como objetivo realizar exames periciais como, por exemplo, o exame de DNA e, assim, ajudar a esclarecer casos que foram julgados pela justiça americana baseados exclusivamente em prova oral. Deste modo, apesar de esse projeto não ter como propósito minimizar os riscos causados por um depoimento influenciado por falsas memórias, seu alcance é mais profundo, já que tem por finalidade demonstrar a fragilidade de algumas condenações, contrapondo-as a exames técnicos e, conseqüentemente, obter revisões criminais, absolvendo aqueles que foram condenados injustamente.

O referido projeto está sendo trazido para o Brasil³² com o objetivo de propor revisões criminais contra condenações que foram baseadas exclusivamente em provas orais. Isto porque, em um país em que o número de presos provisórios supera em muito o número de presos definitivos³³, não há como pensar em uma reforma carcerária sem detectar os erros cometidos pelo Estado – leia-se, aqui, polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, ao acusar, prender e condenar inocentes.

Portanto, muito embora a memória humana não possa ser isolada, assim como acontece com as cenas de crimes, preservando-se os corpos e impressões digitais, há mecanismos endo e extraprocedimentais que auxiliam na redução das interferências que a memória pode sofrer. Contudo, quando a aplicação de tais mecanismos falha, ainda é possível propor revisões criminais, buscando inocentar aqueles que foram condenados injustamente em razão de falha na memória das vítimas ou testemunhas.

³⁰ Princípio da identidade física do juiz está previsto no art. 399, parágrafo 2º do Código de Processo Penal e determina que o juiz que presidiu a audiência profira também a sentença. Porém, assim como todos os princípios do ordenamento jurídico, este também não é absoluto, já que existem diversas situações (e.g. promoção, férias, licenças, etc.), que justificam o desrespeito a tal regra. Assim, nesses situações excepcionais, a gravação da audiência permite um acesso mais puro ao depoimento colhido.

³¹ INNOCENCE Project. Disponível em: <<http://www.innocenceproject.org/about/>>. Acesso: 18 mar. 2017.

³² CHAVBS, Reinoldo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-08/projeto-investigacao-casos-inocentes-condenados-brasil>> Acesso: 18 mar. 2017.

³³ *Ibid.*



CONCLUSÃO

A palavra de uma testemunha ou da própria vítima ainda é o principal fundamento para condenações criminais no Brasil. São diversos os tipos penais como, por exemplo, crimes sexuais, roubos e furtos, em que as condenações se baseiam quase que exclusivamente nas provas orais ou nos reconhecimentos feitos em delegacia ou em juízo. Todavia, a memória humana pode ser facilmente influenciada de maneira involuntária, ou seja, aquele que depõe pode ter a certeza que está falando a verdade, embora, os fatos ali narrados ou características reconhecidas nos acusados sejam inventadas ou até implantadas na sua memória sem que o depoente sequer perceba.

São várias as causas que podem influenciar a memória humana: o longo transcurso do tempo entre o fato e a tomada de depoimento, que pode contribuir para o esquecimento da situação vivenciada; a idade daquele que depõe; a emoção experimentada durante o fato criminoso; a mídia que repercute o fato durante longo período de tempo; o tom escolhido por aquele que toma os depoimentos; a maneira como o reconhecimento pessoal é feito em delegacias, não se respeitando os requisitos elencados no art. 226 do Código de Processo Penal; em suma, são diversos os fatores que podem acabar contribuindo para se ter nos autos apenas parte daquilo que efetivamente ocorreu.

Esse cenário se torna, contudo, mais inquietante quando transportado para o processo penal, em que não só a imagem do indivíduo perante si próprio e perante a sociedade está em jogo, mas também a sua liberdade, que depois da vida, é considerado o bem jurídico mais importante pelo constituinte de 1988.

O Código de Processo Penal, em seu art. 386, em diversos incisos, determina que aquele contra quem não se tem provas suficientes deve ser absolvido pelo Poder Judiciário. Trata-se de previsão do princípio do *in dubio pro reo*. Assim, quando não existirem provas suficientes da autoria, manda o legislador ordinário, que o acusado seja absolvido. Percebe-se que o processo penal brasileiro optou por absolver um culpado a condenar um inocente.

Portanto, não há como, diante de depoimentos nitidamente falhos ou reconhecimentos feitos sem observância do procedimento previsto no Código de Processo Penal, condenar um acusado simplesmente porque “ele se parece com o sujeito que cometeu o delito”, expressão comumente detectada nas sentenças condenatórias brasileiras. É preciso que o procedimento investigatório evolua e se encontre outros meios, mais seguros e mais eficazes, para embasar condenações criminais. Isso porque não há como, em um Estado democrático de direito, retirar a liberdade de uma pessoa embasando-se apenas na memória de outrem.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 set. 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 mar. 2016.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 11 set. 2016.

_____. Lei n. 13.431 de 04 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ata2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em 05 jun. 2017.

_____. Projeto de Lei 156 de 2009. Projeto do Novo Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.unperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf>>. Acesso em 18 mar. 2017.

CHAVES, Reinaldo. *Projeto internacional vai investigar casos de inocentes condenados no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-08/projeto-investigar-casos-inocentes-condenados-brasil>>. Acesso: 18 mar. 2017.

GESUA, Cristina Di. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

INNOCENCE Project. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/about/>>. Acesso: 18 mar. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.



CRÉDITO TRIBUTÁRIO, EXECUÇÃO FISCAL E O CONCURSO DE CREDORES NA FALÊNCIA

Luiz Claudio Botelho Junior

Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogado.

Resumo – O processo falimentar tem como principal função realizar a arrecadação de todos os bens que integram o patrimônio do falido e promover o pagamento dos credores. Ocorre que, diante do latente interesse público que permeia a cobrança dos créditos tributários, esses créditos possuem diversas peculiaridades que afetam o concurso de credores falimentar. É por esse motivo que o crédito tributário se apresenta como uma exceção ao princípio da universalidade do juízo falimentar, podendo a Fazenda Pública optar entre habilitar o seu crédito no processo falimentar ou prosseguir com a execução fiscal. Contudo, o produto obtido com o leilão do bem construído deverá ser repassado ao juízo falimentar com o objetivo de respeitar o concurso de credores fixado no art. 83, da Lei nº 11.101. No que tange a ordem de pagamento dos credores na falência, ao que pode existir diversas correntes doutrinárias, conclui-se que deve ser seguida a ordem defendida por Marlon Tomazette, uma vez que é baseada em uma rígida análise das disposições legais da supracitada lei de falência e recuperação. No que concerne aos conflitos de direito intertemporal, foi verificado neste estudo que os marcos principais são o requerimento de falência e a decretação da quebra. Dessa forma, se o requerimento de falência e a decretação da quebra ocorrerem na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, haverá uma ultratividade desse diploma normativo revogado que regerá o processo falimentar de forma integral.

Palavras-chave – Direito Tributário. Execução Fiscal. Falência. Concurso de credores falimentares.

Sumário – Introdução. 1. Há relação de prejudicialidade entre execução fiscal e falência? 2. Controvérsias existentes na ordem de pagamento dos créditos na falência. 3. A real posição do crédito tributário na ordem de pagamento dos créditos concursais e questões de direito intertemporal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A execução fiscal é o processo judicial próprio por meio do qual a Fazenda Pública cobra os créditos fiscais. A falência, por sua vez, é um processo judicial de execução coletiva do devedor que tem por objetivo a maximização do ativo e a satisfação dos credores em atenção ao princípio do *par conditio creditorum*.

Conforme dispõe o artigo 187, do CTN, as causas fiscais não se submetem ao concurso de credores ou a habilitação nos processos falimentares, sendo uma exceção a característica da indivisibilidade do juízo falimentar.



A presente pesquisa científica tem por objetivo analisar a relação entre o crédito fiscal, a execução fiscal e o processo falimentar, examinando as questões controvertidas que permeia o tema.

O primeiro capítulo é destinado ao exame da relação entre a execução fiscal, como o meio processual próprio da Fazenda para buscar a satisfação dos seus créditos, e o processo falimentar, como o processo destinado a execução coletiva em face a um devedor falido. Busca-se responder se há ou não uma relação de prejudicialidade entre a execução fiscal e a falência e, também, elucidar a extensão dessa relação.

No segundo capítulo serão abordadas as controvérsias existentes na ordem de pagamento dos créditos que antecedem os créditos concursais. Além disso, também será objeto de análise os créditos fiscais extracursais. O objetivo deste capítulo é solucionar as divergências doutrinárias sobre a ordem de pagamento no processo falimentar e esclarecer a posição dos créditos fiscais extracursais.

O terceiro capítulo visa revelar a real posição do crédito tributário dentre os créditos concursais e, ainda, resolver as questões de direito intertemporal que surgem diante da redação do art. 192, da Lei nº 11.101 e o Decreto-Lei nº 7.661.

A pesquisa científica realizada teve natureza qualitativa e foi utilizada da metodologia bibliográfica com base na legislação, na doutrina e na jurisprudência sobre o tema. No que tange aos objetivos, a pesquisa realizada tem caráter explicativo e descritivo.

1. HÁ RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE ENTRE EXECUÇÃO FISCAL E FALÊNCIA?

Quando o ativo do devedor é insuficiente para a satisfação do seu passivo, a regra de execução individual se torna injusta, uma vez que apenas alguns credores obterão êxito no ressarcimento de seu crédito, enquanto outros não terão a mesma sorte. Em face a isso e, também, como forma de garantir obediência ao princípio do *par conditio creditorum*, o ordenamento jurídico prevê um processo de execução concursal contra o devedor em situação de insolvência¹.

¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Específico*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 629.

Como afirma André Luiz Santa Cruz Ramos², o regime jurídico empresarial “traz procedimento de execução concursal específico para o devedor empresário que se encontra insolvente”. O procedimento referido pelo autor é a falência, sendo este instituto regulado pela Lei nº 11.101/2005. Assim, nessa execução especial, todos os credores deverão ser reunidos em um único processo, para que seja realizada a execução do devedor³.

É nesse cenário que as características da indivisibilidade e da universalidade do juízo falimentar se interem, ambas expressamente previstas no art. 76, da Lei nº 11.101 como norteadoras do processo falimentar.

No que concerne à característica da universalidade, Ricardo Negrão⁴ afirma que: “O princípio da universalidade do juízo falimentar, indicado no art. 126, da LRF, diz respeito à imposição de uma só regra para todos os credores, submetendo-os a um mesmo juízo”. Segundo o autor, não há qualquer exceção à característica da universalidade.

Ao passo que, no que tange à indivisibilidade, ainda nas palavras do supracitado autor⁵: “Por indivisibilidade do juízo falimentar entende-se o princípio que elege o juízo falimentar como único competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido”.

Ao contrário do princípio da universalidade, o princípio da indivisibilidade do juízo falimentar não é absoluto. O próprio art. 76, da Lei nº 11.101 traz exceções à competência do juízo falimentar e, dentre essas, as causas fiscais ganham relevo.

Como preconiza o art. 187, do Código Tributário Nacional, “a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.

O art. 5º, da Lei nº 6.830, complementando o art. 187, do Código Tributário Nacional, prevê que “a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário”.

Ressalta-se que, com o advento da Lei nº 11.101, em 9 de fevereiro de 2005, em face ao que dispõe o art. 6º, § 7º, André Ramos⁶, acompanhando grande parte da doutrina, realizando uma interpretação a *contrario sensu*, afirmava que a decretação da falência suspenderia o curso da execução fiscal.

² *Ibidem*

³ *Ibidem*

⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Direito Empresarial: estudo unificado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173-174.

⁵ *Ibidem*

⁶ RAMOS, op. cit., p. 683.



O STJ⁷, porém, rejeitou essa tese e decidiu que a decretação de falência não tem como consequência a suspensão da execução fiscal, que será processada normalmente. No mesmo sentido discorre Leonardo Carneiro Cunha⁸: “vale dizer que a superveniente decretação da falência do devedor não suspende o curso da execução fiscal, a qual prosseguirá normalmente”.

Em que pese o entendimento do STJ e de grande parte da doutrina, Marlon Tomazette⁹ defende até os dias atuais que a execução fiscal deve ser suspensa diante do advento de uma sentença de quebra. Embora esta corrente seja minoritária, a tese defendida tem um forte argumento de ordem prática: uma vez que a Fazenda Pública não é a primeira na ordem de pagamento dos credores da massa falida, não há motivo para prosseguimento da execução fiscal.

Superada esta questão, surge o seguinte questionamento: com a publicação da sentença de quebra, a Fazenda Pública é obrigada a ajuizar a execução fiscal para cobrar seus créditos ou pode optar por habilitar o crédito no processo falimentar?

Segundo a jurisprudência do STJ, diante da decretação da falência, abre-se uma dupla opção à Fazenda Pública que poderá promover o ajuizamento da execução fiscal ou realizar a habilitação no processo falimentar. Contudo, sendo eleita uma das vias, há automática renúncia em relação à outra. Sobre o tema, veja o seguinte trecho do acórdão proferido pelo STJ¹⁰ no informativo 487:

FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CRÉDITO. CONTRIBUIÇÃO PARAFISCAL. SENAI.

[...] A Turma aplicou o entendimento consolidado em relação aos créditos fiscais - de que o ente público pode optar entre o ajuizamento da execução fiscal e a habilitação de créditos na falência - também para os créditos parafiscais, entre os quais estão incluídas as contribuições devidas ao Senai. Por sua vez, escolhida uma via judicial, ocorre a renúncia em relação à outra, pois não se admite a dupla garantia. Logo, como o Senai optou por habilitar seu crédito no processo falimentar, é irrelevante o fato de ele poder, em tese, cobrar tal crédito por meio de execução fiscal, uma vez que a opção pela habilitação implica renúncia ao rito da Lei n° 6.830/1980. Ademais este Superior Tribunal não considera a possibilidade de propositura da execução fiscal como um impeditivo à habilitação do crédito no processo de falência. [...]

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC n° 61.919/PE apud RAMOS, op. cit., p. 684.

⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública aos juízes*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 434.

⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. v. 3. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 405.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp n° 874.065/RS. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&live=@¬=627129629627>>. Acesso em: 20 fev. 2017.



Situação distinta ocorre quando, no curso de uma execução fiscal, surge uma sentença de quebra. Neste caso, conforme afirma Leonardo Carneiro da Cunha¹¹: “estado em curso uma execução fiscal, e sobrevindo a decretação da falência do devedor, não será necessário que a Fazenda Pública habilite seu crédito no juízo falimentar”.

Contudo, é de suma importância deixar claro que essa execução fiscal não estará imune aos efeitos da sentença de quebra. Somente se permite que a execução fiscal continue seu prosseguimento por uma questão de economia processual, ficando o prosseguimento da ação executiva limitado a determinação de penhora dos bens do falido, devendo essa penhora ser realizada no rosto dos autos do processo de falência. A razão desse entendimento se encontra no art. 75, da Lei nº 11.101: garantir que a alienação alcance a maximização do valor dos ativos do falido¹².

É importante destacar que o raciocínio exposto já estava cristalizado na segunda parte da súmula 44, do extinto Tribunal Federal de Recursos¹³. Veja sua redação:

Súmula 44 do TRF: Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico.

Note que a primeira parte da supracitada súmula traz uma terceira situação: quando a penhora realizada na execução fiscal antecede a sentença que decreta a falência. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha¹⁴: “se, no momento em que decretada a quebra, já havia penhora na execução fiscal, o bem construído será levado a leilão na própria execução fiscal, devendo o seu produto ser repassado ao juízo da falência para apuração das preferências”. Nesse ponto, o referido autor cita o REsp nº 594.776/RS¹⁵, abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA SUPERVENIENTE. LEILÃO. PRODUTO OBTIDO COM A ALIENAÇÃO DOS BENS. ENTREGA AO JUÍZO UNIVERSAL. MATÉRIA PACIFICADA.

¹¹ CUNHA, op. cit., p. 433.

¹² TOMAZETTE, op. cit., p. 406.

¹³ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula 44. Disponível em: <<http://www.legis.gov/sunulab/busca?tri=tir&num=44>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

¹⁴ CUNHA, op. cit., p. 433-434.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 594.776/RS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=594776&dt=ACOR&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=1>>. Acesso em: 20 fev. 2017.



1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 262 do STF.
2. A Corte Especial consolidou entendimento no sentido de que a falência superveniente do devedor, por si só, não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra. No entanto, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências. (REsp 188.148/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 27/05/2002).
3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

A lógica da decisão do STJ acima exposta é simples: a Fazenda Pública integra o concurso de credores da falência. É por este motivo que, como afirmam Marlon Tomazette¹⁶, Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷ e a jurisprudência do STJ¹⁸, não é permitido à Fazenda Pública adjudicar o bem penhorado, uma vez que obstaria a apuração das preferências.

2. CONTROVÉRSIAS EXISTENTES À ORDEM DE PAGAMENTO DOS CRÉDITOS NA FALÊNCIA

Com o advento da sentença de quebra, como já exposto, afasta-se a possibilidade de execução individual promovida pelos credores para que possa ser observada a ordem legal de pagamento prevista na Lei nº 11.101/05. Desta forma, há um prestígio dos créditos considerados pelo legislador como mais relevantes em detrimento dos créditos pertencentes aos credores mais ágeis¹⁹.

A grande finalidade do processo falimentar é a arrecadação do ativo do devedor falido para o pagamento do passivo, obedecido o princípio da *par conditio creditorum*²⁰. Contudo, na maioria das falências, há um passivo muito maior que a quantia obtida pela realização do ativo pelo administrador judicial. Conseqüentemente, é necessário eleger quais os créditos gozam de maior importância para que, pelo menos, estes sejam pagos.

¹⁶ TOMAZETTE, op. cit., p. 406.

¹⁷ CUNHA, op. cit., p. 433-434.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp nº 695.167/MG. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCCN/jurisprudencia/doc.jsp?processo=695167&tr=ACCR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

¹⁹ TOMAZETTE, op. cit., p. 403.

²⁰ SALCÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 242.

Ademais, uma vez que fizesse permitido que cada credor buscasse a satisfação de seu crédito de forma individual, haveria ofensa ao princípio do *par conditio creditorum*. Nesse contexto, é pertinente trazer as palavras do Ministro Luís Felipe Salomão, proferidas no REsp nº 1.185.336/RS²¹:

DIREITO EMPRESARIAL. FALÊNCIA DE INCORPORADORA IMOBILIÁRIA E CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DE DESPESAS EFETUADAS POR ADQUIRENTE DE IMÓVEL PARA A CONCLUSÃO DE PRÉDIO RESIDENCIAL.

[...] No processo falimentar, especialmente no tocante aos créditos habilitados, o princípio norteador é o da *par conditio creditorum*, na esteira do qual os credores do falido devem ser tratados em igualdade de condições, salvo se a lei expressamente dispuser de forma contrária, como ocorre com os créditos com preferências e privilégios eleitos pelo legislador como dignos de prioridade no pagamento. [...]

Como afirma Tomazette²², da literalidade do art. 149, da Lei nº 11.101, a ordem de pagamento seria: 1º) restituições em dinheiro; 2º) créditos extracursais; e 3º) créditos concursais. Porém, esta ordem de preferência legalmente preestabelecida é objeto de diversas controvérsias entre os doutrinadores.

Fábio Ulhoa Coelho²³ entende que, pela necessidade do processo, os extracursais propriamente ditos deveriam ser pagos em primeiro lugar, passando a restituições em dinheiro para o segundo lugar. Segundo esse autor, os créditos extracursais se dividem em duas espécies: os créditos relacionados à administração da falência e as restituições em dinheiro. Ulhoa ainda afirma que a primeira espécie (créditos relacionados à administração da falência) tem preferência sobre a segunda (restituições em dinheiro), somente sendo estes pagos caso restem sobras após o pagamento daqueles²⁴.

Uma terceira corrente, defendida por Amador Paes de Almeida, coloca em igualdade de condições o pagamento das restituições em dinheiro com o pagamento dos créditos extracursais os créditos do art. 151²⁵.

João Bosco Cascardo Gouvêa, por sua vez, dá total prioridade aos pedidos de restituição em dinheiro, ressaltando que os pagamentos dos créditos dos arts. 150 e 151 não poderão ser feitos em detrimento dessas restituições²⁶.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp nº 874.065/RS. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCGN/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1185336&tipo_visualizacao=RBSUMO&h=AC68&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 fev. 2017.

²² TOMAZETTE, op. cit., p. 535.

²³ ULHOA apud TOMAZETTE, op. cit., p. 536.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 328.

²⁵ ALMEIDA apud op. cit., p. 536.



Marlon Tomazette realiza outra interpretação sobre a Lei nº 11.101, principalmente em face ao parágrafo único do art. 86, da Lei nº 11.101, que determina que as restituições em dinheiro somente serão efetuadas após o pagamento dos créditos previstos no art. 151. Dessa forma, segundo o autor²⁷, em primeiro lugar devem ser pagos os créditos prioritários (art. 151, da Lei nº 11.101) e, em seguida os pagamentos antecipados (art. 150, da Lei nº 11.101). Ressalta-se que os créditos do art. 150 não poderão ser pagos em detrimento dos pedidos de restituição em dinheiro²⁸.

Como já exposto, seguindo-se a literalidade do art. 149, da Lei nº 11.101, tem-se como terceiro a ser pago os pedidos de restituição, devendo esses pedidos precederem os créditos extracursais. Conforme orienta Tomazette²⁹, esta determinação do supracitado artigo é plenamente justificável, uma vez os valores a serem restituídos representam, na verdade, uma correção na apuração do ativo, não sendo os titulares do pedido de restituição propriamente credores. Neste contexto, importante destacar as palavras de Fábio Ulhoa³⁰:

A arrecadação, como já se referiu, compreende todos os bens encontrados no estabelecimento empresarial do empresário em falência, inclusive os que se encontram na posse dela, mas não lhe pertencem. Os bens dos quais a falida era depositária, comodataria ou locatária, desse modo, são arrecadados pelo administrador judicial. É claro, entretanto, que eles, por não serem da propriedade da devedora quebrada, não integram a garantia dos credores e devem ser, por isso, destacados da constrição judicial. Um dos objetivos do pedido de restituição é justamente a liquidação da massa, isto é, a devolução ao proprietário do bem que se encontra no estabelecimento comercial da falida.

Ainda como ensina Fábio Ulhoa³¹, é possível encontrar quatro espécies de pedido de restituição na Lei nº 11.101. O primeiro deles, o previsto no caput do art. 85, da Lei nº 11.101, tendo como fundamento a titularidade de direito real sobre bem arrecadado e o seu objetivo é remover da massa falida um bem que não integra o seu patrimônio. O segundo, positivado no parágrafo único do art. 85, da Lei nº 11.101, refere-se à entrega de mercadorias vendidas a prazo e que não foram pagas, ocorrido nos 15 dias que antecederam a distribuição do pedido de falência. O terceiro diz respeito à restituição de adiantamento ao exportador feito com base num contrato de câmbio (art. 75, § 3.º, da Lei nº 4.728). Por fim, a quarta espécie diz respeito ao pedido de restituição pelo credor de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato (art. 136, da Lei nº 11.101).

²⁶ GOUVEIA *supra* op. cit., p. 534.

²⁷ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 536.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 537.

³⁰ CCELHO, *op. cit.*, p. 333.

³¹ *Ibidem*.

Nas duas primeiras espécies de pedido de restituição (art. 85, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 11.101), a coisa deve ser restituída em espécie e imediatamente após a decisão que acolher o pedido de restituição, devendo o juiz determinar a expedição de mandado para a entrega da coisa ao reclamante nas 48 horas seguintes³². Note que, nesses casos, não haverá necessidade do prévio pagamento dos créditos previstos nos arts. 150 e 151, da Lei nº 11.101.

No entanto, caso a coisa ou mercadoria objeto do pedido de restituição que tratam o art. 85, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 11.101 seja perdida, bem como nas demais espécies de pedido de restituição, opera-se a restituição em dinheiro³³. Conseqüentemente, nessas hipóteses, há de preceder com o pagamento dos créditos previstos nos arts. 150 e 151, da Lei nº 11.101.

Sendo pagas as restituições em dinheiro, o próximo na ordem de pagamento são os créditos extraconcursais (conforme fixa o art. 149, da Lei nº 11.101). Desta forma, deverá ser observada a ordem de pagamento dos créditos extraconcursais esculpida no corpo do art. 84, da Lei nº 11.101.

Como esclarece Tomazette³⁴, estes créditos representam obrigações assumidas pela própria massa falida, e não pelo falido, tendo prioridade sobre as dívidas do falido para não inviabilizar a realização do processo. Segundo Fábio Ulhoa³⁵, a nomenclatura eleita pelo legislador de créditos extraconcursais não é apropriada, uma vez que é possível haver concurso entre os créditos extraconcursais.

Ainda de acordo com Ulhoa³⁶, o rol disposto no art. 84, da Lei nº 11.101 é meramente exemplificativo, existindo outros créditos extraconcursais não listados no referido dispositivo legal, como, por exemplo, disponibilização de páginas na rede mundial de computadores, organização e realização da Assembleia dos Credores ou de reunião do Comitê.

Diante do objeto do presente estudo, é importante destacar o crédito extraconcursal disposto na segunda parte do inciso V do art. 84, da Lei nº 11.101, isto é: os tributos relativos a fatos geradores ocorrido após a decretação da falência. Assim, se, após a decretação da falência, houver caracterizado a ocorrência de fato gerador, esse não se submeterá ao concurso de credores dos créditos concursais (art. 83, da Lei nº 11.101), mas sim ao concurso dos créditos extraconcursais (ocupando a quinta posição dentre estes créditos).

³² COELHO, op. cit., p. 334.

³³ *Ibidem*.

³⁴ TOMAZETTE, op. cit., p. 537.

³⁵ COELHO, op. cit., p. 328.

³⁶ *Ibidem*, p. 329.



Após o pagamento dos créditos extracursais, o restante do produto arrecado deve ser direcionado para pagamento dos créditos concursais. Os créditos concursais, diante da complexidade e peculiaridades que lhes são próprios, serão abordados no último capítulo da presente análise.

3. A REAL POSIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ORDEM DE PAGAMENTO DOS CRÉDITOS CONCURSAIS E QUESTÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL

Diante da constatação fática de que o ativo quase sempre é insuficiente para o pagamento de todos os credores³⁷, é inequívoca a necessidade de eleger os créditos mais importantes para que sejam, pelo menos estes, pagos. Essa é a função do art. 83, da Lei nº 11.101: fixar uma ordem de pagamento dos credores do falido.

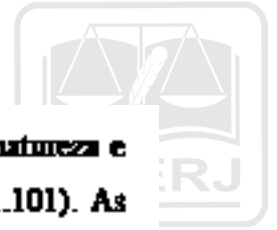
Note que, até o presente momento desta análise, os únicos credores que foram pagos foram os credores trabalhistas na situação descrita no art. 151, da Lei nº 11.101, isto é: somente foram pagos os créditos trabalhistas, de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência e limitados a cinco salários-mínimos por trabalhador. Conforme anteriormente afirmado, os pedidos de restituição e créditos extracursais não são créditos pertencentes aos credores do falido.

Assim, uma vez pagos os créditos extracursais, deve-se seguir para o pagamento dos créditos concursais. Estes estão elencados no art. 83, da Lei nº 11.101, que prevê uma ordem de preferências entre os credores.

Dentro da lista dos créditos concursais, o primeiro a ser pago serão os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho (estes sem limitação), conforme art. 83, I, da Lei nº 11.101.

Em segundo lugar, devem ser pagos os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado (art. 83, II, da Lei nº 11.101). Como se verá nas próximas linhas, trata-se de uma inovação da Lei nº 11.101 com reflexos diretos em questões de direito intertemporal envolvendo a falência.

³⁷ TOMAZZINI, op. cit., p. 537.



Em terceiro lugar, estão os créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias (art. 83, III, da Lei nº 11.101). As multas tributárias, por sua vez, ocupam a sétima posição da ordem fixada pelo art. 83, da Lei nº 11.101, isto é, deverão ser pagas após o pagamento dos créditos quirográficos e antes dos créditos subordinados (art. 186, parágrafo único, inciso III, do CTN e art. 83, VII, da Lei nº 11.101). Por isso, como leciona Luís Felipe Salomão³⁸: “ao oficial ao juízo falimentar o juiz da Vara da Fazenda deve discriminar o valor do crédito tributário separadamente da multa”.

Até o advento da Lei nº 11.101/2005 e da Lei Complementar nº 118/2005, o crédito tributário não se sujeitava à classificação de créditos concursais³⁹, somente com o advento da supracitada Lei Complementar é que houve modificação deste cenário.

A redação originária do art. 186, do Código Tributário Nacional previa que: “o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho”. Por sua vez, o art. 102, do Decreto-Lei nº 7.661 (após a alteração promovida pela Lei nº 3.726 de 1960) previa como o primeiro a ser pago o crédito dos empregados por salários ou indenizações trabalhistas. Diante das referidas disposições legais, o crédito tributário ocupava a segunda posição na ordem de pagamento na vigência deste Decreto-Lei.

Contudo, com o advento da Lei nº 11.101, em 2005, a posição do crédito tributário foi alterada. Como é expresso no art. 83, os créditos com garantia real até o limite do bem gravado precedem o crédito tributário na ordem de pagamento dos créditos concursais falimentares.

Nesse cenário, é indispensável abordar o entendimento do STJ de que o Código Tributário Nacional, embora seja formalmente uma Lei Ordinária, possui status de Lei Complementar⁴⁰. Consequentemente, a Lei nº 11.101 não seria apta a modificar o que estava disposto no Código Tributário Nacional.

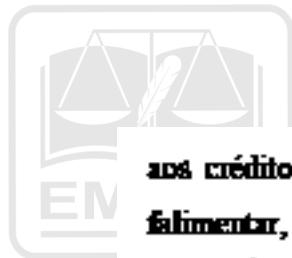
Não foi por outro motivo que a Lei Complementar nº 118 de 2005, em seu art. 1º, além de alterar a redação do caput do art. 186, do Código Tributário Nacional, inseriu neste dispositivo um parágrafo único. Hoje, o parágrafo único, inciso I do art. 186 do Código Tributário Nacional prevê expressamente que o crédito tributário, na falência, “não prefere

³⁸ SALOMÃO, op. cit., p. 183.

³⁹ *Ibidem*, p. 181.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 939.577/RS. Relator Ministro Marco Aurélio Menezes. Disponível em:

<https://www2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&live=CTN+status+lei+complementar&operador=e&to=INF&themas=JURIDICO>. Acesso em: 01 mar. 2017.



aos créditos extrajudiciais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado”.

É nesse contexto que surgem os conflitos de direito intertemporal referentes a posição do crédito tributário no concurso de credores da falência. O caput e o parágrafo segundo do art. 192, da Lei nº 11.101 ganham especial relevo nesse ponto, sendo eles abordados a seguir.

Confirme prevê o art. 192, da Lei nº 11.101: “não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945”.

Dessa forma, nos processos em que o requerimento e a decretação de falência ocorreram na vigência do Decreto-Lei nº 7.661 (ou seja: antes de 9 de junho de 2005, uma vez que o art. 210, da Lei nº 11.101 prevê prazo de vacatio legis de 120 dias), haverá uma ultratividade desse diploma revogado que regerá todo o processo falimentar.

Nesse sentido, o STJ, no REsp nº 1.096.674/MG⁴¹ (informativo 489), decidiu que, havendo o requerimento de falência e a decretação de falência na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, será esse o diploma que regerá a falência. Conseqüentemente, nestes casos, o crédito tributário irá ocupar posição superior aos créditos com garantia real no concurso de credores falimentar.

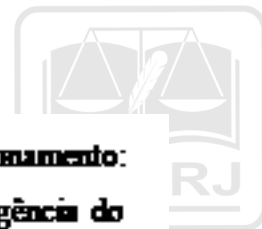
Não obstante, ainda pode ocorrer de o processo falimentar ter sido ajuizado durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661 (antes de 9 de junho de 2005), mas a decretação da falência somente ter ocorrido na vigência da Lei nº 11.101 (9 de junho de 2005 em diante).

Nesse caso, tem aplicação o parágrafo 4º do art. 192, da Lei nº 11.101: a Lei nº 11.101 é aplicável “às falências decretadas em sua vigência resultantes de convolação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores, às quais se aplica, até a decretação, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, observado, na decisão que decretar a falência, o disposto no art. 99 desta Lei”. Ou seja: o Decreto-Lei nº 7.661 será aplicável às questões anteriores à sentença de quebra, e a Lei nº 11.101 aplicável da sentença em diante⁴².

Outra questão que deve ser abordada diz respeito à penhora na execução fiscal com a superveniência da sentença de quebra. Como dito no primeiro capítulo, é possível que a decretação da falência ocorra após a realização de penhora na execução fiscal e, nesse caso, o bem construído será levado à leilão na própria execução fiscal e o produto obtido será repassado

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.096.674/MG. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&live=@cnot=%2713011%27>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴² RAMOS, op. cit., p. 781.



ao juízo falimentar para apuração das preferências⁴³. Assim, surge o seguinte questionamento: e se a arrematação do bem constrito na execução individual for realizada na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, mas, antes que o valor seja levantado pelo exequente, advém a sentença de quebra, esta já na vigência da Lei nº 11.101?

Note que, na hipótese descrita acima, a propositura da execução, a alienação judicial do bem da recorrente, o pedido de levantamento da quantia depositada e o pedido de falência da executada ocorreram na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945. Por sua vez, a sentença que decretou a quebra da recorrente ocorreu sob a égide da Lei nº 11.101/2005.

O STJ⁴⁴, no informativo 484, em caso idêntico ao acima exposto, afirmou ser essencial a identificação da norma aplicável. Veja: a Lei nº 11.101 determina que o produto da arrematação seja revertido a massa falida para que seja observada a ordem de pagamento do concurso de credores falimentar, o Decreto-Lei nº 7.661, por sua vez, contém previsão diametralmente oposta, uma vez que permite primeiro a satisfação do credor, revertendo em favor da massa apenas o remanescente.

Como já exposto, o art. 192, § 4º, da Lei nº 11.101 prevê que, uma vez havendo o pedido de falência na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, mas a sentença de quebra ocorrer na vigência da Lei nº 11.101, somente haverá aplicação do referido Decreto-Lei até data da sentença. A sentença e os demais atos subsequentes serão regidos pela Lei nº 11.101. Desta forma, como o ato de alienação judicial ocorreu sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661, deve ser regido por esse diploma, e não pela Lei nº 11.101. Conseqüentemente, o valor apurado deverá ser destinado, primeiramente, à satisfação do crédito do recorrido e, se houver remanescente, reverterá em favor da massa.

Superada as questões atinentes aos créditos tributários e sendo esses pagos, deve-se seguir para o pagamento dos créditos com privilégio especial (enumerados nas alíneas do inciso IV do art. 83, da Lei nº 11.101), dos créditos com privilégio geral (enumerados nas alíneas do inciso V, do art. 83, da Lei nº 11.101), dos créditos quirografários (enumerados nas alíneas do inciso VI, do art. 83, da Lei nº 11.101), dos créditos decorrentes das multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluindo as

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 594.776/RS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc_jsp?processo=594776&tr=ACCR&p=true&t=JURIDICO&t=10&i=1>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.063.081/SP. Relator Ministro Nancy Andrighi. Disponível em:

<<http://www2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&dire=@¬=%2712892%27>>. Acesso em: 1 mar. 2017.



multas tributárias (art. 83, VII, da Lei nº 11.101) e, por último, dos créditos subordinados (art. 83, VIII, da Lei nº 11.101).

Confirme destaca Marlon Tomazette⁴⁹, sendo possível o pagamento de todas as obrigações do falido, devem ser pagos os juros posteriores à decretação da falência, conforme art. 124, da Lei nº 11.101. Se, mesmo após o pagamento de todos os créditos descritos acima, sobrar algum valor, o saldo remanescente será destinado ao falido.

CONCLUSÃO

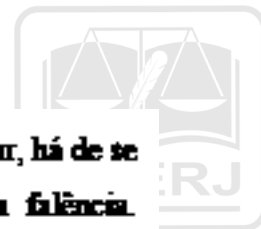
Como visto, o inegável interesse público presente no crédito tributário lhe atribui diversas prerrogativas e peculiaridades diante do concurso de credores formado em razão da decretação da falência, se comparado a outros créditos.

A primeira dessas peculiaridades/prerrogativas reside no art. 76, da Lei nº 11.101: o crédito tributário se apresenta como uma das exceções ao princípio da universalidade do juízo falimentar. Isto é: as causas fiscais se apresentam como uma exceção do juízo falimentar para conhecer as ações sobre bens, interesses e negócios do falido. É a execução fiscal o mecanismo processual hábil a cobrar os créditos da Fazenda Pública (sejam eles tributários ou não), conforme estabelece os arts. 187 do Código Tributário Nacional e o 5º da Lei 6.830.

Deve-se deixar claro que o STJ possui o entendimento consolidado de que a via da execução fiscal não é obrigatória, podendo o crédito fiscal ser habilitado no processo falimentar. A lógica deste posicionamento é simples: a execução fiscal é uma prerrogativa da Fazenda Pública e, conseqüentemente, se trata de uma opção. Por óbvio, uma vez eleita uma das vias processuais (ajuizamento da execução fiscal ou habilitação na falência), haverá automática renúncia da outra via.

O principal problema nesse cenário é a ocorrência da penhora na via da execução fiscal seguida da posterior sentença de quebra. Nesse caso, o bem constrito deverá ser levado a leilão, mas o produto deverá ser repassado ao juízo falimentar para apuração das preferências. É importante ressaltar que a Fazenda Pública não poderá adjudicar o bem penhorado.

⁴⁹ TOMAZETTE, op. cit., p. 537.



Superada a questão da relação entre a execução fiscal e o processo falimentar, há de se verificar a posição do crédito tributário no concurso de credores formados na falência. Conforme se verifica no art. 83, da Lei nº 11.101, hoje, o crédito tributário ocupa a terceira posição dentre a ordem de pagamento dos créditos concursais (art. 149, da Lei nº 11.101).

Entretanto, antes do pagamento dos créditos concursais, outros créditos precedem na ordem de pagamento. Somente após os pedidos de restituição de bens (art. 85, da Lei nº 11.101), os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador (art. 151, do CTN), os pedidos de restituição em dinheiro (art. 86, da Lei nº 11.101) e os demais créditos extracursais do art. 84, da Lei nº 11.101, é que se prosseguirá com o pagamento do créditos concursais.

É de suma importância destacar que os incisos do art. 84, da Lei nº 11.101, além de elencarem os créditos extracursais, também fixam uma ordem de pagamento. Os créditos decorrentes de tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, dessa forma, ocupam a quinta posição de pagamento dentre os créditos extracursais previstos no art. 84, da Lei nº 11.101.

Ainda no que tange a posição do crédito tributário e sua posição no pagamento dos créditos concursais falimentar, há de se examinar os censúrios na vigência do Decreto-Lei nº 7.661 e na Lei nº 11.101, uma vez que há questões de direito intertemporal que suscitem dúvidas.

O art. 83, da Lei nº 11.101, acima abordado, colocou o crédito tributário como terceiro na ordem de pagamento dos créditos concursais. Por sua vez, o art. 102, do Decreto-Lei nº 7.661 afirmava que o crédito tributário ocuparia a segunda posição nessa ordem de pagamento, perdendo unicamente para os créditos dos empregados por salários ou indenizações trabalhistas. Assim, com o advento da Lei nº 11.101 em 2005, os créditos com garantia real até o limite do bem gravado passaram a preceder o pagamento crédito tributário.

Diante do exposto surge o seguinte questionamento: qual será a legislação aplicável se o requerimento da falência ocorreu na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, mas a sentença de quebra somente foi proferida na vigência da Lei nº 11.101.

Repare que, conforme determina o art. 192, caput, da Lei nº 11.101, se o requerimento de falência e a decretação da quebra ocorreram na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, haverá uma ultratividade desse diploma normativo revogado que regerá o processo falimentar de



forma integral. Conseqüentemente, o crédito tributário ainda precederá os créditos com garantia real até o limite do bem gravado na supracitada situação.

Contudo, se o requerimento de falência ocorrer na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, mas a sentença de quebra somente foi proferida na vigência da Lei nº 11.101, terá aplicação o parágrafo 4º, do art. 192, da Lei nº 11.101. Isto é: o Decreto-Lei nº 7.661 será aplicável às questões anteriores à sentença de quebra, e a Lei nº 11.101 aplicável da sentença em diante. Dessa forma, a posição do crédito tributário seguirá o art. 83, da Lei nº 11.101: ocuparia a terceira posição no concurso de credores falimentar, sendo precedido pelos créditos com garantia real até o limite do bem gravado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. *Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp118.htm#art1>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. *Tribunal Federal de Recursos. Súmula 44*. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=trf&num=44>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp nº 874.065/RS. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2712962%27>>. Acesso em: 20 fev. 2017.



_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 594.776/RS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=594776&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp nº 695.167/MS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=695167&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp nº 874.065/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1185336&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 939.577/RS. Relator Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=CTN+status+lei+complementar&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.096.674/MG. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@:not=%2713011%27>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp nº 594.776/RS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=594776&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.063.081/RJ. Relator Ministro Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@:not=%2712892%27>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei da falência e recuperação de empresas*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.


NEGRÃO, Ricardo. *Direito Empresarial: Estudo Unificado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquemático*. 4. Ed. São Paulo: Forense, 2014.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência, teoria e prática*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial* v. 3. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

VOLTAR AO SUMÁRIO 






VOLTAR AO SUMÁRIO 

VOLTAR AO SUMÁRIO 





VOLTAR AO SUMÁRIO 



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br





VOLTAR AO SUMÁRIO 